



REGISTRO OFICIAL®

ÓRGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

Administración del Sr. Lcdo. Lenín Moreno Garcés
Presidente Constitucional de la República

EDICIÓN JURÍDICA

Año II - Nº 275

**Quito, lunes 23 de
julio de 2018**

**ING. HUGO DEL POZO BARREZUETA
DIRECTOR**

Quito: Calle Mañosca 201
y Av. 10 de Agosto

Oficinas centrales y ventas:
Telf.: 3941-800
Exts.: 2301 - 2305

Sucursal Guayaquil:
Av. 9 de Octubre Nº 1616 y Av. Del Ejército
esquina, Edificio del Colegio de
Abogados del Guayas, primer piso.
Telf.: 3941-800 Ext.: 2310

Suscripción anual:
US\$ 400 + IVA para la ciudad de Quito
US\$ 450 + IVA para el resto del país

Impreso en Editora Nacional

82 páginas

www.registroficial.gob.ec

**Al servicio del país
desde el 1º de julio de 1895**



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RESOLUCIONES:

**SALA ESPECIALIZADA
DE LO PENAL, PENAL MILITAR,
PENAL POLICIAL Y TRANSITO:**

Oficio No. 2018-001-CNJ-SPPMPPT-PS

**R1333-2017, R1336-2017, R1337-2017,
R1338-2017, R1381-2017, R1382-2017.**



OFICIO No. 2018-001-CNJ-SPPMPPT-PS
 Quito, 8 de enero de 2018

Señor Dipl. Ingeniero
 Hugo E. Del Pozo Barrezuela
 DIRECTOR DEL REGISTRO OFICIAL
 En su despacho.-

Señor Director:

Me permito remitir a Usted, en físico y digital las sentencias de los meses de julio a diciembre del 2017, dictadas por las Juezas y Jueces; Conjueces; y Conjuezas que integran la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, para que sean publicadas en el Registro Oficial, son las siguientes en detalle:

CASO	RESOLUCION 2017
1743-2015-VRV	1333 ✓
1379-2016-LEV	1336 ✓
13141-2017-00020-LEV	1337 ✓
1207-2016-GTS	1338 ✓
12241-2013-0241-GTS	1381 ✓
0747-2015-VRV	1382 ✓

Particular que comunico a usted para los fines legales pertinentes.

Muy atentamente.-

DR. MIGUEL JURADO FABARA
 PRESIDENTE DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL,
 PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRANSITO
 DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA



CASO No. 17721-2015-1743
RESOLUCIÓN No. 1333-2017
RECURSO: CASACIÓN
PROCESADO: JORGE ALCIDES GALARZA ROJAS
DELITO: TENTATIVA DE VIOLACIÓN

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO

JUICIO No. 17721-2015-1743

RECURSO DE CASACIÓN

DELITO DE TENTATIVA DE VIOLACIÓN

LA FISCALÍA CONTRA JORGE ALCIDES GALARZA ROJAS

CONJUEZ PONENTE: Dr. Marco Maldonado Castro

Quito, viernes 18 de agosto de 2017, las 13h27.

VISTOS:

PRIMERO.- Antecedentes

1.1. Antecedentes procesales

El Séptimo Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Quito, provincia de Pichincha, con fecha 07 de agosto de 2015, las 12h01, declaró al ciudadano Jorge Alcides Galarza Rojas autor del delito de violación en el grado tentativa, tipificado y sancionado en el artículo 512.3, en concordancia con los artículos 513, 16 y 46 del Código Penal —CP—, imponiéndole la pena de ocho años de reclusión mayor extraordinaria; además, se fijó el pago de daños y perjuicios por un monto de quince mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, a favor de MKQV¹. Ante este fallo el procesado y la acusadora particular presentaron recursos de apelación.

La Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en sentencia de 30 de septiembre de 2015, las 09h51, manifestó que, en cuanto al recurso presentado por la acusadora particular, "(...) no puede realizar ningún tipo de análisis, en razón de que no motivó el recurso de apelación (...)"; por otro lado, rechazó el recurso presentado por el procesado confirmando la sentencia subida en grado.

Inconformes con esta decisión, el procesado Jorge Alcides Galarza Rojas y la acusadora particular MKQV interpusieron recursos de casación, que son materia del presente análisis.

¹ Con el propósito de evitar la exposición pública de la ofendida y que se perjudique en su desarrollo personal, social e integral, y de conformidad con los artículos 78 de la CRE y 255 del Código de Procedimiento Penal, en adelante será identificada con las iniciales de sus nombres y apellidos.

1.2. Hechos acusados y hechos probados.

En síntesis, según la sentencia de la Corte de Apelaciones, los hechos acusados por Fiscalía, fueron:

El día 29 de noviembre de 2013, a las 23h00, en el sector de Ascázubi, cantón Cayambe, provincia de Pichincha, el señor Jorge Alcides Galarza Rojas, utilizando la violencia y amenazas en contra de MKQV, luego de agredirle físicamente, le lleva a un terreno baldío, le despoja de las prendas de vestir, le proyecta al suelo con la finalidad ineludible de violarle, en ese momento llegó el padre de la víctima, impidiendo que su hija sea abusada sexualmente.

Después de la valoración probatoria, que es su facultad, el Tribunal *ad quem*, consideró demostrados los hechos acusados por la Fiscalía con: el testimonio de Hilda Lucía Córdor Pucuna, perito médico legista, quien realizó el examen ginecológico a la víctima; el testimonio de Verónica Rocío Miño Carrillo, quien realizó el examen biológico de la víctima; el perito Luis Octavio Tipán Rojano, quien realizó el reconocimiento del lugar de los hechos; y, el testimonio del perito Ítalo Fernando Rojas Cueva, quien realizó la valoración psicológica de la víctima. La responsabilidad del procesado se demostró con los testimonios de la víctima MKQV y del señor Jorge Aníbal Quishpe Casaliglla, padre de la víctima.

SEGUNDO.- Jurisdicción y competencia

El Pleno del Consejo de la Judicatura, de acuerdo con los artículos 182 de la Constitución de la República del Ecuador —CRE— y 173 del Código Orgánico de la Función Judicial —COFJ—, emitió la Resolución No. 08-2015, de 22 de enero de 2015, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 441, de 20 de febrero del mismo año, por medio de la cual aprobó la actual integración de la Corte Nacional de Justicia.

Mediante la Resolución No. 01-2015, de 28 de enero de 2015, publicada en el Registro Oficial No. 445, de 25 de febrero del mismo año, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia integró sus seis Salas Especializadas, de conformidad con los mandatos establecidos en los artículos 182 de la CRE y 183 del COFJ. De igual forma, en el precitado Registro Oficial, se publicó la Resolución No. 02-2015, emitida el mismo día, en virtud de la cual el Pleno determinó las reglas de distribución de juicios a aplicarse por efecto de la renovación parcial de sus juezas y jueces.

En Resolución No. 060-2015, de 1 de abril de 2015, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 476, de 9 de abril del mismo año, el Consejo de la Judicatura designó a las conjuetas y conjuetes en las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, de acuerdo a lo previsto en los artículos 200 y 201, numerales 1 y 2, del COFJ.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, en virtud de lo previsto en el artículo 186 del COFJ, es competente, entre otras atribuciones, para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal.

Con fundamento en estas normas y en virtud del sorteo de ley correspondió el conocimiento de esta causa, signada con el número 17721-2015-1743, al Tribunal integrado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional; el doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional; y, el doctor Marco Maldonado Castro, Conjuete Nacional Ponente, por ausencia definitiva del doctor

Vicente Robalino Villafuerte, de conformidad con los artículos 174 y 201.1 del COFJ, 6 de la Resolución No. 02-2012 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 672, de 29 de marzo de 2012; y, oficio No. 463-SG-CNJ, de 8 de abril de 2016.

No se ha impugnado la competencia del Tribunal, ni la de quienes lo integramos.

Atento el estado de la causa, se considera:

TERCERO.- Validez procesal

Conforme la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal—COIP—, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180, de 10 de febrero de 2014, por la fecha que inició el proceso, corresponde aplicar el régimen legal vigente a tal tiempo, esto es la Ley reformativa al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal—CPP y CP—, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 555 de 24 de marzo de 2009; en consecuencia, se fundamentó el recurso de casación en audiencia oral, pública y de contradictorio.

El recurso de casación fue tramitado en aplicación de las garantías básicas que conforman el derecho al debido proceso, reconocidas en el artículo 76 de la CRE, y conforme las normas procesales previstas en los artículos 352 del CPP. No se evidencia omisión de solemnidades sustanciales o formalidades en la sustanciación del recurso de casación que vicien el procedimiento y que puedan incidir en el resultado final de esta causa.

El recurso es válido y así se lo declara.

CUARTO.- Argumentos y fundamentación de los recursos.

4.1. Fundamentación del recurso de casación presentado por el procesado.- la doctora Patricia Coronel Cabrera, defensora técnica del procesado Jorge Alcides Galarza Rojas, en lo principal manifestó:

4.1.1 En el fallo del Tribunal *ad quem* se ha contravenido expresamente el artículo 29.5, 6, 7 del CP, pues no se consideró la atenuante trascendental.

4.1.2. Se contravino expresamente el artículo 76.7.l) de la CRE, ya que en la sentencia impugnada no existe motivación comprensible, razonable y lógica.

4.1.3. Solicitó que se dicte sentencia ratificando el estado de inocencia de su representado.

4.1.4. En el supuesto no consentido que no se declare la inocencia, pide que se establezca la pena correspondiente tomando en cuenta la tentativa, el *in dubio pro reo* y las atenuantes trascendentales.

4.2. Contestación al recurso.- la Fiscalía, a través de su delegada, la doctora Paulina Garcés Cevallos, contestó:

4.2.1. La defensa del recurrente no ha realizado una fundamentación como lo requiere el artículo 349 del CPP.

4.2.2. No existe la atenuante trascendental alegada pues, pese a que el acusado se entregó

a la justicia, en la audiencia, al rendir su testimonio, negó los hechos, pese a que existió un testigo presencial.

4.2.3. Respecto a la alegada falta de motivación, la defensa del procesado no explicó en qué consistió la misma.

4.2.4. La pena impuesta al acusado ya se encuentra modificada por haberse considerado que es un delito en el grado de tentativa.

4.2.5. Solicitó se declare improcedente el recurso de casación interpuesto por el procesado.

4.3. Intervención de la acusadora particular.- el doctor Luis Villacís Gallardo, defensor técnico de MKQV, entre lo principal señaló:

4.3.1. Las pretensiones del procesado recurrente son absurdas, pues tratan de confundir a la justicia.

4.3.2. Cualquier petitorio que se realice tiene que ser fundamentado, lo cual no ha ocurrido en este caso.

4.4. Fundamentación del recurso de casación presentado por la acusadora particular.- el doctor Luis Villacís Gallardo, defensor técnico de MKQV, en lo principal expuso:

4.4.1. Indebida aplicación de la ley “tanto en su forma como en su fondo” ya que el delito se consumó, en ningún momento se trató de tentativa.

4.4.2. Que a la víctima también le robaron sus pertenencias, acontecimientos que no fueron tomados en cuenta por el Tribunal *Ad quem*.

4.4.3. Solicitó se acepte su recurso de casación y se le imponga al procesado la pena que corresponde.

4.5. Intervención de la Fiscalía.- la doctora Paulina Garcés Cevallos, expresó:

4.5.1. Existe un error en la sentencia impugnada que se constata a través de la indebida aplicación de los artículos 16 y 46 del CP que se refieren a la tentativa, cuando se verificó que el hecho fue consumado.

4.5.2. Solicitó se acepte el recurso de casación propuesto por la acusadora particular y se condene al procesado como autor del delito de violación.

4.6. Contestación del recurso.- la defensa técnica del procesado expuso:

4.6.1. La perito médico legal, en los exámenes realizados a la víctima expresó que no pudo determinar que existió delito de violación.

4.6.2. Que no se ha considerado la atenuante trascendental, estando esta debidamente justificada.

QUINTO.- Análisis del Tribunal de Casación.

5.1. Naturaleza y fines del recurso de casación

5.1.1. El Estado ecuatoriano coloca a la persona en un lugar nuclear de la vida social, como titular de derechos y garantías. Al reconocer esa titularidad, especialmente sobre los derechos a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica, fortalece la configuración del sistema procesal como un medio para la realización de la justicia; y, al mismo tiempo, el acceso a ella a partir de principios constitucionales que garantizan la igualdad, la no discriminación, el estado de inocencia y el juicio previo.

En ese contexto, se instituye el debido proceso y, como uno de sus componentes, el derecho a recurrir de las decisiones judiciales. Precisamente, esa facultad, incluye la posibilidad de activar distintos mecanismos de impugnación, de carácter ordinario y extraordinario, a través de los cuales se busca evitar o enmendar el error judicial y resguardar la cohesión del ordenamiento jurídico.

Uno de los dispositivos de impugnación extraordinaria es la casación. Se trata de una alternativa jurídica que procede cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya sea por contravenir expresamente su texto, por indebida aplicación de su contenido o por interpretación errónea.

5.1.2. Su carácter de recurso extraordinario, entonces, se debe a que únicamente prospera ante la configuración de estrictos presupuestos establecidos por la ley, que pueden consistir en: por una parte, la infracción de la ley material o error *in iudicando* (juicio), en cuyo caso la casación cumple una función nomofiláctica y unificadora en la interpretación del ordenamiento jurídico; o, por otra parte, la transgresión de las normas y garantías procesales que generen una situación de indefensión, en cuyo escenario la casación actúa como un medio de control de la legalidad.

De ahí que se está frente a un recurso “[...] encaminado a enmendar las deficiencias que afectan al juicio de derecho contenido en la sentencia o resolución legalmente equiparable a ella, o a específicos requisitos procesales que condicionan la validez de esos actos decisivos”.² En consecuencia, la casación no ha sido diseñada para remediar o corregir cualquier situación de iniquidad o defecto procesal, sino con la finalidad de “procurar el imperio de la ley, la unificación de la jurisprudencia y la rectificación del agravio”.³

De esa forma, no cabe duda de que la casación es un recurso limitado, que solo permite el control *in iure*, esto es el estudio, análisis y resolución de cuestiones de estricto derecho, pues no procede frente a requerimientos de un nuevo análisis de los hechos, ni sobre pedidos de nueva valoración de la prueba; como sostiene Roxin, “la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y solo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al derecho material o formal”.⁴

5.1.3. Estos atributos confieren a la casación, según refiere el ex magistrado colombiano Humberto Fernández Vega, el carácter de un:

“[...] juicio técnico de impugnación, valorativo y exacto, de formalidades rigurosas, que requiere

² Lino Enrique Palacio, *Los recursos en el proceso penal* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001), 80.

³ Jorge Zavala Baquerizo, *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo X (Guayaquil: Editorial Edino, 2007), 73.

⁴ Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*. Citado por Jorge Zavala Baquerizo, *Tratado de derecho procesal penal*. op. cit.

una expresa formulación y fundamentación. Está destinado a examinar sentencias de segunda instancia para corregir vicios relativos al juzgamiento o al procedimiento.

Tales características distinguen a la demanda de casación de una simple alegación de instancia, determinan exigencias de orden legal y jurisprudencial de imperioso cumplimiento para la prosperidad de la impugnación[...]⁵

En la actualidad, y en el escenario del Estado constitucional de derechos y justicia, la casación cumple un propósito vinculado, de manera directa, con el respeto de los derechos y garantías fundamentales.

En esa medida, su espectro de acción adquiere una mayor amplitud en los sistemas de administración de justicia penal, que, como en el caso del Ecuador, cumple sus fines a través del sistema acusatorio, ya que, en efecto, lo que legitima la interposición de un recurso de casación es la emisión de una sentencia penal de segunda instancia en la que se ha transgredido el principio de legalidad y, por tanto, se han vulnerado esos derechos o garantías.

5.1.4. En esa línea de pensamiento, corresponde a este Tribunal de Casación analizar la sentencia recurrida, a efecto de determinar si se encuentra o no inmersa en alguno de los presupuestos establecidos en el artículo 349 del CPP, es decir, arribar a una conclusión sobre si, en la especie, se ha incurrido en una violación de la ley, ya sea por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o, bien, por errónea interpretación, lo que implica garantizar la legalidad y la seguridad jurídica.

Así entonces, este Tribunal, en ejercicio de sus competencias, se limitará a verificar si la sentencia materia de estos recursos extraordinarios contiene errores de juicio o de actividad, pero no valorará la prueba, ni revisará los hechos o actuaciones judiciales que constituyan parte de las instancias previas, en razón de no encontrarse facultado para ello.

5.2. Sobre la materia del recurso de casación

Del análisis de los argumentos realizados por los recurrentes en la audiencia de fundamentación de los recursos de casación, el Tribunal considera que el procesado sustentó su pretensión impugnatoria en los siguientes cargos:

- a. Contravención expresa del artículo 76.7.1) de la CRE, ya que en la sentencia impugnada no existe motivación.
- b. Contravención expresa del artículo 29.5, 6, 7 del CP, pues no se consideró la atenuante trascendental.

La acusación particular, a su vez, fundamentó su recurso en el siguiente reclamo:

- c. Indebida aplicación pues el delito se consumó, en ningún momento se trató de tentativa.

5.3. Fundamentos del Tribunal de Casación.

⁵ Humberto Fernández Vega, *El recurso extraordinario de casación penal* (Bogotá: Editorial Leyer, 2002), 34.

5.3.1. Contravención expresa del artículo 76.7.I) de la CRE, ya que en la sentencia impugnada no existe motivación.

Previo a entrar al análisis de los reproches del procesado y de la acusadora particular en la fundamentación de los recursos de casación propuestos; en atención a que la defensa del procesado alegó falta de motivación, este Tribunal debe analizar si la sentencia impugnada por la parte referida cumple con esta garantía constitucional.

El procesado expresó que la sentencia impugnada carece de motivación pues esta no es razonable, lógica ni comprensible; ante este alegato, este Tribunal debe manifestar que por mandato constitucional, convencional y legal, los jueces deben garantizar la vigencia y ejercicio de los derechos fundamentales.

El debido proceso es uno de estos derechos que debe ser garantizado por los jueces, sobre todo por la naturaleza de sus competencias. La vigencia de este derecho se ve reflejada en una serie de prerrogativas, entre ellas, la obligación de emitir resoluciones motivadas.

Es en virtud de este mandato normativo que este Tribunal tiene la facultad de observar si la sentencia puesta a su conocimiento está motivada, toda vez que en el presente caso, el recurrente ha manifestado incertidumbre respecto al cumplimiento de esta garantía del derecho al debido proceso en el fallo emitido por los jueces de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.

De acuerdo a lo establecido en líneas anteriores, para determinar si el fallo en estudio se encuentra o no motivado, nos referiremos a preceptos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que desarrollan las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como normativa nacional respecto a qué requisitos debe reunir un fallo para encontrarse motivado.

Sobre la motivación de sentencias, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8.1 establece:

"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

En relación a esta norma internacional de aplicación directa en este caso, en virtud del artículo 426 de la CRE, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Tristán Donoso vs Panamá*⁶, se expresó en los siguientes términos:

"(...) la motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática".

"En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado.

⁶ Corte IDH, caso *Tristán Donoso vs Panamá*, Sentencia de 27 de Enero de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 152, 153

Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 de la Convención para salvaguardar el derecho a un debido proceso”.

Por otro lado el artículo 76.7.l) de la CRE ya citado, determina que una sentencia no está motivada cuando no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.

En este sentido el artículo 130.4 del COFJ, establece:

Art. 130.- FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.- Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben:

(...)

4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos;

(...)” (el énfasis nos corresponde).

Además, el artículo 306 del CPP establece que la sentencia deberá incluir una motivación completa y suficiente.

Más aún, este Tribunal debe revisar motivación, pues al ser el recurso de casación de cierre, extraordinario, técnico y limitado, no puede emitir una nueva sentencia de mérito con base en los hechos para enmendar un error de motivación en la sentencia que es objeto de su análisis, lo que sí puede hacer la Corte Provincial. Por lo que el remedio jurídico para tal error está dado por la misma constitución, en el ya citado artículo 76.7.l) y en el artículo 130.4 del COFJ, es decir, considerar nulo el fallo.

Bajo los parámetros enunciados, este Tribunal no encuentra que el procesado se haya referido a falta de enunciación de normas o principios jurídicos en la sentencia impugnada o que reclame que se haya dejado de explicar la pertinencia en la aplicación de normas a los antecedentes de hecho.

Tampoco ha referido que en la sentencia impugnada no se han tomado en cuenta sus alegatos o que el conjunto de pruebas aportadas no ha sido analizado.

Adicionalmente, no determinó cuál razonamiento, contenido en la sentencia impugnada, resulta insuficiente o qué reclamo relevante no fue atendido.

Por lo tanto este Tribunal no encuentra sustento suficiente que apoye el alegato del procesado respecto a la falta de motivación, por lo que este reproche es considerado improcedente.

5.3.2. Los cargos de casación

Previo a responder cada uno de los reproches esgrimidos por las partes procesales, el

Tribunal debe establecer los requisitos mínimos que exigen la técnica y naturaleza del medio de impugnación que nos ocupa, para que un cargo de casación pueda ser considerado como tal.

El CPP, establece:

“Art. 349.- Causales.- El recurso de casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación.

No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba.”

El recurso de casación, es medio de impugnación de las sentencias de apelación⁷, y exige a quien reprocha la decisión de la Corte de Apelaciones, indique al Tribunal de Casación los cargos que imputa a dicha resolución y en qué forma estos cuestionamientos configuran las causales taxativas del artículo arriba citado; y, además, el perjuicio que se le ha irrogado a un derecho.

Siguiendo este razonamiento, las causales de casación del artículo 349 del CPP, están previstas para revisar las violaciones a la ley, por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación. La revisión del relato fáctico fijado por la Corte de Apelaciones está prohibida en la casación expresamente por el último inciso del artículo 349 del CPP.

De manera general se considera violación a la ley por contravención expresa a su texto cuando el juzgador no aplica una disposición jurídica para resolver la cuestión puesta en su conocimiento, pese a que, después de la valoración probatoria, los hechos considerados probados guardan identidad con los presupuestos de hecho previstos en la norma cuya aplicación se ha omitido.

La indebida aplicación de la ley es un error en la selección de la norma, que ocurre cuando el juzgador aplica una norma diversa a la que corresponde al caso puesto en su conocimiento y resolución. La indebida aplicación, por lo general, conlleva a la falta de aplicación de otras normas relacionadas, jurídicamente, con la norma que debía aplicarse correctamente.

La interpretación errónea se produce cuando, aun eligiendo la norma correcta, se le atribuye un sentido jurídico que no tiene, es decir, se va más allá del contenido de la norma y su alcance, produciendo un efecto que el legislador no previó, lo que puede provenir de un error de intelección por inadecuada preparación de la persona encargada de aplicarla.

El régimen procesal penal prohíbe en casación el análisis de la valoración probatoria o el contenido de la prueba; por lo tanto, este Tribunal no tiene facultad para reformular los hechos fijados, ni para emitir juicios de valor sobre los elementos probatorios.

En este sentido, es obligación de quien pretende impugnar una sentencia mediante recurso de casación, dirigir su reproche a la sentencia de segunda instancia, como aquella que causa efecto y mediante la cual se garantiza el ejercicio del derecho a la doble instancia; además, el reproche no puede sustentarse en la revisión de prueba, tanto en cuestiones de legalidad,

⁷ A partir de las reformas al CPP, publicadas en el Suplemento del Registro Oficial No. 555, de 24 de marzo de 2009. Antes de tal reforma, el recurso de casación procedía contra sentencias del Tribunal de Juicio. (Nota del Tribunal)

como en su contenido, pues está vedado por ley para el Tribunal de Casación, pues tales reproches corresponden a la etapa de juicio o apelación en el ejercicio del contradictorio, limitación propia de la casación ya que su objeto exclusivo de análisis son los errores de derecho en la sentencia.

Un cargo de casación, para poder ser atendido por este Tribunal, debe ser fundamentado en la audiencia respectiva, de manera autónoma, taxativa y suficiente: cada cargo debe increpar a la sentencia de una violación a una norma legal específica, por una sola de las causales de casación, pues estas son excluyentes entre sí; e, indicar en qué parte de la sentencia se encuentra tal violación, cómo se trasgredió expresando la contraposición del razonamiento judicial considerado errado con el criterio que el casacionista piensa acertado, y la influencia de tal error de derecho en la decisión de la causa.

Sin un argumento suficiente que demuestre claramente los sustentos de la pretensión impugnatoria, se priva al Tribunal de Casación de elementos necesarios para llegar a emitir su decisión respecto al recurso de casación, e incluso, de la aplicación del artículo 140 del COFJ, en caso de que la persona recurrente equivoque en la invocación de la causal de casación.

Con base en estos criterios, el Tribunal procede al análisis de los reproches expresados por los recurrentes.

5.3.3. Contravención expresa del artículo 29.5, 6, 7 del CP, pues no se consideró la atenuante trascendental.

El procesado señaló que existe contravención expresa de los artículos 29.5, 6 y 7 del CP ya que al haberse presentado voluntariamente a la justicia debió aplicarse la atenuante trascendental.

Los artículos que invocó establecen:

“Art. 29.- Son circunstancias atenuantes todas las que, refiriéndose a las causas impulsivas de la infracción, al estado y capacidad física e intelectual del delincuente, a su conducta con respecto al acto y sus consecuencias, disminuyen la gravedad de la infracción, o la alarma ocasionada en la sociedad, o dan a conocer la poca o ninguna peligrosidad del autor, como en los casos siguientes:

(...)

5o.- Presentarse voluntariamente a la justicia, pudiendo haber eludido su acción con la fuga o el ocultamiento;

6o.- Ejemplar conducta observada por el culpado con posterioridad a la infracción;

7o.- Conducta anterior del delincuente que revele claramente no tratarse de un individuo peligroso;

(...)”

De las normas citadas anteriormente se desprende que ninguna se refiere a la alegada “atenuante trascendental”, únicamente se establecen circunstancias atenuantes generales, de las cuales, de acuerdo a los hechos considerados probados por la Corte de Apelaciones, solo se encuentra acreditada la atenuante contenida en el artículo 29.5 de CP, es decir que el procesado se presentó voluntariamente a la justicia.

Sobre las circunstancias atenuantes contenidas en los artículos 29.6 y 7 del CP, no existe razonamiento jurídico alguno emitido por los jueces del Tribunal *ad quem*, debido a que la defensa técnica del procesado no presentó ningún elemento para acreditar tales circunstancias; además, no fueron parte de las pretensiones formuladas por parte del ahora recurrente, en consecuencia a los jueces de segunda instancia no les correspondía pronunciarse sobre puntos de derecho que no fueron puestos a su consideración.

De lo expuesto en el párrafo que antecede, este Tribunal razona que no existe error de derecho, más aún cuando de los hechos considerados probados por la Corte de Apelaciones no se desprenden verificadas las circunstancias atenuantes contenidas en los artículos 29.6 y 7 del CP.

Por otro lado, cabe señalar que si bien se consideró demostrada la circunstancia atenuante prevista en el artículo 29.5 del CP, la pena de reclusión no puede ser reducida o modificada, pues de conformidad a lo dispuesto en el artículo 72 del CP, deben confluír dos circunstancias atenuantes y ninguna agravante no constitutiva de la infracción.

Por lo expuesto, atendiendo a la naturaleza técnica y limitada del recurso de casación y al no haber expuesto el procesado de manera adecuada su solicitud impugnatoria, este reproche no puede ser tomado en cuenta como un cargo de casación.

5.3.4. Indebida aplicación pues el delito se consumó, en ningún momento se trató de tentativa.

La acusadora particular manifestó que, aún al haberse demostrado los hechos que determinan que la conducta del procesado se adecuó al supuesto fáctico contenido en el artículo 512 del CP, la Corte de Apelaciones incurrió en error de derecho al considerar que el señor Jorge Alcides Galarza Rojas fue responsable del delito en el grado de tentativa.

Si bien la recurrente no invocó una de las causales previstas en el artículo 349 del CPP, en atención a lo dispuesto en el artículo 140 del COFJ, por medio del cual se faculta a los jueces a aplicar el derecho que corresponda al proceso aunque no haya sido invocado por la partes o lo haya sido erróneamente, y tomando en cuenta que de la lectura del petitorio de casación se entiende que el reproche se centra en una indebida aplicación de la norma que establece la tentativa.

En este sentido, este Tribunal determina que el reclamo de la acusadora particular se refiere a la indebida aplicación de los artículos 16 y 46 del CP, que al considerar que los hechos se consumaron se debió aplicar lo dispuesto en el artículo 42 del CP; es decir que se debió declarar al procesado autor del delito tipificado en el artículo 512 del CP.

La norma del CP en la que se tipifica el delito de violación determina:

"Art. 512.- Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o, la introducción, por vía vaginal o anal, de los objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos:

(...)

3o.- Cuando se usare de violencia, amenaza o de intimidación".

Por otro lado, la norma que regula la tentativa en el CP dispone:

“Art. 16.- Quien practica actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito, responde por tentativa si la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica”.

Enunciadas estas normas nos remitimos a los razonamientos expuestos por los jueces de la Corte de Apelaciones para examinar si han incurrido o no, en una infracción de derecho, al respecto señalan:

“La culpabilidad penal del procesado Jorge Alcides Galarza Rojas, como autor en el grado de tentativa, por el tipo penal previsto en el Art. 512 numeral 3 del Código Penal, está probado con el testimonio de la víctima MKQV, quien afirma que el 29 de noviembre del 2013, a las 21h30, salió de la Universidad ubicada en esta ciudad de Quito y tomó el bus que le transportaría a la ciudad de Cayambe; tres minutos antes de llegar al barrio San Juan de Ascázubi, le llamó a su padre para que le vaya a esperar como lo hacía siempre; luego de bajarse del bus en la Parada se dirigió a su domicilio, momentos en los cuales identificó en el lugar al sujeto activo Galarza Rojas, en estado etílico, quien le tapó la boca y la nariz y le arrastró a un terreno baldío de propiedad de los padres del procesado, en el lugar le golpeó en los labios, le mordió los dedos y le desvistió; **le introdujo los dedos en la vagina**; le introdujo salvajemente el miembro viril en su vagina sin embargo, de esto último no hay constancia en el examen médico legal (...)” [sic] (énfasis nos corresponde).

Del relato factico fijado por la Corte de Apelaciones, se desprende que el procesado usó la violencia para someter a su víctima, luego señaló como hecho probado, que el agresor introdujo los dedos en la vagina de la víctima; el supuesto fáctico del delito determina que existe violación cuando hay introducción, por vía vaginal o anal, de los objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril, es decir que inequívocamente la calificación jurídica de los hechos corresponden al delito de violación, consumado.

Si bien el Tribunal *Ad quem* manifiesta que no hay constancia en el examen médico legal de que el procesado introdujo el miembro viril masculino en la vagina de la víctima, el delito fue consumado por los hechos considerados probados, descritos en el párrafo anterior. Es decir, para la consumación del delito, no es necesaria la introducción del miembro viril, la norma prevé que es suficiente la introducción de los dedos en la vagina y el uso de la violencia, hechos considerados probados, por lo que el delito se consumó y la conducta del procesado se ajustó al supuesto fáctico del delito de violación.

El artículo 16 de CP determina que existe tentativa cuando la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica, en este caso los jueces de la Corte de Apelaciones incurrieron en indebida aplicación de la norma antes citada, en concordancia con el artículo 46 del mismo cuerpo normativo; pues, como hemos razonado, el delito se consumó, la norma que debió aplicarse en su lugar es el artículo 42 del CP referente a la autoría del delito. Este error de derecho influyó en la decisión de la causa pues se impuso equivocadamente al procesado una pena privativa de libertad reducida correspondiente a la autoría en grado de tentativa.

En consecuencia, este Tribunal determina que le reproche expuesto por la acusadora particular MKQV es procedente.

SEXTO.- Resolución

Con fundamento en los antecedentes y considerandos antes enunciados, tomando en cuenta que, por un lado, el procesado recurrente no ha cumplido su obligación de fundamentar su

recurso en los términos previstos en el artículo 352 del CPP, ni ha explicado satisfactoriamente de qué manera la sentencia impugnada violó la ley conforme a las causales que señala el artículo 349 de la norma antes referida; y, por otro lado, al estimarse que el recurso propuesto por la acusadora particular es procedente; al no haberse evidenciado nulidad en la sentencia emitida por la Tribunal de Apelación y al no ser la mera inconformidad motivo para que el recurso prospere, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”, con fundamento en el artículo 358 del CPP; resuelve:

- 1.- Declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por el procesado Jorge Alcides Galarza Rojas;
- 2.- Declarar procedente el recurso de casación presentado por la acusadora particular MKQV; en consecuencia,
- 3.- Reformar la sentencia subida en grado; y,
- 4.- Declarar a Jorge Alcides Galarza Rojas autor del delito de violación, previsto y sancionado en los artículos 512.3 y 513 del CP, como delito consumado, imponiéndole la pena de dieciséis años de reclusión mayor extraordinaria; no cabe la aplicación del principio *non reformatio in peius* por cuanto el procesado no fue el único recurrente.

Ejecutoriada esta sentencia devuélvase el expediente a la autoridad de origen para su ejecución. **Notifíquese y cúmplase.- f.-** DRA. GLADYS TERÁN SIERRA.- **JUEZA NACIONAL.- f.-** DR. MIGUEL JURADO FABARA.- **JUEZ NACIONAL.- f.-** DR. MARCO MALDONADO CASTRO.- **CONJUEZ NACIONAL PONENTE.-** Certifico.- f.- Dra. Ivonne Guamani León.- **SECRETARIO RELATOR.-**

CERTIFICO: Las siete (07) fojas que anteceden son iguales a su original.

Quito, 11 de diciembre de 2017.


DR. CARLOS IVAN RODRIGUEZ GARCÍA
SECRETARIO RELATOR

CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR

CASO No. 17721-2016-1379
RESOLUCIÓN No. 1336-2017
RECURSO: CASACIÓN
PROCESADO: VICENTE OSWALDO LEÓN RAMOS
DELITO: ABUSO SEXUAL

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.-

Quito, viernes 18 de agosto de 2017, las 16h20.

1. ANTECEDENTES.

1.1 Contenido de la sentencia impugnada vía casación.

El procesado Vicente Oswaldo León Ramos, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, el 29 de agosto de 2016, las 14h32, que desechó el recurso interpuesto, en tal virtud confirmó la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Ambato de la provincia de Tungurahua, el 20 de julio de 2016, las 15h47, en la que, en decisión de mayoría, declaró la culpabilidad del mencionado procesado en calidad de autor del delito tipificado y sancionado en el artículo 170, inciso segundo, del Código Orgánico Integral Penal; por lo que, le impuso la pena de nueve años, cuatro meses de privación de la libertad, multa de veinte salarios básicos unificados del trabajador en general, y al pago de dos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, por concepto de reparación integral a favor de la víctima.

De la sentencia dictada por el Tribunal *ad quem*, se evidencia como hecho probado que:

"[...] Los hechos, corresponden a los presuntamente ocurridos, en el año lectivo 2014-2016, cuando la menor DEMCH, cursaba el octavo año, paralelo "B" de la Unidad Educativa Francisco Flor-Gustavo Egúez, de esta ciudad de Ambato, en circunstancias en que dicha menor se ha acercado al Lcdo. Vicente Oswaldo León Ramos, un deber que no ha entendido; quien, le ha insistido que se quede y le ha explicado todo y es ahí cuando le ha alzado la falda, bajándole las mallas, comenzando a tocarle las piernas y las partes íntimas; que luego de un receso(recreo) le han mandado a llamar con una compañera, a quien le ha pedido que se vaya, pidiéndole que le dé un beso, negándose a ello y que si no le da, le habría perder el año; que después se acercó a indicarle que le habría perder el año y que después ya no se acercó al mencionado licenciado." [sic.]

1.2 Actos procesales de sustanciación del recurso de casación.

- ◆ Auto de 19 de septiembre de 2016, las 11h39, dictado por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, por medio del cual concede el recurso de casación.
- ◆ Sorteo de 30 de septiembre de 2016, realizado dentro de la causa penal No. 17721-2016-1379, por la Presidencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, mediante el cual se radicó la competencia en este Tribunal de Casación.
- ◆ Auto de admisión dictado el 22 de febrero de 2017, las 14h58, en la que, el Tribunal de Casación, aceptó a trámite el cargo planteado por el recurrente Vicente Oswaldo León Ramos, atinente a la contravención expresa al texto de los artículos 5.3 del Código Orgánico Integral Penal; y, 76.7.1), de la Constitución de la República del Ecuador.
- ◆ Audiencia oral, reservada y contradictoria de sustentación del recurso de casación, en la que fueron escuchados: doctor Raúl Garcés Llerena, delegado del señor Fiscal General del Estado; y, doctor Hermes Sarango, abogado defensor del procesado y recurrente Vicente Oswaldo León Ramos.

1.3 Fundamentación respecto del cargo casacional admitido a trámite por parte de la defensa técnica del procesado Vicente Oswaldo León Ramos:

- ◆ Respecto a la vulneración del artículo 5.3 del Código Orgánico Integral Penal, señala que el delito es una conducta típica, antijurídica y culpable, para lo cual debe cumplirse todos y cada uno de estos presupuestos.
- ◆ En el caso en análisis el elemento de la culpabilidad no se encuentra comprobado, pues los elementos probatorios que sirvieron para determinar la existencia del delito, se refieren al testimonio de la víctima del Psicólogo y del señor Policía que realizó el reconocimiento del lugar de los hechos; en cuanto a la víctima, existe una evidente contradicción entre su testimonio efectuado a través de la Cámara de Gesell y el rendido ante el Psicólogo; en el primero señaló que, el hoy recurrente le había alzado la falda, bajado la malla y realizó actos impúdicos; en el segundo la víctima manifiesta otros hechos; por lo que considera que existe una duda más que razonable.

- ♦ La línea jurisprudencial ha sostenido que los delitos sexuales se los comete en la clandestinidad, que es muy difícil que puedan existir testigos presenciales, pues las víctimas siempre buscan escapar a las miradas indiscretas, la reserva propia para la intimidad, por ello a este hecho delictivo se le conoce como delitos ocultos y por tanto el criterio y apreciación de la prueba debe ser mucho más amplia que en otra clase de delitos, pues se considera que muy difícil o nunca existiría prueba directa o testigos presenciales; en el caso, la versión de la víctima, señala que se lo hizo en presencia de más de 45 estudiantes, lo que resulta inverosímil e increíble que fue el sustento y la base para poderle acusar a su defendido por el delito de abuso sexual; por lo que considera que existe contravención expresa al artículo 5.3 del Código Orgánico Integral Penal.
- ♦ En cuanto al artículo 76.7.1) de la Constitución de la República del Ecuador, si bien la sentencia contiene un cúmulo de doctrina, normas jurídicas, constitucionales respecto al delito de violación, así como la prueba que utiliza para condenarle a su defendido, que son los tres testimonios, que ninguno de ellos son concordantes entre sí, no cumple con los parámetros que ha señalado la Corte Constitucional, al hablar de la motivación, razón por la cual se vulnera esta norma constitucional, por contravención expresa al texto.

Solicita se case la sentencia y se ratifique el estado de inocencia de su defendido y en caso de que esta fundamentación hecha por parte de la defensa no fuere suficiente solicita se aplique el artículo 657.6 del Código Orgánico Integral Penal que habla de la casación ex officio.

1.4 Contestación al recurso por parte del doctor Raúl Garcés Llerena, delegado del señor Fiscal General del Estado:

- ♦ Respecto a la contravención expresa del texto de la ley, no aparece que se haya fundamentado este recurso conforme lo tipifica esta causal; el juzgador de instancia, esto es, la Sala Penal de la Corte Provincial de Tungurahua ha sancionado al recurrente aplicando el artículo 170, inciso segundo, del Código Orgánico Integral Penal, norma que efectivamente corresponde su aplicación al presente caso.

- ♦ El artículo 5.3 del Código Orgánico Integral Penal, que refiere a la duda a favor del reo, le dispone al juzgador que para dictar sentencia condenatoria debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, lo cual se cumple en el *sub judice*.
- ♦ En cuanto al artículo 76.7.1) de la Constitución de la República del Ecuador, que refiere sobre la motivación, de la lectura de la sentencia se aprecia que en ella se encuentra plenamente descrito el hecho que sirvió de sustento a la calificación del delito y la culpabilidad, es decir que la motivación en esta sentencia no aplica una norma diferente a la que corresponde en un proceso de correcta adecuación típica, como es el delito de abuso sexual cometido en una menor de edad, para esto la Sala Penal de la Corte Provincial del Tungurahua, confirmando la sentencia del Tribunal de Garantías Penales del cantón Ambato, explica los hechos objeto de la adecuación típica; por tal consideración Fiscalía considera que la sentencia objetada cumple con la debida motivación.

Solicita que el recurso de casación interpuesto por el señor Vicente León Ramos, sea rechazado por improcedente.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN.

2.1 Competencia:

La Corte Nacional de Justicia, ejerce su jurisdicción a nivel nacional de conformidad con el artículo 182, último inciso, de la Constitución de la República del Ecuador, y artículo 172 del Código Orgánico de la Función Judicial.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, tiene competencia para conocer los recursos de casación, revisión y los demás que establezca la ley, en materia penal de conformidad con el artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; así como los artículos 8 y 9 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial número 38, de 17 de julio de 2013, que sustituyen a los artículos 183 y 186 de la misma ley, y las Resoluciones de la Corte Nacional de Justicia números 01-2015 y 02-2015, de 28 de enero de 2015.

El Tribunal para la resolución de la presente causa está conformado por el doctor Luis Enríquez Villacrés, Juez Nacional Ponente; doctor Miguel Jurado Fabara; y, doctor Jorge Blum Carcelén, Jueces Nacionales.

2.2 Sobre el recurso de casación:

El artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, contempla las causales por las que procede el recurso de casación, así, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación.

Existe contravención expresa del texto de la ley, cuando se desobedece o se actúa en contrario de lo que ésta expresamente señala; tiene lugar la aplicación indebida de la ley, cuando el juzgador en lugar de aplicar la norma que corresponde al caso, aplica otra que es impertinente, hay aquí una norma incorrecta que se ha aplicado y una correcta que se ha dejado de aplicar; y, errónea interpretación que se da cuando el juzgador no acierta con el sentido genuino que tiene la norma, es decir, refleja un error de intelección; de ahí que la casación es un medio extraordinario de impugnación, por el cual, por motivos de derecho, específicamente previstos en la ley, la parte afectada reclama la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de segundo nivel que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva y adjetiva penal.

En este contexto, cabe puntualizar que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, tal como lo afirma Orlando Rodríguez, "La casación procede única y exclusivamente por las causales que expresamente consagra el sistema jurídico positivo; no existen causales distintas"¹, con lo cual concuerda Gilberto Martínez Rave, quien agrega que el recurso extraordinario de casación "es el que se utiliza contra sentencias de segunda instancia que se consideran violatorias de la ley. No origina una tercera instancia que no existe; en casación no pueden volverse a debatir los hechos que ya han sido juzgados en las dos instancias. Simplemente se trata de un recurso mediante el cual se confronta la sentencia con la ley para concluir si aquella se ciñó a ésta y tiene validez jurídica."²

¹ Rodríguez Ch. Orlando. Casación y Revisión Penal, Temis, Bogotá, 2008, p. 67.

² Martínez Rave Gilberto. Procedimiento Penal Colombiano, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1992, p. 457.

Para analizar el recurso de casación, los Tribunales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, han definido parámetros, estableciendo que:

“Ningún recurso de casación podrá ser procedente, si el recurrente no exterioriza las razones jurídicas de las que se cree asistido, para elaborar los cargos que presenta al Tribunal. Esta actividad, que se conoce como argumentación jurídica, consta de tres componentes básicos: a) Determinación de la parte específica de la sentencia impugnada, en la cual se encuentra el error de derecho; b) Confrontación entre el razonamiento del juzgador sobre la aplicación o interpretación de una norma jurídica, que se considera ha provocado un error de derecho, y aquella aplicación o interpretación que estima el recurrente se debería haber realizado; y, c) Explicación de la influencia que ha tenido el error de derecho, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada”³.

Es por ello que, el recurrente debe realizar una correcta fundamentación del recurso interpuesto, para que el Tribunal de Casación cuente con los medios claros y suficientes para casar una sentencia con base a las argumentaciones del casacionista.

2.3 Estudio jurídico de la impugnación esgrimida por el recurrente, bajo los cargos admitidos.

2.3.1 Transgresión a la garantía de la motivación de las decisiones judiciales.

El impugnante, expresa que el fallo dictado por la Sala de Apelación, carece de motivación; razón por la cual, como primer punto a tratar, este Tribunal procederá a verificar si el fallo objetado, cumple con esta garantías constitucional.

El artículo 76.7.1), de la Constitución de la República del Ecuador señala:

“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:(...) 1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables será sancionados”.

Bajo tal precepto, resulta notorio que la motivación implica un requisito esencial para las resoluciones de los órganos públicos que emerge como una garantía que tiene la persona involucrada, en el presente caso, en un proceso judicial.

³ Ecuador. Sentencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia. Juicio No. 444-2014.

En este sentido, esta garantía engloba la relación de los hechos con normas jurídicas y también la subordinación del poder judicial a los mandatos constitucionales, en la medida en que se deben justificar los razonamientos del órgano jurisdiccional por los que se ha llegado a la resolución adoptada.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia No. 035-12-SEP-CC, ha señalado lo siguiente:

“(…) el primero de los subderechos del debido proceso es el deber de las autoridades administrativas o judiciales de garantizar el cumplimiento de las normas o los derechos de las partes; constituye un principio fundamental para garantizar la existencia del Estado constitucional de derechos y justicia y una garantía indispensable para evitar la arbitrariedad en las decisiones y resoluciones de las autoridades administrativas o judiciales (...). El Estado constitucional de derechos y justicia se dota de una Constitución normativa, que sujeta todos los poderes a la legalidad, sitúa los derechos fundamentales en el centro del sistema y prevé para ellos garantías institucionales inéditas”⁴.

Por consiguiente, la garantía de motivación ataca el abuso del poder público, pues demanda los fundamentos que justifican la resolución judicial adoptada; y, por ende, otorga certeza y seguridad jurídica a los sujetos procesales que están en litigio dentro de una causa.

En este contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, ha dicho lo siguiente:

“la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomadas en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Así mismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las debidas garantías incluidas en el artículo 8.1 de la Convención para salvaguardar el derecho a un debido proceso”⁵.

Bajo tales lineamientos, la sentencia es:

“...el resultado de una génesis que tiene lugar en dos planos, integrado por las varias etapas que la ley contempla, y el subjetivo, que corresponde a la operación mental efectuada por el órgano jurisdiccional, en cuyo fondo lógico hay un silogismo que tiene como premisa mayor la norma general y abstracta de la ley (contenido jurídico), por premisa menor los hechos controvertidos (contenido fáctico) y por conclusión la parte resolutive del fallo, que se constituye en mandato concreto, obligatorio para las partes. Por otra parte, la sentencia

⁴ Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 035-12-SEP-CC, de 08 de marzo de 2012, caso No. 0338-10EP.

⁵ Corte IDH, caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, 5 de agosto de 2008, párrafos 77 y 78.

constituye un proceso de valoración jurídica, y de selección de las normas aplicables al caso, es así que la sentencia debe ser razonada y fundamentada...”⁶

En conclusión, la motivación al ser una solución racional, debe encaminarse en la correcta explicación lógico-jurídica al momento de resolver; siendo obligación del juzgador, demostrar los hechos con base a las pruebas debidamente actuadas, para lo cual, debe desarrollarlas, calificarlas y subsumirlas a la norma jurídica, para que la resolución esté debidamente fundamentada y motivada en derecho.

En el caso *in examine*, la resolución recurrida se encuentra estructurada de tres partes:

i) Expositiva: en la que se hace una narración que enmarca la noticia “*criminis*” del delito, antecedentes del hecho fáctico y sobre las alegaciones expuestas en la fundamentación de los recursos de apelación interpuestos, lo que guarda armonía con la estructuración del fallo, pues, es donde se ha garantizado el derecho a la defensa, que consagra el detalle de cada una de las intervenciones de las recurrentes, sus propias alegaciones y las que consideran han rebatido la teoría planteada por Fiscalía, e instaurado su derecho de contradecir pruebas.

ii) Considerativa: en este punto, que consagra el sostenimiento del fallo cuestionado, es donde se ha estructurado el razonamiento sobre el acervo probatorio aportado por los sujetos procesales; para en ese sentido, aplicar el criterio de valoración⁷, y demostrar argumentativamente el nexo causal entre la materialidad de la infracción y la responsabilidad del acusado, lo que claramente se desprende de los considerando séptimo y octavo de la sentencia objetada.

iii) Resolutiva: la cual constituyó la conclusión concatenada de todo el razonamiento, para derivar en el rechazo del recurso de apelación propuesto por el acusado y como consecuencia la confirmación de la sentencia condenatoria emitida por el Tribunal *a quo*; con lo cual, se evidencia que se ha justificado las premisas de argumentación, juicios de

⁶ Ecuador. Sentencia de 28 de agosto de 2014, las 13:00. Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

⁷ Código Orgánico Integral Penal. “Art. 457.- Criterios de valoración.- La valoración de la prueba se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamenten los informes periciales. (...)”

valor y explicaciones lógico-jurídica, dirigidas de forma escrita a los intervinientes en la contienda legal.

De todo lo expuesto, se concluye que la sentencia recurrida cumple con la exigencia constitucional de motivación que garantiza el artículo 76.7.1), de la Constitución de la República del Ecuador, ya que se explica las normas jurídicas en que se funda, y la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, tras una correcta valoración del conjunto probatorio, lo que deriva en que la pretensión del hoy casacionista respecto a que se declara la nulidad constitucional deviene en improcedente.

2.3.2 Violación a la ley por contravención expresa al texto.

Conforme a la admisión y fundamentación del recurso por parte de la defensa técnica del recurrente, su siguiente cargo recae en la primera casual establecida en el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, que se refiere a la violación a la ley por contravención expresa al texto del artículo 5.3 ibidem, argumentando al respecto que, su culpabilidad no se encuentra comprobado debido a una contradicción en el testimonio de la víctima, rendido en primer lugar, en la cámara de Gesell y posterior ante la perito psicóloga, lo que derriba a que exista una duda razonable.

Respecto de la causal invocada, el tratadista Waldo Latapiat, sostiene que:

“Hay contravención formal de la ley cuando la sentencia está en oposición o contradicción en su texto o espíritu o motivos. Se trata de la antinomia o divorcio entre lo que dice la norma y lo que dispone la sentencia. Dicha norma puede ser una ley prohibitiva, imperativa o permisiva.”⁸

Por su parte el jurista ecuatoriano Jorge Zavala Baquerizo, manifiesta:

“(…) el juez penal no puede darle a la ley penal otro sentido que no sea el que surge del propio texto de ella; ni tampoco puede referirse a otras normas penales análogas para lograr la vigencia de un texto penal en el caso que se debe juzgar. El que mal interpreta la ley mal la aplica pues está poniendo en vigencia una ley que, correctamente interpretada, no hubiere sido aplicada al caso dado.”⁹ (p. 143).

⁸ Ortuzar Latapiat, Waldo. Las Causales de Recurso de Casación en Materia Penal, Edit. Jurídica de Chile, 1958, p. 24.

⁹ Zavala Baquerizo, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal, Edit. Edino, 2004, p. 143.

Con ello, nos lleva a reflexionar que la contravención expresa al texto, implica una transgresión directa a la ley, debido a que su naturaleza radica en la actividad del juzgador que desarrolla dentro del proceso intelectual al momento de aplicar las normas legales que bien pueden ser mandatorias, permisivas o prohibitivas; es decir, que al verificarse la transgresión a la ley por este tipo de vulneración, implica que el operador de justicia ha actuado en contrario a lo que la norma de derecho, sea sustantiva, adjetiva o constitucional, le dispone, ya sea desconociéndola o aplicándola de forma incompleta; es por ello que, solo cuando se cumpla con este presupuesto ha de proceder corregir esta vulneración en sede casacional.

Ahora bien, para demostrar esta vulneración, es de importancia suprema que el recurrente realice una adecuada argumentación de su pretensión, apegada a parámetros de procedencia casacional que han sido desarrollados por la Corte Nacional de Justicia, a través de sus Tribunales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, y que se circunscriben a los siguientes:

- a) Determinación de la parte específica de la sentencia impugnada, en la cual se encuentra el error de derecho; debiendo tener en cuenta que, la observancia por parte de este Tribunal recae única y exclusivamente sobre la aplicación o interpretación del derecho en el fallo dictada por las Salas de Corte Provincial de Justicia dentro del recurso de apelación.
- b) Confrontación entre el razonamiento del juzgador sobre la aplicación o interpretación de una norma jurídica, sea sustantiva, adjetiva o constitucional, que se considera ha provocado un error de derecho; acompañado de la reflexión del recurrente que determine o explique lo que se debió haber realizado en el caso concreto.
- c) Por último, una explicación de la influencia que ha tenido el error de derecho, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada.

Expuesto los lineamientos que se requieren para que un sujeto procesal acuda a sede casacional, el suscrito Tribunal pasa a analizar los cargos esgrimidos por la defensa técnica del acusado Vicente Oswaldo León Llerena:

El artículo 5.3 del Código Orgánico Integral Penal, señalado como infringido, contiene el principio procesal de duda a favor del reo, el cual se refiere a que “la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable”.

La norma legal trascrita, obliga al juzgador que para declarar la responsabilidad del sujeto activo, en el tipo penal imputado, debe tener el convencimiento de su culpabilidad, el cual se derriba luego de la demostración y configuración de todos los elementos de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Ahora bien, el recurrente como sostén de su impugnación y en referencia al cargo casacional alegado, refiere que no se ha llegado al convencimiento de su culpabilidad más allá de toda duda razonable, por cuanto existe contradicción en los “testimonios de la víctima”, lo que refleja una fundamentación impertinente, debido a que en sede casacional no es procedente la valoración del acervo probatorio producido en juicio, puesto que esta facultad, bajo los principios dispositivo, inmediación, contradicción y concentración de la prueba, fue analizada y valorada en el momento procesal oportuno por la Sala de Apelación, en uso de su autonomía, exclusividad e independencia como órgano jurisdiccional de alzada.

Esta prohibición irrogada al Tribunal de Casación, también ha sido indicada por la Corte Constitucional en la sentencia 001-13-SEP-CC de 06 de febrero del 2013, emitida dentro del caso 1647-11-EP: en la que consta la siguiente manifestación:

“Por lo tanto, al momento de resolver el recurso se debe analizar únicamente la sentencia objetada por el recurrente, sin que los jueces tengan competencia para analizar temas de mera legalidad, que ya fueron resueltos y discutidos en las instancias inferiores, como por ejemplo el análisis de informes periciales, o la procedencia y valoración de pruebas (...)”

En el mismo sentido, la Corte Nacional de Justicia, a través de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, en sentencia que pone fin al recurso de casación signado con el No. 362-2013, señaló lo siguiente:

“Para despejar este primer cargo, el cual estriba en un tema de “valoración de pruebas” (testimonios); el cual, bajo el principio de contradicción e inmediación, corresponde a la esfera exclusiva del juzgador de instancia (tribunal penal) ante quien se actúa y obra la prueba tanto de cargo como descargo; y, reparando en el hecho de que en este escenario (recurso de casación) no es admisible pedidos tendientes a realizar una revalorización de la prueba”

En conclusión, de todo lo analizado, en la presente resolución, el impugnante no ha cumplido con su obligación de demostrar la vulneración de la ley en la sentencia objetada. Acotándose que de la revisión efectuada por este órgano jurisdiccional, el fallo recurrido no disgrega vulneración al derecho, que sea capaz de ser enmendado mediante casación de oficio.

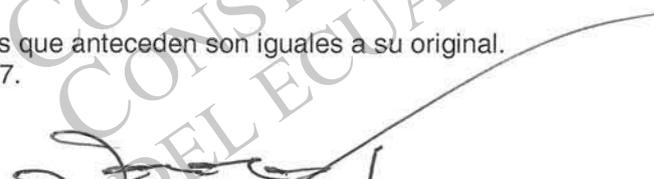
3. DECISIÓN.

Por las consideraciones que anteceden, este Tribunal de Casación, de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA:** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 657 numeral 5, del COIP, por unanimidad, resuelve:

- i) Declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por el recurrente Vicente Oswaldo León Ramos.
- ii) Ejecutoriada la sentencia, devuélvase el proceso al tribunal de origen para su ejecución.

Notifíquese y cúmplase.-F.- Dr. Luis Enríquez Villacrés.- **JUEZ NACIONAL PONENTE.-**
F.- Dr. Miguel Jurado Fabara.- **JUEZ NACIONAL.-** F.- Dr. Jorge Blum Carcelén.- **JUEZ NACIONAL.-** Certifico.- f.- **DR. CARLOS IVAN RODRIGUEZ GARCIA.- SECRETARIO RELATOR.-**

CERTIFICO: Las seis (06) fojas que anteceden son iguales a su original.
Quito, 11 de diciembre de 2017.


DR. CARLOS IVAN RODRIGUEZ GARCÍA
SECRETARIO RELATOR

CASO NO. 13141-2017-00020
RESOLUCIÓN NO. 1337-2017
RECURSO: APELACIÓN
PROCESADO: JUEZ DÉCIMO PRIMERO DE LO PENAL DE MANABÍ
DELITO: HABEAS CORPUS

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.-

Quito, viernes 18 de agosto de 2017, las 12h52

VISTOS:

ANTECEDENTES

El 6 de diciembre de 2013, las 09h05, el Juez Décimo Primero de lo Penal de Manabí, dio inicio de la instrucción fiscal en contra de Plinio Pablo Moncayo Farías, por el delito de violación tipificado en el artículo 512 del Código Penal y sancionado en los artículos 513, 514 y 515 ibídem; por lo que, dictó auto de prisión preventiva en su contra.

El 24 de abril de 2014, las 11h19, el Juez Décimo Primero de lo Penal de Manabí, dictó auto de llamamiento a juicio en contra de Plinio Pablo Moncayo Farías, por presumirlo autor del delito tipificado en el artículo 512.3 del Código Penal y sancionado en los artículos 513 y 514 ibídem; por lo que, ratificó todas las medidas de carácter real y personal dispuestas en contra del procesado. En virtud de aquello, el procesado interpuso acción de hábeas corpus en contra del auto de prisión preventiva dictado en su contra.

El 7 de julio de 2017, las 16h21, la Sala de Familia Mujer Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, negó la acción planteada; por lo cual, el acusado Plinio Pablo Moncayo Farías, presentó recurso de apelación, el cual recayó para su conocimiento en este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

COMPETENCIA

Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, conformado por el señor doctor Luis Enríquez Villacrés

Juez Nacional ponente; señora doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional, quien por encontrarse con licencia actúa en su remplazo el señor doctor Richard Villagómez Cabezas, Conjuez Nacional, conforme lo establecido en el artículo 174 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, oficio No1000-SG-CNJ-ROG, de fecha 4 de julio de 2017, suscrito por el señor doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia; y, señor doctor Marco Maldonado Castro, Conjuez Nacional, es competente para conocer y resolver la apelación de la sentencia que niega la acción de hábeas corpus, conforme lo dispuesto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República, 188.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, y 169.1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

VALIDEZ PROCESAL

El presente recurso se ha tramitado conforme a lo establecido en los artículos 75, 86 y 89 de la Constitución de la República del Ecuador, por lo que, al no existir vicios de procedimiento, ni omisión de solemnidades sustanciales, habiéndose observado las garantías del debido proceso, este Tribunal declara la validez de todo lo actuado.

FUNDAMENTOS DEL ACCIONANTE

La doctora Vilma Marcela Andrade Gavilanez, en interés del ciudadano Plinio Pablo Moncayo Farías, en síntesis manifestó.

1. Fundamenta su recurso de conformidad a lo dispuesto en los artículos 89 de la Constitución de la República del Ecuador; 43.1; 44, numerales 1 y 2; 45.2. d) y c) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; ante lo cual, señala lo siguiente: “...que ha sido detenido en la ciudad de la Concordia el día 30 de junio de 2017, a las 17h45, mientras que elementos de la Policía Nacional habían realizado controles de tránsito, le paran al ciudadano y vieron que tenía una orden de detención por parte de un Juez de Pedernales, inmediatamente de que lo detienen indica que le ingresan al Centro de Detención Provisional del Consejo de la Judicatura de la Concordia y no es sino

hasta el día 4 de julio del año 2017 en que es puesto a órdenes de la autoridad competente, es decir que desde el días viernes que contábamos 30 de junio hasta el 4 de julio el señor Moncayo Farías no conocía de las circunstancias de su detención, así como tampoco conocía las causas por las que habría sido privado de su libertad...” (sic.)

2. Señala a lo citado que el Juez viola lo dispuesto en el artículo 77 numerales 2, 3 y 4 de la Constitución de la República del Ecuador, así como, lo que disponen los artículos 164 y 166 del Código de Procedimiento Penal vigente a la fecha en la que se habría cometido el delito y que también está tipificado en el Código Orgánico Integral Penal en la artículo 679.
3. Expuesto aquello, argumenta que: *“...competía a los señores Jueces de la Sala de la FMNA de Portoviejo, analizar sobre si la detención, habría sido legal e ilegítima o arbitraria, que en cuanto al tema de legalidad, este accionar se presupone que es todo accionar en contra de leyes expresas y es precisamente lo que ha ocurrido con los señores Agentes de Policía cuando vieron los artículos de la ley antes mencionada, que al hablar de ilegitimidad comprendemos todo lo que viole preceptos procedimentales, constitucionales y procesales lo que conlleva con ello a la nulidad del acto que se presente, que en este caso al no haber puesto a órdenes de esta autoridad dentro de las 24 horas que señala la ley, se violó esa disposición legal y como arbitraria luego de revisado el expediente porque en principio no tenían acceso al mismo, se ha determinado además que la orden de prisión preventiva de su defendido es arbitraria por cuanto el Juez no motivó su resolución al momento de dictar prisión preventiva, porque al comparecer el Juez supo manifestar que él había dictado la prisión preventiva por pedido de fiscalía” (sic.).*
4. Seguidamente indica que el Juez a quo, *“había fundamentado, que se encuentran reunidos los requisitos del artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, sin embargo, no justificó que el acusado pudiera darse a la fuga o no pudiera comparecer a juicio, aun tratándose de un delito tan grave como el que dice el señor Juez puesto que inclusive la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto, o se ha manifestado en el sentido de que no importa el delito, la gravedad o la conducta de la persona procesada, sino en cuanto a que se justifique de que en realidad va a intervenir dentro del proceso o que no se va a presentar a juicio.” (sic.)*
5. Con ello señala que el procesado no fue ingresado al Centro de Detención con orden de autoridad competente, por lo que solicita se revoque el fallo dictado por la Sala.

CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES

La acción de hábeas corpus tiene por objeto proteger la libertad, la vida, la integridad física y otros derechos conexos de la persona privada o restringida de su libertad, por autoridad pública o por cualquier persona, así lo determina el artículo 43 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; lo cual concuerda con lo establecido por el artículo 45.2, *ibídem*, que señala *“En caso de privación ilegítima o arbitraria, la jueza o juez declarará la violación del derecho, dispondrá la inmediata libertad y la reparación integral”*; en consonancia con el artículo 89 de la Constitución de la República del Ecuador, que prescribe: *“La acción de hábeas corpus tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad”*.-

La naturaleza jurídica de la acción de hábeas corpus estriba en controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.¹ En efecto, desde su concepción latina hábeas corpus significa *“cuerpo presente”* o persona presente y constituye la garantía del derecho esencial a la libertad, que permite a cualquier persona, por sí o por interpuesta persona, acudir ante juezas o jueces constitucionales, con el fin de que la autoridad recurrida disponga la inmediata libertad de la detenida o detenido, si éste no fuera presentado a la audiencia, si no se exhibiere la orden de privación de libertad, si ésta no cumpliera los requisitos legales o constitucionales, si se hubiere incurrido en vicios de procedimiento en la privación de libertad, en los casos en que la privación de la libertad es llevada a cabo por particulares, cuando no se justifique dicha medida; de tal suerte que, el hábeas corpus implica un derecho ejercido a través de una acción constitucional, que encuentra su fundamento y razón de ser en la protección y tutela efectiva a los derechos humanos; y, por tanto, constituye un mecanismo de protección de derechos, atribuido a las personas que consideran que han sido privadas de la libertad de manera ilegal, arbitraria o ilegítima, de esta forma, se activa esta garantía para

¹ Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr.. 63.

exigir de las juezas y los jueces constitucionales la protección material de la libertad. Entonces, la acción de hábeas corpus constituye un proceso autónomo, sumario, garantista, especial y preferente, cuyo accionar está dirigido a precautelar la libertad personal y la integridad física de las personas privadas de libertad ilegalmente. Ya en la sustanciación misma, el accionante comparece ante el órgano jurisdiccional competente y esgrime sus argumentaciones fácticas y jurídicas por las cuales considera que su detención no está justificada legalmente, dirigiendo su pretensión a que la o el juzgador remedie la detención ilegal, restituyéndole su libertad.²

En adición, el recurso de hábeas corpus es una garantía constitucional, que forma parte del ordenamiento jurídico en el Ecuador desde hace varias décadas y que también se encuentra reconocida por tratados internacionales de derechos humanos de los cuales el Ecuador es suscriptor.³

Dentro de la fuente doctrinaria, el jurista Ramiro Ávila Santamaría acota que *“La idea de las garantías es establecer mecanismos para prevenir y reparar las violaciones de derechos que se puedan producir por cualquier acto u omisión del estado o de sujetos con poder”*⁴. Mientras tanto, el tratadista colombiano Pedro Pablo Camargo apunta que el hábeas corpus: *“es un medio de protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas”*.⁵

De otro lado, el derecho de recurrir de las decisiones judiciales, se encuentra garantizado en el artículo 8.2.h de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que dice: *“Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”*. De igual forma, el artículo 76.7.m de la Constitución de la República del Ecuador, reconoce el derecho a recurrir en todos los procedimientos en los que se decida sobre los derechos

² Ecuador. Corte Nacional de Justicia. Sentencia de 1 de abril de 2014 dictada por la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

³ Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 8; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 7. Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Principios 32 y 33.

⁴ Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos y sus garantías*, Ecuador, 2011, p. 187.

⁵ Pedro Camargo, *La Acción de Hábeas Corpus*, Bogotá, 2005, Editorial Leyer, Segunda Edición, p. 23.

del justiciable; y, la apelación de la acción de hábeas corpus se encuentra desarrollado en el artículo 169.1 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

El accionante, para sustentar su recurso, señaló concretamente que no fue puesto a órdenes de la autoridad competente de la que emanó la orden de prisión dispuesta en su contra; toda vez que dicha medida es ilegal, ilegítima y arbitraria, que debió haber sido observado por la Sala de Apelación.

En el fallo recurrido, se ha expuesto que la orden de prisión preventiva fue solicitada por parte del fiscal de la causa como una medida para asegurar la comparecencia del procesado privado de la libertad, y como conclusión luego de exponer doctrinariamente lo que implica la acción de Hábeas Corpus, señaló dentro del contenido CUARTO el siguiente argumento:

“En el caso que nos ocupa, de autos consta que existe una orden de prisión preventiva dictada en la Audiencia de Formulación de cargos efectuada en la Unidad Judicial Multicompetente, el día 6 de diciembre del 2013, la misma que viene de autoridad competente como lo es el Ab. Jhonny Eduardo Cornejo Zambrano, Juez de la Unidad Judicial Multicompetente del Cantón Pedernales, sin que se observe que se haya actuado de manera ilegal, ilegítima o arbitraria; además, dada la naturaleza de esta acción, no es necesario analizar los aspectos relacionados con la responsabilidad del procesado PLINIO PABLO MONCAYO FARÍAS, menos aún analizar cuestiones procedimentales que son motivo de otro tipo de recursos que están debidamente estipulados en las leyes adjetivas, siendo materia de esta acción de Hábeas Corpus el análisis de los elementos de ilegitimidad e ilegalidad de la orden de detención como una garantía constitucional que vela por la libertad.”(sic.)

De la cita expuesta, se concluyó en el considerado QUINTO, con el siguiente argumento:

Analizada de manera exhaustiva la petición de Habeas Corpus; así como las intervenciones de quienes hicieron uso de la palabra en la audiencia desarrollada en la Sala de Audiencias de la Corte Provincial de Justicia de Portoviejo; y la documentación pertinente al proceso penal signado con el número 13263-2013-0102, que por el presunto DELITO SEXUAL, se tramita en la Unidad Judicial Multicompetente del Cantón Pedernales, en contra del señor PLINIO PABLO MONCAYO FARÍAS, el mismo que fue puesto a la vista de los Jueces que integran

este Tribunal, por aquello concluimos que en el caso en estudio el accionante no ha logrado demostrar los vicios alegados con respecto a su detención ilegal, arbitraria e ilegítima.- Por el contrario se observa que éste se encuentra detenido por orden de autoridad competente, por lo que siendo legal y legítima la privación de libertad, este Tribunal Constitucional integrado por los Jueces de la Sala de la Familia Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, niega la Acción de Hábeas Corpus...” (sic.)

Frente a aquello, es preciso puntualizar que la privación de libertad es ilegal cuando no cumpla con los requisitos exigidos por la Ley o vicios irrogados a la orden de la autoridad competente, salvo el caso de delitos flagrantes, y se puede presentar en tres aspectos: a) la detención es totalmente extra – lega; b) el incumplimiento de las formas exigidas por la ley para la detención; y, c) la desviación de las facultades de detención para fines impropios.

De otro contexto, se considera arbitraria cuando la privación de libertad de una persona se la realizó fuera de las normas del ordenamiento jurídico, como en los siguientes casos: 1) cuando la persona no fuere presentada a la audiencia, 2) no se exhiba la orden de privación de libertad o no cumpla los requisitos legales y constitucionales. 3) se hubiere incurrido en vicios de procedimiento; y 4) en los casos en que se lleve a cabo por particulares.

Sumado a lo expuesto, conforme consta del fallo objetado, éste se ha estructurado de tal manera que ha explicado las razones en las que se funda la decisión, y precisamente aquello refleja un análisis de constitucionalidad del procedimiento que se ha seguido en contra del hoy recurrente; de lo cual, *prima facie*, la negativa de hábeas corpus que ha sido recurrida mediante apelación, ha cumplido con las garantías de motivación, debido proceso y seguridad jurídica, por consiguiente, no tiene justificativo el planteamiento impugnatorio propuesto por el recurrente; por consiguiente, esta Sala de la Corte Nacional de Justicia, concluye que la orden de prisión preventiva dispuesta en contra de Plinio Pablo Moncayo Farías emanó de juez competente que tiene un origen lícito y legal, no siendo una disposición arbitraria, que haya vulnerado derechos constitucionales que afecte a la detención.

DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas *ut supra*, de conformidad con los artículos 89 de la Constitución de la República y 45.2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, al no verificarse violación de derecho humano alguno, esta Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, resuelve:

1. Por unanimidad declarar improcedente el recurso de apelación interpuesto por la abogada Vilma Marcela Andrade Gavilanez en interés del ciudadano Plinio Pablo Moncayo Farías y confirma en todas sus partes la sentencia dictada por la Sala de la Familia Mujer Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Manabí, emitida el 7 de julio de 2017, las 16h21, que negó la acción constitucional de hábeas corpus deducida por la parte impugnante.
2. Notifíquese y devuélvase el expediente sin dilación alguna a la Judicatura de origen.- f.- Dr. Luis Enríquez Villacrés.- **JUEZ NACIONAL PONENTE**.- f.- Dr. Marco Maldonado Castro.- **CONJUEZ NACIONAL**.- f.- Dr. Richard Villagómez Cabezas.- **CONJUEZ NACIONAL**.- Certifico: **Dr. Carlos Rodríguez García**.- **SECRETARIO RELATOR**.-

CERTIFICO: Las cuatro (04) fojas que anteceden son iguales a su original

Quito, 20 de diciembre de 2017


Dra. Ximena Gullano Salazar
SECRETARIA RELATORA

CASO No. 17721-2016-1207
RESOLUCIÓN No. 1338-2017
RECURSO: CASACIÓN
PROCESADO: JEFFERSON STALIN CALDERÓN BENAVIDES
DELITO: CONTRABANDO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR
SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO
Juicio Nro. 1207-2016
RECURSO DE CASACIÓN

Quito, lunes 14 de agosto de 2017, las 13h29.

Una vez agotado el trámite legal pertinente y por ser el estado de la causa el de dictar sentencia por escrito, para hacerlo, se considera:

1. ANTECEDENTES

1.1 Contenido de la sentencia impugnada con relación al objeto del proceso penal

El ingeniero Francisco Xavier Hernández Valdiviezo, Director Distrital de Tulcán del Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador, en su calidad de acusador particular, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada por Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Carchi, el 22 de julio de 2016, a las 13h24, en cuya parte dispositiva se reforma el fallo de primer nivel, dictado por la Unidad Judicial con sede en el cantón Tulcán, el 1 de junio de 2016, a las 13h19, en cuya parte dispositiva se declara la responsabilidad penal de Jefferson Stalin Calderón Benavides, en calidad de autor del delito tipificado y sancionado en el artículo 301.2 del Código Orgánico Integral Penal (contrabando), imponiéndole la pena de tres años de privación de la libertad; una multa de cuatro mil setecientos cincuenta y cuatro dólares americanos con sesenta y seis centavos; el comiso especial del vehículo "... clase camioneta, marca Mazda, color plomo, con placas de identificación No. HBN-998; y, también el comiso de "... la mercadería aprehendida...".

La reforma a la que se hace referencia *supra*, devenida de la expedición de la sentencia de segundo nivel, recae sobre la pena de comiso especial impuesta al procesado:

... [se] reforma la sentencia impugnada en el siguiente sentido: 1. Se deja sin efecto el comiso que pesa sobre el vehículo de placas HBN0998, Motor No. FE167933, Chasis No. UFXOE3M#005146, debiendo devolverse a su legítimo propietario, señor José Bernardo Choloquinga Ninasunta, previo al pago de la multa impuesta conforme al Art. 69, numeral 2, literal e), inciso segundo, del Código Orgánico Integral Penal; 2.- Se impone a la persona procesada Jefferson Stalin Calderón Benavidez, la multa adicional de cuatro mil setecientos cincuenta y cuatro dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, con sesenta y seis centavos de dólar (USD\$ 4.754,66), que corresponde a un valor idéntico adicional a la multa de la infracción cometida, conforme la disposición legal citada.

Ya en cuanto a los hechos de la causa, el Tribunal de Apelación tiene por cierto, de lo que se desprende de su fallo, que:

... el día jueves 19 de mayo de 2016, a las 17h50, en la Panamericana Norte, ingreso a la parroquia Santa Martha de Cuba, cantón Tulcán, provincia del Carchi, fue aprehendido conduciendo el vehículo clase camioneta, marca Mazda, color plomo, con placas de identificación No. HBN-998, transportando varios bultos y fundas plásticas color negro, las mismas que contenían zapatos y ropa, de origen extranjero, evaluada en cuatro mil setecientos cincuenta y cuatro dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, con sesenta y seis centavos de dólar (USDS 4.754,66), siendo movilizada por el acusado [Jefferson Stalin Calderón Benavides], sin la documentación de respaldo que acredite su legal procedencia...

1.2 Sustanciación del recurso de casación

A la presente sentencia, que pone fin al recurso de casación interpuesto por la acusación particular, le anteceden los siguientes actos procesales, que denotan su validez:

- Providencia dictada por La Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Carchi, que corre de fs. 34 del cuaderno de segundo nivel, mediante la que se remite a la Corte Nacional de Justicia el recurso de casación interpuesto por la acusación particular.
- Sorteo de la causa Nro. 1207-2016, constante a fs. 2 del expediente del presente recurso, efectuado por la Presidencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia y mediante el que se radicó la competencia en el Tribunal de Casación integrado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional Ponente; la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional; y, doctor Marco Maldonado Castro, Conjuez Nacional.
- Auto que corre de fs. 3-9 del cuaderno de Corte Nacional de Justicia, mediante el que se admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por la acusación particular, basado en la "... contravención expresa del artículo 69.2.a) del Código Orgánico Integral Penal.
- Audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, en la que intervinieron: la abogada Ruth Vanesa Valdivieso Montoya, en representación de la acusación particular; el doctor Germán Jordán, defensor público del procesado Jefferson Stalin Calderón Benavides; y, la doctora Paulina Garcés Cevallos, delegada del señor Fiscal General del Estado.

1.3 Cargos planteados en la fundamentación por la acusación particular

Durante la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, la abogada Ruth Valdivieso Montoya, en representación del acusador particular, ingeniero Francisco Xavier

Hernández Valdiviezo, Director Distrital de Tulcán del Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador, esgrimió el siguiente cargo en contra de la sentencia impugnada:

- **Contravención expresa del artículo 69.2.a) del Código Orgánico Integral Penal.**- La defensa de la entidad recurrente arguyó que se ha hecho caso omiso a esta disposición expresa en la sentencia de segundo nivel, al dejar sin efecto el comiso del vehículo en el que se transportaba la mercancía sobre la que recayó la infracción de contrabando, bajo la errada premisa de que le pertenecía a otra persona distinta al procesado. Se añadió, que el artículo 439 del Código Orgánico Integral Penal no establece a los terceros interesados como partes procesales, y que en ese sentido, lo apropiado era otorgar el comiso a favor de la víctima, que en este caso es el Estado, al ser el ente que dejó de percibir el pago de tributos por la mercancía objeto de la infracción.

Como consecuencia de su argumentación, la asistencia letrada de la acusación particular solicitó que se ordene el comiso del vehículo en el que fue transportada la mercancía objeto del delito de contrabando, en calidad de pena imponible al acusado.

1.4 Contestación del recurso por parte de la Fiscalía General del Estado

Durante la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, la doctora Paulina Garcés Cevallos, delegada del señor Fiscal General del Estado, contestó a los argumentos del impugnante así:

- Existe una diferencia entre la manera en la que el Código Orgánico Integral Penal concibe al comiso, en comparación con el Código de Procedimiento Penal, en tanto ya no permite la devolución de los bienes al propietario de los mismos, cuando no fuese parte del proceso.
- El Código Orgánico Integral Penal dispone sobre el comiso que éste debe imponerse en todos los casos de delitos dolosos, como lo es el contrabando; además, se adapta al texto del artículo 69.2.a) *ejusdem*, en tanto el vehículo sobre el que se había impuesto esta pena restrictiva al derecho de propiedad, puede ser considerado como el instrumento con el que se cometió la infracción.
- Cuando el señor Choloquina reclama la devolución del vehículo, como supuesto propietario del mismo, menciona como base legal el artículo 467 del Código Orgánico Integral Penal, que no es aplicable, en tanto se refiere a los bienes sobre los que solo se necesite efectuar una diligencia, no como en este caso, en la que además de ello, el bien es el instrumento con el que se logró efectuar la infracción.

Por los argumentos expuestos, la delegada del señor Fiscal General del Estado solicitó que se declare procedente el recurso de casación interpuesto por la acusación particular, con el efecto de imponer al procesado la pena de comiso sobre el vehículo con el que se cometió el ilícito.

1.5 Contestación del recurso por parte del procesado Jefferson Stalin Calderón Benavides

Durante la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, el doctor Germán Jordán, defensor público del procesado, contestó a los argumentos propuestos por la acusación particular en la siguiente forma:

- No se debería tomar en cuenta la contestación de Fiscalía General del Estado, en tanto la ha efectuado como si estuviera fundamentando un recurso de casación que, en el momento procesal oportuno, no fue interpuesto.
- La sentencia de apelación se halla correctamente dictada, en tanto el artículo 5.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que la pena no puede trascender de la persona del delincuente, como ocurriría en este caso, al disponer el comiso del vehículo de José Choloquina Ninasunta.
- Se ha aplicado correctamente el artículo 69.2.e) del Código Orgánico Integral Penal, ya que al no ser posible comisar la camioneta del señor Choloquina, se ha impuesto al procesado una multa equivalente, según lo previsto en la citada norma jurídica.

Devenido de su argumentación, la asistencia letrada del procesado solicitó que se declare improcedente el recurso de casación presentado por la acusación particular.

2. ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES A SER EXAMINADOS POR EL TRIBUNAL DE CASACIÓN

2.1 Competencia

Este órgano jurisdiccional, es competente para conocer de la presente causa, en virtud de lo establecido en los artículos 184.1 de la Constitución de la República; 160.1 y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, 399 y 656 del Código Orgánico Integral Penal.

Efectuado el sorteo de ley y los demás actos procesales que constan descritos en el numeral 1.2 *supra*, este Tribunal de Casación ha quedado integrado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional Ponente; doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional; y, doctor Marco Maldonado Castro, Conjuez Nacional.

2.2 Análisis del cargo propuesto por el recurrente: Contravención expresa del artículo 69.2.a) del Código Orgánico Integral Penal

En su único cargo, la acusación particular señala como un error el dejar sin efecto el comiso del vehículo en el que el procesado transportaba la mercancía de contrabando, al considerar que la justificación brindada en segundo nivel, de que pertenece a un tercero, no tiene ningún peso al momento de la aplicación de esta pena restrictiva del derecho de propiedad. Por sobre ello, también menciona que el supuesto dueño del vehículo, José Bernardo Choloquina Ninasunta, no es parte procesal en este expediente, por lo que no cabría que se le devuelva ningún bien.

Ante estas alegaciones, el Tribunal de Casación considera indispensable manifestar, como ya lo ha hecho en innumerables ocasiones, que "... la base fáctica de la que parte [...] para resolver [los cargos de los recurrentes], es la obtenida de las conclusiones a las que ha llegado el juzgador de segundo nivel, tras valorar la prueba aportada por los litigantes..."¹; por lo tanto, en este caso se debe tener por cierta la alegación extraída de la sentencia impugnada, de que "... el automotor de placas HBN0998, retenido en la presente causa [...] es de propiedad del señor José Bernardo Choloquina Ninasunta, quien nada tiene que ver con la participación en la infracción juzgada...".

Una vez fijada esta circunstancia fáctica fundamental, cabe recordar que el comiso, según la clasificación establecida en el artículo 58 del Código Orgánico Integral Penal, es una pena de aquellas que se consideran "... restrictivas de los derechos de propiedad...", y que al no pertenecerle el vehículo "... clase camioneta, marca Mazda, color plomo, con placas HBN-0998..." al procesado Jefferson Calderón, la sanción establecida en la sentencia de primer nivel, y que se deja sin efecto en el fallo de segunda instancia, habría recaído sobre José Choloquina, quien como bien afirma la misma acusación particular, no resulto ser parte procesal en esta causa.

En el contexto que se extrae del caso, el punto de derecho trascendental se concreta en si puede imponérsele una pena a una persona que no ha sido parte del proceso penal del que deviene. Sobre esto, se razona en el siguiente sentido:

- La Constitución de la República establece, en su artículo 76, que las personas cuentan con un cúmulo básico de garantías "[e]n todo proceso en el que se determinen [sus] derechos y obligaciones de cualquier orden"; por lo mismo, si es que quisiese imponerse una sanción penal a José Choloquina, de manera válida, no debería existir vulneración a ninguna de las mentadas garantías.
- Al hacer un análisis de la tabla de protecciones específicas que reconoce el artículo 76 a José Choloquina, se observa un primer problema fundamental, devenido de lo previsto por el numeral 2 de la mentada norma, que consagra la presunción inocencia de toda persona, la que desaparece únicamente "... mediante resolución firme o

¹ CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Sentencia que pone fin al recurso de casación signado con el Nro. 1823-2013. *Estado Ecuatoriano Vs. Acurio Manzano* (Atentado al pudor).

sentencia ejecutoriada...”, que resulta inexistente en este caso, al ser el único sentenciado Jefferson Stalin Calderón Benavides.

- Por sobre lo dicho, la imposición de una pena restrictiva del derecho de propiedad de José Choloquina, también vulneraría lo establecido en el artículo 76.3 de la Constitución de la República, en tanto de su contenido se extrae el mandato de que “[s]olo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”, lo que tampoco ha ocurrido en la especie, pues el dueño del vehículo sobre el que ahora se discute no ha sido acusado de contrabando por el órgano titular de la acción penal, y en tal sentido, no ha participado en calidad de procesado en las distintas etapas procesales que le anteceden a la casación.
- Por último, la imposición de una sanción sin participación de la persona sobre la que recae, indefectiblemente vulneraría el artículo 76.7 de la Constitución de la República, por la falta de participación de José Choloquina dentro de la causa; en especial, se vería claramente afectado lo previsto en el literal a) de la mentada disposición jurídica, que prohíbe privar del derecho a la defensa a las personas en cualquier “... etapa o grado del procedimiento”.
- Se debe recordar, además, que ya en anteriores ocasiones ha dicho este órgano jurisdiccional que el principio de culpabilidad obliga a medir “... los actos que cada individuo comete, por lo que [...] no corresponde centrarse en las actuaciones de otras personas que n[on] [...] son partes procesales [...] p[ues] ello sería ampliar el objeto del proceso a nuevos hechos que n[on] [...] fueron discutidos en las respectivas instancias”². Así, si no resulta prudente discutir sobre la responsabilidad penal de José Choloquina en el presente expediente, menos aún resulta prudente imponerle una sanción que limitaría ilegítimamente su patrimonio, al no haberle permitido si quiera proponer los medios de defensa que constitucionalmente se le reconocen, en aras de impedir tal efecto jurídico.

Todas estas consideraciones, en el ámbito penal, confluyen en el denominado principio de personalidad de la pena, según el cual, “... no es posible [...] derivar consecuencias penales en cabeza de una persona diferente de aquella que comete el hecho...”³, y en cuyo respeto, resulta imposible hacer recaer la sanción de comiso sobre José Choloquina, pues ello sería

² CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Sentencia que pone fin al recurso de casación Nro. 513-2014. *Estado ecuatoriano Vs. Casierra Lara et al.* (Arresto ilegal).

³ FLEMING, Abel & LÓPEZ VIÑALS, Pablo. *Las Penas*. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, Argentina. Año 2009. Pág. 241.

extenderle la responsabilidad penal individual de Jefferson Calderón sin proceso penal, defensa ni sentencia condenatoria que lo haya declarado culpable.

Por sobre lo expuesto, se observa que el legislador ha pensado en casos como el actual, en el que siendo un bien comisable según los parámetros del artículo 69.2 del Código Orgánico Integral Penal, no resulta posible la ejecución de la medida, es por ello que en el literal e), segundo inciso, de la mentada norma jurídica, se dispone: "Cuando tales bienes, fondos o activos, productos e instrumentos no pueden ser comisados, la o el juzgador dispondrá el pago de una multa de idéntico valor, adicional a la prevista para cada infracción penal". En la especie, es precisamente esto lo que ha hecho el juzgador de segundo nivel, según se desprende del numeral 2 de la parte resolutive de la sentencia impugnada, por lo que al no haber sustento para dar paso al cargo de casación ahora analizado, se lo declara improcedente.

3. RESOLUCIÓN

En atención al desarrollo jurídico efectuado en líneas anteriores, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional, **"ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA"**, al tenor del artículo 657.5 del Código Orgánico Integral Penal, declara improcedente el recurso de casación planteado por el ingeniero Francisco Xavier Hernández Valdiviezo, Director Distrital de Tulcán del Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador, en su calidad de acusador particular. Una vez ejecutoriado este fallo, devuélvase el expediente al órgano jurisdiccional de origen. **Notifíquese y Cúmplase.- f.- Dra. Gladys Terán Sierra.- JUEZA NACIONAL PONENTE.- Dra. Sylvia Sánchez Insuasti.- JUEZA NACIONAL.- f.- Dr. Marco Maldonado Castro.- CONJUEZ NACIONAL.- Certifico: DRA. XIMENA QUIJANO SALAZAR.- SECRETARIO RELATOR.- RAZÓN:** Siento por tal que en la sentencia que antecede dictada dentro de la causa penal No. 1207-2016 que por delito de contrabando, se sigue contra Jefferson Stalin Calderón Benavides, no consta la firma de la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional, integrante del Tribunal de Casación, pues a la fecha se encuentra con licencia concedida por el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, mediante oficio No. 1000-SG-CNJ-ROG-2016 de 4 de julio de 2017, por lo que, de conformidad con lo que dispone el artículo 316 inciso segundo del Código de Procedimiento Penal "La sentencia se firmará por todos los jueces del tribunal de garantías penales, que intervinieron en la sustanciación y conclusión de la audiencia del juicio aun cuando alguno haya sido de opinión contraria a la mayoría. Si alguno se negare o no pudiere firmar, el secretario anotará esta circunstancia en el proceso y la sentencia expedida seguirá su curso normal. Puesto el hecho en conocimiento de la respectiva Corte

Provincial, esta destituirá al infractor. El juez sancionado no podrá ser elegido miembro de ningún Tribunal de Garantías Penales de la República. En todos los casos en que, por imposibilidad física o fuerza mayor debidamente comprobadas, alguno de los jueces no pudieran firmar la sentencia luego de haber sido expedida y firmada por los otros dos, sentada la respectiva razón de este particular por el secretario, dicho fallo surtirá efecto y seguirá su curso legal." Se notifica la sentencia sin la firma de la indicada señora Jueza Nacional.- Certifico: Quito, 18 de agosto de 2017.- F.- Dra. Ximena Quijano Salazar.- **SECRETARIA RELATORA:**

CERTIFICO: Las cuatro (04) fojas que anteceden son iguales a su original.
Quito, 11 de diciembre de 2017.


DR. CARLOS IVAN RODRIGUEZ GARCÍA
SECRETARIO RELATOR



CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR



CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR

CASO No. 12242-2013-0241
RESOLUCIÓN No. 1381-2017
RECURSO: CASACIÓN
PROCESADO: CÉSAR LUIS MIÑO ORTÍZ
DELITO: HOMICIDIO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR
SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO
CASO No. 12242-2013-0241
RECURSO DE CASACIÓN

Quito, martes 22 de agosto del 2017, las 10h29.

VISTOS.- Al haberse agotado el trámite legal pertinente y al ser el estado de la causa el de dictar la sentencia por escrito, para hacerlo se considera:

1.- ANTECEDENTES

1.1.- Contenido de la sentencia impugnada, con relación al objeto del proceso penal

El ciudadano César Luis Miño Ortiz, procesado, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, de 6 de febrero de 2017, las 16h51; la cual, niega su recurso de apelación y confirma en todas sus partes el fallo emitido por el Segundo Tribunal de Garantías Penales de Quevedo, de 23 de septiembre de 2016, las 15h25, que lo declaró culpable del delito de homicidio, tipificado y reprimido en el artículo 449 del Código Penal (CP), en el grado de autor; imponiéndole la pena privativa de libertad de 8 años; y el pago de 200 salarios básicos unificados, como indemnización – reparación integral- a las víctimas del señor Roddy Ramón Urbano.

En cuanto a los hechos, el Tribunal de Apelación, en su sentencia señala que:

(...) **SEXTO: ACTUACIONES DEL TRIBUNAL A QUO.- ... 6.A TEORÍA DEL CASO.- 6.1.1 POR FISCALÍA:** "... El delito fue ejecutado en el 2012, ... el 29 de julio de 2012, a las 20h00 el señor Ronie Ramón Urbano Gaibor, un joven de 35 años, que cuando esperaba un bus de pasajeros en la Ercilia, provincia de Los Ríos ya que había salido del cantón Quinsaloma hacia Quevedo, en eso pasa un amigo en un vehículo Chevrolet Aveo, color rojo, sin placa, lo lleva y en el Recinto Pavón de San Carlos, el vehículo es interceptado por un grupo de agentes de la Policía Judicial del cantón Quevedo, entre ellos estaba el agente Carlos Herrera, José Escobar, García, René Peñaloza, Wilson Gómez y el hoy acusado, existiendo disparos por parte de la Policía a los ocupantes del vehículo, llevando la peor parte Ronie Ramón Urbano Gaibor, el ahora occiso, impactado en el pulmón y en el estómago, se lo traslada al

hospital Luis Vernaza de Guayaquil donde posterior fallece, el proyectil del arma de fuego fue disparada por el hoy acusado a una distancia superior a 80 centímetros, un arma de dotación tipo pistola, que fue entregado por el listado (sic) ecuatoriano de exportación al sr agente Cesar Luis Miño Ortiz hoy acusado, estos hechos es lo que Fiscalía pretende probar en el desarrollo del juicio Oral ...”

(...)

6.3.- Por su parte el Ab. Héctor Morales Araus, en representación del procesado César Luis Miño Ortiz, ... expuso: "...La defensa ha escuchado con detenimiento los alegatos de apertura y la defensa técnica sostiene que no es del todo cierto lo que tratarán de probar la fiscalía o acusación en el delito que se le pretende atribuir a mi defendido, la defensa promete probar que el día 29 de julio de 2012 un grupo de la Policía Judicial reciben una información reservada que en la entrada del sector Pavón, perteneciente a San Carlos, en horas de la noche se iba a proceder a un intercambio de armas y drogas, el personal de la policía solicitó el permiso para que les permitieran contribuir, con el permiso del superior sale un equipo a preparar las diligencias y entre ese equipo iba mi defendido, el equipo de la Policía Judicial en horas de la tarde procede hacerse presente en la UPC de San Carlos, donde el más antiguo del grupo, el que está al mando de ese operativo se registra y pone en conocimiento el operativo de inteligencia, una vez a las 20h00 en el sector de la entrada Pavón, los policías observaron un vehículo Aveo, color Rojo, en el mismo lugar donde se iba a proceder el intercambio de armas y drogas, ven al carro sospechoso, lo interceptan, se ponen atrás, en el carro India 10, encienden las luces y en el momento que prenden las luces los policías son atacados desde el interior del vehículo con arma de fuego, se producen varios disparos hacia la camioneta policial, la policía hace uso progresivo de la fuerza disparando al aire, una vez pensando estaba controlando (sic) la situación mi defendido avanza al vehículo por la parte posterior derecha, abre la puerta trasera del lado derecho para sacar a la persona que iba en la parte del vehículo, en eso escuchan disparos que venían de la carretera principal que va de Quito San Carlos, por unos ocupantes de una moto, la Policía intenta ponerse a buen recaudo, el ocupante de la parte trasera del vehículo se aprovecha e intenta arrebatarle el arma a mi defendido en esa acción se producen varios disparos accidentales hiriendo a los ocupantes del auto, mi defendido grita "me quitan el arma", los agentes sacan a los tres señores del carro que se encontraban heridos y llaman refuerzo y a al (sic) personal médico, dan primeros auxilios y esperan al personal médico, el personal policial revisa el carro y encuentran las armas y en el baúl encuentran una cantidad considerable de droga, así se produce la herida que después de 4 días causa la muerte del señor Ronie Urbano Gaibor, se promete probar que la muerte del señor no dependió jamás de la voluntad o del querer del acusado, sino de la actuación temeraria y negligente del señor Otón Pazos Chiguayo, uno de los ocupantes del vehículo y que no puede responder la muerte del ciudadano..." (...)¹

De su parte, el *ad quem*, en el fallo impugnado, refiere, entre otros, a los siguientes medios probatorios aportados por los sujetos procesales en la audiencia de juzgamiento:

- Testimonio de Ángel Vinicio Urbano Ulloa, acusador particular, que manifestó que quienes participaron en la infracción que fue cometida el 29 de julio del 2012, a las 20h00, en la entrada al sector Pavón, fueron el señor Miño y otros policías; señaló, que cuando a su hijo lo tenían en la ambulancia, en el policlínico del sector San Bache, les indicaron que había pasado un accidente; cuando llegó, su hijo todavía estaba con vida, y le dijo que se habían parado a orinar justo en el carretero, un carro se puso atrás, abrió la puerta y le han dado bala; señaló, que se usó

¹ Ver sentencia que obra de fs. 59-67; cuaderno de 2ª instancia; cita a fs. 61.

como instrumento una pistola de dotación policial y que su hijo nunca tuvo problemas con nadie, no tenía ni drogas, ni armas.

- Testimonio de Jorge Salvatierra Cantos, perito que realizó el protocolo de autopsia; quien manifestó, que el cadáver de Urbano Gaibor presentaba un orificio de arma de fuego en la región del tercio inferior del tórax derecho; con ingreso de proyectil de 8 mm de diámetro, el cual al entrar lacera el pulmón izquierdo, estómago y vaso, lo que produce hemorragia; señaló, que fue intervenido quirúrgicamente, cirugía en el tórax, se le drenó sangre, se hizo laparoscopia exploradora; luego fallece y se hace autopsia; precisó, que el proyectil se alojó en el abdomen de donde se extrajo la bala la cual fue enviada a criminalística; el disparo se hizo a larga distancia (entre 80 a 100 centímetros), la trayectoria es de atrás hacia delante, de derecha a izquierda, y ligeramente de arriba hacia abajo; este caso de muerte es considerada violenta, el intervalo post mortem es de doce a catorce horas; aclaró que, como no hay espacio, no se puede determinar que existía un forcejeo.
- Testimonio del doctor Julio Cesar Torres Segarra, perito que realizó el reconocimiento médico legal de lesiones a Oton Darío Pazos Chiriguayo, quien indicó que realizó la experticia el 29 de agosto del 2012; el examinado le refirió que el 29 de julio del 2012, estuvo en el interior de un vehículo, estaba siendo perseguido por la policía quienes le dispararon y recibió un balazo en el cuerpo; señaló que para su informe tomó como referencia una hoja de ingreso del Hospital Universitario de Guayaquil, donde dice que el paciente entró el 29 de julio con heridas en sus extremidades inferiores, es intervenido quirúrgicamente el 2 de agosto del 2012, por una fractura del fémur derecho, estuvo tres días internado; precisó, que se encontraron cicatrices a nivel del muslo derecho, una herida en la cara interna a una distancia de un tercio medio y otra en el tercio izquierdo; se encuentran cicatrices quirúrgicas y hubo colocación de un clavo por fractura del fémur derecho; sobre la extremidad izquierda, el muslo, se observa cicatriz quirúrgica, la herida en el muslo tiene orificio circular de entrada en la cara posterior y concuerda con la cicatriz descrita en el formato, se da la incapacidad de treinta y un días para la recuperación; indicó, con relación a que el paciente había manifestado que estuvo dentro de un vehículo, era difícil determinar si estuvo de pie o sentado al recibir el impacto, dentro o fuera, además por el tiempo transcurrido (más de treinta días), también era difícil determinar la trayectoria del proyectil; señaló, que en el muslo derecho hay una entrada posterior; que en la anticrisis se resume el examen realizado, la herida va de izquierda a derecha y de arriba hacia abajo aparentemente de atrás hacia delante.
- Testimonio de Telmo Xavier Erazo Gavilanez, Jefe de la Policía Judicial de Quevedo, a la fecha de los hechos, quien señaló, que el 29 de julio del 2012, se acercaron agentes a la jefatura -no recuerda el parte por el tiempo que ha transcurrido-, diciéndole que iba a ver una transacción de armas ilegales; le pidieron autorización para vigilancia; autorizó y pidió que le informen; indicó, que en horas de la noche surgió la novedad del arma de fuego, fue al Hospital de Quevedo y se enteró de la novedad, que hubo disparos y heridos, pasó la novedad a sus superiores; en cuanto al uso progresivo de la fuerza, precisó, que se refiere a que debe ser coherente al actuar del policía cuando hay violencia hacia él, deben ser comparables las fuerzas para realizar una agresión, si se le ataca con arma blanca no va a repeler con arma de fuego; se tiene que ver si es oportuno o no usar el arma de fuego; al momento todos los miembros policiales conocen y reciben capacitación sobre Derechos Humanos y uso progresivo de la fuerza; la policía está capacitada en ese tema; señaló, que como encargado de la Policía Judicial del cantón Quevedo, todos los vehículos cuenta con equipos de india 10, tienen el sistema de radio para dictar o acatar las disposiciones que pueden ser de auxilio y actuar de manera inmediata; a esa fecha había lugares que por radio eran difíciles de comunicarse; indicó, no saber si se le informó que el operativo de aquel día trataba sobre sustancias estupefacientes, sino hubiese delegado a antinarcóticos; que al ser armas si era de su competencia y por eso autorizó la vigilancia; reiteró que se enteró del procedimiento y de lo ocurrido en el Hospital; precisó, que las disposiciones que se dictan pueden ser verbales o escritas; que la policía tiene la obligación de actuar

inmediatamente cuando se está cometiendo un delito flagrante y más aún si se está de servicio; que hay un documento de reporte de la radio patrulla de la novedad de fecha 29 de julio del 2012, desde las 14h30 hasta las 22h30; que ese día se le dio reporte de la central de radio sobre un muerto y un herido y fue por eso que acudió al Hospital y allá tomo en contacto con la policía y se enteró lo sucedido.

- Testimonio de Paul Eduardo Guillen Villamarin, quien realizó la pericia balística, el cual manifestó; que examinó una pistola Marca Glock, calibre 9 mm, perteneciente a la institución policial, que bajo cadena de custodia se retiró el arma del señor Miño, en el distrito Quevedo; señaló que el arma dio resultado positivo para producir disparos; con las vainas y balas testigos, realizó un cotejo balístico, que dio resultado positivo, que si corresponden a la misma arma.
- Testimonio de Wilson Patricio Valdivieso Ramos, quien realizó el reconocimiento del lugar de los hechos, de las evidencias físicas y la inspección ocular técnica; mismo que señaló, que se trasladó a la vía Quevedo – San Carlos, avanzando aproximadamente 12 kilómetros, antes de llegar a la parroquia San Carlos, al costado se visualiza un acceso vehicular de 35 m, donde hay una caseta metálica de color verde, también un rótulo metálico de parada de bus; ingreso que lleva al recinto Pavón; indicó que en el lugar existe vegetación característica del lugar, al costado izquierdo a 100 m, se observa una vivienda; a 200 m la estación de servicio o gasolinera; el lado derecho era el lugar objeto del reconocimiento, el ingreso no se encuentra poblado, no se encontraba alumbrado; manifestó, que posterior, se trasladó hasta la bodega de la Policía Judicial donde el custodio le exhibió un documento de una solicitud de Kléver Ramiro Campos Garcia, una billetera color café, conteniendo en su interior dos cédulas de ciudadanía, licencia a nombre Burbano Gaibor Radie, cuatro certificados de votación, certificado militar, cedula militar, tarjeta de débito de la Cooperativa San José, un cheque del Banco de Guayaquil, una arma de fuego calibre 0,38 color plateado, la cual contenía 5 vainas del mismo calibre y un cartucho; un arma de fuego calibre 0,38, con empuñadura plástica, color negro, que contenía 6 cartuchos de igual calibre; un sobre de papel conteniendo hisopados con maculaciones color rojo; un arma de fuego pistola calibre 9 milímetros de la Policía Nacional; señaló, que los documentos son encontrados en el interior del vehículo, en la guantera, y los observó al momento de realizar la inspección ocular técnica. Indicó, que también se trasladó hasta los patios de retención vehicular donde se le exhibió un vehículo marca Chevrolet Aveo, sin placa, color rojo, en el cual observó orificios similares a los del paso a un proyectil de arma de fuego, en la parte intermedia derecha del espaldar del asiento del conductor, se verifico un orificio tenían un ángulo de inclinación de 10 grados, de arriba a abajo, de derecha a izquierda, de atrás hacia delante; observó otro orificio de arma de fuego en la parte media, costado superior del espaldar del asiento del copiloto, tenía un ángulo e inclinación de 8 grados de arriba hacia debajo, de derecha a izquierda, de atrás hacia delante; maculaciones de color rojo en el asiento del conductor a la cual se le tomo hisopados; precisó, que los asientos tiene una altitud de 60 a 70 cm., al decir que los orificios son intermedios me refiero a unos 35-40 cm.; que si una persona estuviera sentada, le hubiera impactado en la espalda, parte intermedia. Indicó, que realizó una inspección ocular técnica a un vehículo Chevrolet Dimax, en los patios de la Policía en Quevedo; en el tercio medio del costado derecho del balde metálico, un hundimiento de 1 cm de diámetro y 6 mm de profundidad, con ángulo de inclinación de 4 grados, de abajo arriba, de derecha a izquierda y de adelante atrás; no presenta huellas características para determinar si fue por un proyectil de arma, pudo haber sido una piedra u objeto duro que pueda producir ese hundimiento.
- Testimonio de Carlos Henry Muñoz Vega, quien manifestó, que el 29 de julio de 2012, se encontraba trabajando como taxista, en la tarde se acercó el señor Rody Urbano, le pidió que le haga una carrera a Quevedo; aceptó, en el trayecto de Quinsaloma se estacionó para coger a un señor; al llegar a San Carlos, el señor Darío Pasos se quedó; mientras esperaban, regresaron a San Carlos donde merendaron; avanzaron para Quevedo, en la entrada del recinto Pavón, se estacionó a coger a Darío Pasos, fue cuando los policías sin motivo le dispararon a él y a los

señores que iban en el auto; le sacaron del vehículo y lo llevaron al Hospital; precisó, que él salía desde Quinsaloma, estuvo con dos personas, Darío Pasos y Rody Urbano; de Quinsaloma solo salió con "Rody", a "Darío" lo cogieron más adelante, "Darío" se quedó en Pavón, nunca avanzaron a Quevedo, con Rony regresaron a San Carlos a comer, la Policía les atacó a la entrada de Pavón; su vehículo estaba en dirección viniendo de San Carlos Quevedo, a mano derecha, se estacionó y ellos atrás del auto y allí asomaron; en ningún momento dijeron "alto policía", nadie se identificó, eran cinco o seis policías; escuchó tres disparos; indicó, que él era el chofer, Ronie Urbano estaba alado suyo (copiloto); Darío estaba en el asiento de atrás del copiloto; no vio con exactitud quien le disparó, pero cree que es el señor Miño, él se acercó por el lado derecho a la parte de atrás, y de allí les disparó; señaló que nadie tenía armas de fuego, es falso que las tenían; la droga se encontró en la cajuela del carro, quien la embarcó fue Darío Pasos, nadie de ellos cargaba armas, él recibió un impacto de bala; señaló, que fue procesado por esa droga, le dieron una sentencia de 12 años, le rebajaron a 4, y está con libertad condicional; Darío Pasos no sabe si fue procesado, estuvo unos días en la cárcel, pero sabe que está libre; reiteró, que escuchó disparos desde la parte de atrás del vehículo; al sentir los disparos se quedó inmóvil, producto del disparo en su pierna de lado derecho no tiene movilidad; aclaró que no hubo forcejeo entre los policías y ellos; mostró el impacto de bala en su espalda, indicó que a Rody lo impactaron primero, y que hasta donde sabe fue Miño quien disparó.

- Testimonio de Testimonio de Franklin Geovanny García Rosero, Policía Nacional, quien manifestó que el día 29 de julio del 2012, estaba de patrullaje las 24 horas con su compañero Gómez, fueron a la Policía Judicial para colaborar en una delegación en el sector San Carlos, con Escobar, Miño, Gómez, Peñalosa; él estuvo como conductor, llegaron y vieron un vehículo color rojo, casi a la entrada del recinto Pavón, en el sentido San Carlos – Quevedo; dio la vuelta y se estacionó delante (sic) del carro para evitar que salga; pasó una motocicleta, escuchó disparos, también escuchó a su compañero (Miño) gritar que le quitan el arma; indicó que su sargento Escobar dio el parte a su Coronel; todos sus compañeros se bajaron, eran cinco en la camioneta, entre ellos Miño, todos tenían armas de dotación pues deben portar armas; él no se bajó del vehículo, estaban a una distancia de 15 m.; el ocupante de la parte de atrás, del lado izquierdo, empezó a disparar; no lo vio físicamente sino solo el arma; no vio si sus compañeros se acercaron, él se agachó, había poco alumbrado público; las luces del vehículo se encontraban encendidas, y estaban diagonal al Aveo, no de frente; reiteró, que escuchó Miño decir *"me quitan el arma"*, el cual estaba al lado derecho del vehículo; una moto, que cree, era de color negra, paso a velocidad, parecían que eran dos en la moto, él le que hizo fue cubrirse; intentaron comunicarse pero la radio no tenía buena cobertura; manifestó que el cabo Escobar le indicó que había un hundimiento en el balde de la camioneta, de la parte derecha, por el lado izquierdo donde él se encontraba y por donde pasó la moto que realizó los disparos; que fue en ese momento que su compañero gritaba que le quitaban el arma; recalcó, que el Coronel Erazo dispuso que colaboren con el cabo Escobar con el fin de verificar la información que había recibido, que era sobre una entrega de armas que se iba dar; aclaró que vio una moto grande tipo pantanera que sale a disparar, sus compañeros se bajaron y allí salió el brazo que disparó, en ese momento no había nadie.
- Testimonio de Wilson Anibal Gómez Carrera, policía nacional, quien manifestó, que en el 2012 pertenecía a la Policía Judicial de Quevedo; por disposición de su Coronel Erazo les señaló que colaboren a un grupo de agentes para trasladarse a la parroquia San Carlos a verificar una información; se dirigieron al lugar, en la entrada de Pavón vieron un vehículo tipo automóvil color rojo, se lo pudo neutralizar; de atrás del vehículo salió un arma que realizó varios disparos contra la Unidad; luego pasó una moto en sentido San Carlos – Quevedo, realizando varias detonaciones; se pusieron a buen recaudo, escucharon a su compañero, agente Miño Ortiz, decir que le estaban quitando el arma, luego se oyeron dos detonaciones, vieron personas heridas y las llevamos al Hospital Sagrado Corazón de Jesús; precisó, que sólo Cesar Miño Ortiz se acercó al vehículo, desconoce si él se puso a buen recaudo, su persona y el cabo Escobar así lo hicieron, se encontraba en estado de verificación; cuando escuchó el

grito del señor Miño, él se encontraba dando seguridad, no observó algún tipo de forcejeo, no se acercó al vehículo; indicó que encontraron los paquetes embalados, presumible droga, en la cajuela, también dos armas de fuego, calibre 18, revólveres nacionales; la camioneta estaba a 10 ó 12 m, del auto Aveo, se estacionaron en la parte de atrás; todos se bajaron menos el chofer, todos teníamos armas de fuego (pistolas 9 mm); aclaró que la moto que pasó era tipo pantera, con dos personas abordándola, y dispararon contra ellos; reiteró que el Coronel Erazo dispuso que colaboren a verificar una información, la cual tenía Escobar Cruz, y que la verificación era sobre una comercialización de armas.

- Testimonio de José Stalin Escobar Cruz, Policía Nacional, quien señaló, que en el 2012, trabajaba en Quevedo, en la Policía Judicial; el 29 de julio, realizó un procedimiento en el recinto Pavón, procedió a la detención de tres ciudadanos por el delito de tráfico de sustancias en la entrada a Pavón, de la parroquia San Carlos, de la ciudad de Quevedo; indicó, que él recibió una información del jefe de la Policía Judicial y del jefe del comando, armaron un equipo para verificar la información, en la entrada a Pavón se encontraba un vehículo tipo automóvil, color rojo, marca Chevrolet, al llegar al lugar se identificaron como policías; de la parte de atrás de ese vehículo, una persona realizó disparos contra el patrullero, se pusieron a buen recaudo; cuando se deja de disparar se acercan al vehículo, su persona y el compañero Gómez por el lado izquierdo, por el lado derecho su compañero Herrero y Cesar Miño, en la parte posterior quedó el compañero Peñaloza y el conductor; precisó, que cuando iban a sacar a los ocupantes del vehículo, pasa una motocicleta y realiza disparos, en eso, el cabo Miño grita que le quitan el arma, se ponen a recaudo, él se tira al piso hasta que pase la situación; se paró y sacó al señor conductor que se encontraba herido en la espalda, el compañero Herrera sacó al copiloto, y el compañero Miño sacó a quien estaba en la parte de atrás; Herrera y Miño encontraron un arma de fuego, y en la cajuela 5 kilos de droga que dio positiva para base de cocaína después de la prueba; se prestaron los primeros auxilios con el fin de precautelar la integridad física trasladándolos al Hospital de Quevedo, luego a Guayaquil con custodia policial.
Recalcó, que un policía de Quevedo mencionó que posiblemente pasaría un delito de tráfico de armas de fuego, por lo que fueron a verificar; el jefe de la Policía Judicial (Coronel Telmo Erazo) les autorizó; él recibió la información como a las 17h30 aproximadamente; su coronel le dijo que arme un equipo y verifique la información, fueron en un patrullero (una camioneta de color plomo sin insignia de la Policía Judicial), fueron seis agentes, todos estaban armados; encontraron 5 kilos de droga, a parte de las armas de fuego; las detonaciones se escucharon en el interior del vehículo, no recuerda cuantas fueron, no pudo ver de dónde salieron los disparos; la moto que pasó era tipo pantanera, oscura; el vehículo estaba como a 10 metros del nuestro; no se pudo comprobar la venta de armas, solo encontraron las dos armas y la droga; en el auto estaban tres personas, el que falleció era el copiloto estaba en el lado derecho; aclaró, que vio a la moto y se tiró al piso para salvaguardar su vida; el forcejeo fue entre el Cabo Miño y el ocupante de la parte posterior del vehículo, tuvo conocimiento que los tres ocupantes estaban heridos, saque al conductor del vehículo quien tenía una herida en la espalda; aclaró, que tuvo conocimiento que en el sector Pavón se iba a comercializar armas, dio conocimiento de forma verbal a su superior y el autorizó el procedimiento; el procedimiento correcto es registrarse antes de verificar los hechos, ellos se registraron en la UPC, que consta a las 16h45, del 29 de julio del 2012, en la bitácora; todo el personal tienen pistolas marca Glock, el lugar era despoblado y oscuro; cuando un agente ve una infracción debe intervenir inmediatamente en delito flagrante, como fueron recibidos a bala se pudo decir que era delito flagrante, por lo que tenían que actuar como policías; el agente Miño se acercó por la derecha del vehículo, cuando pasó la moto, aquel grita que le quitan el arma, él se da la vuelta, ve a dos personas, luego gira y escucha dos disparos de ambos lados y se tira al piso.
- Testimonio de Carlos Alberto Herrera Montero, Policía Nacional, quien manifestó que el 29 de julio del 2012, fue designado a acompañar al cabo Escobar a verificar una información; se dirigieron a la vía San Carlos, a la altura de la entrada a Pavón, se verificó un vehículo que estaba estacionado; se estacionaron a 10 m y ellos les disparan; señaló, que se identificaron como Policías Judiciales, al bajarse por un costado, el cabo Escobar, hizo lo mismo,

siempre identificándose como policías, les pidieron que se bajen del vehículo; indicó, que el cabo Miño se acercó por la parte posterior de la puerta de atrás, en eso, pasó una moto, hizo unos disparos, se pusieron a buen recaudo; el cabo Miño dice "me quitan el arma" y se escucha una detonación, se acercaron al vehículo y los ocupantes estaban heridos, los bajaron y trasladaron al hospital para los primeros auxilios; manifestó que el cabo Peñaloza indicó que no encontraron armamento sino 5 paquetes; de todo esto, Escobar hizo conocer al superior; se llamó a personal de antinarcóticos para que vean que contenían esos paquetes; precisó, que cuando pasó la moto escuchó de 3 a 4 detonaciones; él estaba a 4 o 5 m del costado lateral de vehículo; en el auto había total 3 personas, en el lugar de copiloto él encontró un arma de calibre 38, niquelada; y en la parte de atrás, otra arma de calibre 38, la cual fue encontrada por Miño; la primera tenía los cartuchos intactos, y la segunda 5 cartuchos percutidos, solo 1 sin percutir; señaló, que el Aveo era conducido por Muñoz, copiloto Urbano y atrás estaba el señor Pazos; aclaró, que a él y a otro más lo recogieron en la oficina de Quevedo, ya estaban 4 en la camioneta, cuando llegaron al lugar del hecho, fue como a las 20h00, el compañero Miño iba en la parte de atrás de la camioneta, se bajaron conjuntamente todos, él hizo un disparo al aire, se identificaron como Policía Judicial, se escucharon detonaciones del lado izquierdo del vehículo; solo vieron que sacaron la mano en el vehículo y dispararon; en el forcejeo salió herida una persona, cuando le tratan de quitar el arma, se escucharon de 3 a 4 detonaciones por el compañero Miño, los impactos hieren a los demás ocupantes; se vio el bulto del forcejeo, la persona que estaba atrás fue herida en la pierna, el impacto es en el asiento de atrás; la puerta del lado derecho de atrás del copiloto estaba abierta cuando se produjo el forcejeo, quien forcejeaba estaba dentro del vehículo; el señor Urbano era el copiloto, el señor Pazos iba atrás, el forcejeo se dio con la persona que estaba en la parte de atrás; el copiloto tenía en la parte de la espalda el impacto, la persona que estaba atrás tenía el disparo en la pierna.

- Testimonio de Rene Alberto Peñaloza Gaibor, Policía Nacional, quien manifestó que en julio del 2012, trabajaba en la Policía Judicial, se le pidió que colaborara ante una información en el recinto Pavón; estaban con 5 compañeros en una camioneta, en la entrada, se estacionaron a 10m. de distancia; se bajaron a intervenir, el señor Cesar Miño se acercó por la parte derecha con la finalidad de sacar a los ocupantes del vehículo; pasó una moto y se escuchó una detonación, se pusieron a buen recaudo; se escucharon las detonaciones y un grito de Cesar Miño que decía que le quitaban el arma; luego registraron el vehículo, en la cajuela se encontró un cartón con unas frutas de mandarina y 5 bultos embalados con una cinta color amarilla, que dio positivo a cocaína; los 3 ocupantes del vehículo salieron heridos para darles los primeros auxilios; precisó, que él estaba al costado derecho del vehículo Aveo, como a 4m, había alumbrado público y si había visibilidad; aclaró que fue designado por el jefe de la policía; no tenía conocimiento del hecho, sabía de una supuesta comercialización de armas de fuego, la cual no se dio.

- Testimonio de Zoila del Rosario Alarcón Calderón, quien señaló, que vive en la Cooperativa 15 de Noviembre, en San Camilo; el 29 de julio del 2012, ella estaba en Quinsaloma, en la entrada a Pavón, vio un carro rojo adelante y una camioneta doble cabina atrás; de la camioneta se bajaron de 5 a 6 personas, 2 se acercaron al carro rojo, en la parte izquierda donde va el chofer, abren la puerta y empiezan a disparar; los disparos eran de la parte externa del vehículo; manifestó, que ella estaba en una camioneta porque se atrasó del carro.

- Testimonio del procesado, Cesar Luis Miño Ortiz, quien manifestó que el día 29 de julio de 2012, estando en la PJ de operativo, el cabo Escobar dio una información, dispuso que lo acompañen, llamó un patrullero y fueron a San Carlos; supuestamente se iban a comercializar unas armas; a eso de las 19h30, a la altura de Pavón se observa un vehículo en la carretera, al estacionarse en la parte de atrás, observan que salen unos disparos del auto hacia la camioneta; hicieron disparos para decir que eran policías y avanzaron; precisó, que él por fue por la izquierda, por la derecha Escobar con Gómez Wilson, cuando abrió la puerta para sacar al ocupante, escuchó unos disparos, le halan el arma, se fueron varios disparos; indicó que él dijo "me quitan el arma, le di un disparo en la pierna, él dijo hay y soltó el arma"; Escobar señaló que estaban heridos el chofer y el copiloto, precisó que si le

disparó a Paso Chiriguayo; en la parte de adelante encontraron un arma, en medio del carro él encontró un revolver disparado, en la cajuela encontraron un cartón con verde y unos paquetes; que hicieron fue trasladarlos al hospital con las evidencias para salvarles la vida; aclaró que él no los conocía, no tenía por qué hacerles daño, que si los hubiese querido matar por qué los llevó al hospital; señaló, que desde ese momento cambio su vida, está sin trabajo, le amenazan, el señor que le quitó el arma está libre, nunca se acercó a declarar, fue el primero que hizo todo este despelote y el del problema aquí sigo él, sus compañeros también están libres; el fiscal al inicio no encontró pruebas para acusarlo; aclaró, que a las 16h30, aproximadamente, fueron con destino a la vía San Carlos, el cabo Escobar, García Gomez, Carrera Wilson, y su persona (4); circularon en la vía, en la noche cogieron 2 compañeros más; temprano no vieron el auto, pidieron más compañeros porque era de noche; quien conducía era el cabo Garcia, dieron la vuelta y se bajaron; él abrió la puerta para sacar al señor Pazos Chiriguayo, él llevaba el arma activada, se agachó y notó que las personas estaban armadas porque realizaron los disparos; Chiriguayo en la mano no tenía nada, no sabe cuántos disparos salieron, fue algo rápido; ese día él tenía una pistola Glock, con una alimentadora; indicó, que como no soltaba el arma él le disparó en la pierna y la soltó, no le logro quitar su arma; los dos halaron el arma; el señor Pasoz Chiriguayo disparó por el lado izquierdo; cuando pasó la motocicleta sonaron algunos disparos; precisó que la pistola Glock tiene polímero en el manubrio, que si se tocaba la parte del gatillo se activa; no se rastrilla, se dispara, el seguro está en el gatillo, si se jala se dispara; el señor que estaba en el Aveo disparó de la parte de atrás; en el lado izquierdo, en el asiento del medio casi aplastada con el asiento, encontró el arma; llegaron se identificaron y fueron los disparos; recogimos las evidencias y sacamos a las personas.

1.2.- Sustanciación del recurso de casación

A la presente sentencia, que pone fin al recurso de casación interpuesto por el procesado, le han antecedido los siguientes actos procesales, que denotan su validez:

- Providencia de 13 de febrero de 2017, las 15h32, dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, mediante la cual se concede el recurso de casación interpuesto por César Luis Miño Ortiz, y dispone la remisión a la Corte Nacional de Justicia.
- Sorteo de la causa Nro. 12241-2013-0241, efectuado por la Presidencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, correspondiendo el conocimiento del recurso al Tribunal integrado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional Ponente; y los doctores Marco Antonio Maldonado Castro y Jorge M. Blum Carcelén, Conjuez y Juez Nacionales.
- Auto de 28 de junio de 2017, las 16h36, mediante el cual el Tribunal Casacional, avoca conocimiento de este recurso y convoca a la audiencia correspondiente.
- Audiencia oral, pública y contradictoria, en la que fueron escuchados la defensa técnica del recurrente, la acusación particular; y, la Fiscalía General del Estado.

1.3.- Planteamientos en la audiencia de fundamentación del recurso

1.3.1.- Recurrente, César Luis Muñoz Ortíz

El abogado Héctor Morales Araus, como defensa técnica del procesado recurrente –luego de hacer referencia a los hechos-, plateó las siguientes alegaciones:

- ***“Contravenir lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 309 del Código de Procedimiento Penal”***

Señala, que esta norma procesal indica los requisitos que debe tener una sentencia y entre ellos consta el enunciar las pruebas practicadas y la relación precisa y circunstanciada del hecho punible.

Manifiesta, que al revisar la sentencia se puede observar que los jueces en el momento de enunciar las pruebas, lo hacen en el sentido de que, a efectos de poder sustentar la presunta responsabilidad penal de su defendido, toman en cuenta y analizan testimonios como de: Telmo Erazo, Jorge Saavedra Cantos, Henry Muñoz Vega, que los mutilan deliberadamente, colocando solo la parte que a ellos les sirve para sustentar la sentencia de condena y de homicidio simple.

A manera de ejemplo hace referencia al testimonio de Telmo Erazo, e indica, que este señor es el Jefe del Comando de Policía de Quevedo quien autoriza la vigilancia, y según la sentencia, dicen que el Jefe del Comando Quevedo tan solo ordenó una vigilancia, nunca ordenó una intersección o un operativo y que si lo hizo, dio esta autorización, solo para efectos de verificar información sobre armas de fuego, nunca por droga; que para eso hay un equipo especializado que es antinarcóticos y el equipo era de la Policía Judicial; sin embargo, no se coloca la parte del testimonio en la que esta persona manifestó que en el momento en que los agentes de policía son recibidos a bala, desde ese momento la vigilancia se termina y aparece un delito flagrante, por el cual y de acuerdo a los protocolos policiales, incluso como dice la misma Constitución, la Policía estaba obligada a actuar y así lo hace; manifiesta, que esta eliminación de la parte importante del testimonio en la sentencia, deja ver como se le deja en indefensión y se trata de desacreditar la actuación del personal policial para poder sustentar la conclusión de homicidio simple.

- ***“Indebida aplicación del artículo 449 del Código Penal”***

Manifiesta, que la sentencia también viola la ley porque realiza una indebida aplicación de la indicada norma, al declarar culpable a su defendido de homicidio simple; alegando, la sentencia, que su defendido actuó, en esos hechos, con dolo eventual, en el momento en que él como policía en su condición de garante, usó indebidamente su arma de dotación, creó un riesgo no permitido y que asumiendo, como probable, el hecho de que ese riesgo podría afectar un bien jurídico protegido como es la vida del señor Urbano Gaibor y de todas formas continuó con esa acción y provocó la muerte de esa persona.

Considera, que tal apreciación es incorrecta puesto que se ha sostenido dentro del proceso y en la sentencia de que el disparo que termina afectando la vida del señor Rudy Urbano Gaibor se provoca, no por el hecho del uso abusivo del arma de dotación de su defendido, sino por una acción temeraria, imprudente, negligente de una tercera persona que acompañaba a la víctima en esos momentos y que viajaba en la parte de atrás del vehículo, quien en su acción de intentar arrebatar el arma de dotación, provoca un forcejeo que genera ese disparo, el cual no estaba dentro de la voluntad de su defendido; por lo tanto, precisa, que en esos hechos concurren los elementos

propios del tipo penal del artículo 459 CP, esto es, el homicidio inintencional u homicidio culposo, por cuanto, por el acto imprudente, negligente de aquella persona plenamente identificada en la sentencia, Otón Pasos Chiriguayo, él quien crea el riesgo, provoca un disparo accidental que termina afectando la vida del señor Rudy Urbano Gaibor.

Indica, que aquello es fácilmente determinable al revisar la sentencia, de que el impacto o la trayectoria del disparo que impacta en el cuerpo de Rudy Urbano Gaibor, no es un disparo directo; hubo un disparo indirecto que atraviesa primero el espaldar de un asiento; que bien pudo ese disparo haberse quedado en el asiento o haberse desviado, pero que desafortunadamente termina impactando a la víctima.

Considera, que la Corte Provincial de Justicia está aplicando indebidamente el artículo 449 CPP, al declarar a su defendido autor y culpable del delito de homicidio simple, cuando en realidad lo que ha ocurrido y lo que se detalla en la sentencia es el tipo penal del artículo 459 *ejusdem*, esto es, el homicidio culposo, homicidio inintencional, por el cual su defendido no tiene la mayor participación o responsabilidad; manifiesta, que su defendido no es responsable del delito y sostiene, que lo que existe probado dentro de la sentencia es el homicidio inintencional, pero por aquel, su defendido no es responsable, sino una tercera persona identificada en el proceso; precisa que, en vista de que no concurren los elementos que configuran el tipo penal de homicidio simple, no existe dolo eventual, existe un acto imprudente de una persona que no fue imputada; su defendido no puede responder por ese delito, pese a que el que existe es homicidio inintencional, y debió haberse aplicado el artículo 459 CP, para declarar la materialidad de la infracción y no la responsabilidad de su defendido.

Indica, que la indebida aplicación de la norma penal, también genera que se viole el artículo 76.7.1) CRE, en cuanto a la falta de motivación, por cuanto no existe la debida congruencia y tampoco la explicación pertinente de la Corte Provincial, al establecer que existe homicidio simple cuando realmente lo que existe es un homicidio inintencional; de igual manera, se violenta lo dispuesto en el artículo 82 *ejusdem*, esto es, la seguridad jurídica.

Pretensión

Solicita que se acepte el recurso.

1.3.2.- Contestación del recurso por parte de la Fiscalía General del Estado

La doctora Paulina Garcés Cevallos, delegada del señor Fiscal General del Estado, contestó a los argumentos del impugnante en la siguiente forma:

En cuanto a que se ha planteado que hay una contravención expresa del artículo 309.2 CPP; se debe revisar lo que dice el artículo 330 *ejusdem*, que señala que en caso de que la sentencia no reúna los requisitos del artículo 309, norma señalada por la defensa del recurrente, lo que corresponde es un recurso de nulidad, más no un recurso casacional; indica, que la vía casacional no es aceptable cuando tiene que anularse una sentencia, que son dos cosas diferentes; la casación no va hacia la nulidad en la sentencia sino la anulación de una decisión, que son temas doctrinariamente diferentes; por lo tanto, la contravención del artículo 309.2 CPP, es incoherente y no es parte del recurso casacional, por lo cual no puede ser aceptado.

Manifiesta que, por otro lado, en la argumentación se ha hecho un análisis grande con relación a temas probatorios y se ha centrado básicamente en ello, para culminar señalando que de aquel análisis de prueba, que él hace, dando

su propia valoración, existe una indebida aplicación del artículo 449 CP, porque no hay homicidio simple; y se dice que hay una actuación, y he allí realmente la contradicción que se plantea, pues, primero se indica que el señor Miño Ortiz utilizó su arma y provocó la muerte de una persona, pero que este es un homicidio inintencional porque realmente no usó su arma sino que existió una pelea, un forcejeo y que por esta razón es culposo; y esto lo mantiene, debido a que considera, que en el informe médico legal se ha establecido que la trayectoria del disparo atravesó un asiento.

Al respecto, indica, que llama la atención, por cuanto, el examen médico legal y el testimonio del médico legista indican claramente que no se puede determinar que haya existido forcejeo entre el agresor y la víctima; y que, además, de conformidad con las huellas que quedan, indica el perito, conforme a los disparos existe en su informe de autopsia, que dice que el occiso tenía el anillo de contusión, por eso se determina que es un disparo a larga distancia, y que en este caso la muerte es violenta, pero que de acuerdo a la trayectoria y la ubicación del disparo que se realiza, con relación al tamaño del asiento, ciertamente no se determina forcejeos en él; pero, además, por la forma en que los hechos se desarrollaron, aquello del homicidio inintencional que tiene sus propios elementos, no está determinado.

Precisa, que el artículo 459 CP, dice que es reo de homicidio inintencional el que ha causado mal por falta de previsión o de precaución, pero sin intención de atentar contra otro; ese es el elemento fundamental, pero aquí, lo que se dice es que hay un ataque policial, que la persona abrió la puerta y allí es cuando comienza el forcejeo; lo cual, acorde con lo que dispone el inciso segundo del artículo 349 CPP, no se tiene la posibilidad de hacer una nueva valoración probatoria; de la sentencia, vendrá a su conocimiento, ciertamente que no existió esta particularidad, no se reúnen los requisitos del delito de homicidio inintencional, como ha querido señalarse; ya que, además, es una teoría que ha venido desarrollándose a lo largo del proceso.

Indica, que lo único que se deja entrever es una inconformidad con la decisión del juzgador; no existen elementos que se hayan planteado o que puedan demostrar realmente tal indebida aplicación del artículo 449 CP; las alegaciones son simples y probatorias, no se señala por qué el juzgador hace una indebida aplicación; la norma del artículo 459 *ejusdem*, es justamente la de homicidio inintencional; luego se dice que hay otra tercera persona, teoría que no se había planteado con anterioridad y que es desechada porque no hay prueba sobre ello.

Luego, se ha señalado que hay violación del artículo 76.7 l) CRE, pues se dice que no hay congruencia, ni explicación de que sea un homicidio simple, sino inintencional; lo cual no dice nada, se debe explicar por qué es la falta de motivación, en qué estado ataca a la razonabilidad, lógica o comprensibilidad; en este caso no se explica nada de ello. Señala, que tampoco se viola la seguridad jurídica, pues revisando las sentencias emitidas tanto por el Tribunal Penal, cuanto por la Sala de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, se establece que Miño Ortiz César Luis tuvo siempre la oportunidad de que se apliquen a su favor todas las normas del debido proceso y que se desarrolle el proceso dentro de lo que son las leyes procesales y sobre todo sustantivas penales vigentes en ese momento.

Concluye, que bajo los fundamentos planteados, la Fiscalía estima que no existe ningún error de derecho que haya sido demostrado, para que pueda surtir efecto este recurso; razón por la cual, solicita, que se lo declare improcedente.

1.3.3.- Contestación por parte de la acusación particular, Ángel Vinicio Urbano Ulloa.

El abogado Galo Yáñez Segura, defensor técnico del indicado acusador particular, manifestó:

Se ha manifestado que no se cumple con los requisitos establecidos en el artículo 309.2 CPP; indica, que el artículo 330, inciso 2°, *eiusdem*, señala claramente que cuando la sentencia no reúna los requisitos exigidos en el artículo 309 de este Código se deberá plantear el recurso de nulidad; situación que no se lo ha hecho, por lo tanto no se puede argumentar en esta etapa procesal, acorde con las normas claras y que rigen de los artículos 349 al 358 CPP, para poder buscar una nulidad de una sentencia dictada por la Sala Especializada de la Corte Provincial de Justicia de los Ríos-Quevedo.

Se ha dicho por parte de la defensa del recurrente, que la sentencia emitida por la Sala Especializada de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, ha realizado una "interpretación errónea" (sic) del artículo 449 CP; indica, que al existir todos y cada uno de los elementos probatorios dentro de la audiencia de juicio, como en la audiencia de apelación, se demostró claramente que el hecho existía y que las pruebas aportadas eran contundentes y recíprocas para poder establecer la participación y responsabilidad de César Luis Miño Ortiz en el delito sancionado en el artículo 449 CP, vigente al momento de la infracción, que era el delito de homicidio.

Manifiesta, que para la defensa de la acusación particular, se puede aducir que no se hizo una interpretación clara de la norma legal, ya que se consideró todo el tiempo que el delito por el cual se debió sentenciar a César Miño Ortiz, era el sancionado en el artículo 450 CP, asesinato; indica, que la defensa técnica del procesado ha señalado que los policías fueron recibidos a bala, pero de los testimonios y que consta en la sentencia expedida por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, se llega a establecer claramente que se encontraron dos armas de fuego calibre 38, que en la una se encontró cinco vainas y en la otra 6 balas; cuestiona: ¿dónde se puede aducir que fueron recibidos a punta de fuego y bala?; no hay como aducir esto, por lo tanto, no se puede establecer que en el recurso de casación interpuesto por César Luis Miño Ortiz, se haya hecho una fundamentación que cumpla con todos y cada uno de los requisitos que establecen las normas legales del capítulo V del Código de Procedimiento Penal, en sus artículos 349 al 358.

No se puede aducir de que se ha violentado lo que dispone el artículo 76.7,1) CRE; la sentencia expedida por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos cumple con toda la motivación que dispone la norma constitucional; no se puede venir a deducir de que se trata de un homicidio inintencional y decir que es el delito que se debió aplicar, y que se tenía que sentenciar a una persona que nunca fue vinculada, ni procesada, ni sentenciada en este expediente.

Concluye que, aplicando los principios de celeridad, economía procesal y mínima intervención, solicita que se deseche este recurso de casación planteado por Cesar Luis Miño Ortiz y se ratifique la sentencia expedida por la Sala de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos-Quevedo.

1.3.4.- Intervención del procesado recurrente César Luis Muñoz Ortíz

El encartado haciendo uso del derecho de última palabra, manifestó que:

El 29 de julio de 2012, encontrándose en la Policía Judicial de Quevedo, fue llamado por parte del Cabop. Escobar; el coronel había indicado que se acerque el personal que estaba disponible para ir a verificar una información que tenía; se llegó a la noche, fueron a la verificación con autorización del coronel, él le mandó y ni siquiera sabía; fue al procedimiento porque estuvo autorizado; llegaron al lugar que había indicado el informante, verdaderamente se encontraba un vehículo, estacionaron la camioneta atrás del auto rojo Aveo que había allí; vieron que alguien disparó del lado izquierdo de la parte trasera del vehículo, al ver aquello sacaron las armas y dispararon al aire indicando que son policías; al ver que dejaron de disparar, se acercaron al vehículo; él, con otro compañero, por la parte del lado derecho; al momento que el señor que se encontraba en la parte trasera del vehículo iba a salir, y estaba con la puerta abierta, pasó una motocicleta y disparó al aire; se distrajeron de la situación y es cuando sintió que alguien le templó su pistola, *"a lo que le templó se fue un disparo, yo jalé y se fue otro, se fueron como tres disparos en ese lugar"*; cuando ya controlaron la situación decía que estaba herido, sacaron al señor que se encontraba herido, lo ubicaron, era el sujeto que estaba sentado en la parte de adelante, el copiloto; sacaron al señor que estaba sentado en la parte de atrás del vehículo; al revisar el automotor, en la parte de adelante, su compañero encuentra debajo de la moqueta, donde estaba la fallecido, un revólver 38; él, a lo que sacó al señor de la parte de atrás que era quien le había intentado arrebatar el arma, en el asiento que se encontraba sentado, estaba otra arma de fuego en la parte de la mitad; al revisar la cajuela del vehículo, su otro compañero encontró un cartón que contenía (plátanos) verdes y mandarinas, y en la parte de abajo, 5 kilos de droga; posterior a ello, cogieron las evidencias, pararon unos vehículos que venían en la vía, en el carro de la PJ trasladaron a los heridos al hospital para que sean atendidos; concluye, que eso fue lo que sucedió el 29 de julio de 2012.

2.- ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES A SER EXAMINADOS POR EL TRIBUNAL DE CASACIÓN

2.1.- Competencia

Este órgano jurisdiccional, es competente para conocer de la presente causa, en virtud de lo establecido en los artículos 184.1 de la CRE; 160.1 y 186.2 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ); y, 30.2 y 349 CPP.

Efectuado el sorteo de ley, y los actos procesales que constan descritos en el numeral 1.2 *supra*, este Tribunal de Casación ha quedado integrado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional Ponente; los doctores Marco Maldonado Castro, y Jorge M. Blum Carcelén, Conjuez y Juez Nacionales.

Este recurso de casación, ha sido tramitado conforme a las normas de los artículos 349 al 358 CPP, vigente a la época de los hechos; de igual forma se ha aplicado lo que dispone el artículo 76.3 CRE.

2.2.- Consideraciones acerca del recurso de casación

Previo a despejar los cargos planteado por el recurrente –contravención expresa del artículo 76.7,l) CRE; y, errónea interpretación del artículo 81.3.6 CP-; este Tribunal considera necesario reparar, así como se lo ha hecho en innumerables resoluciones de este órgano jurisdiccional, que el recurso de casación, como un recurso extraordinario, a diferencia de los recursos ordinarios que se ejercen en las instancias, tiene finalidades específicas determinadas en la ley: violación de la ley, ya por: **i)** contravención expresa de su texto; **ii)** indebida aplicación; y/o, **iii)** errónea interpretación); circunscritas a la reparación de los yerros en el fallo impugnado².

En cuanto a los parámetros para analizar el recurso extraordinario de casación, aquello ha sido descrito de la siguiente forma:

(...) La interposición del recurso de casación por parte de uno de los sujetos procesales, impone en ellos tres obligaciones para su debida fundamentación: **a)** La determinación de un artículo específico, vigente dentro del ordenamiento jurídico, que se considere vulnerado mediante la sentencia expedida por el juzgador de última instancia; **b)** La adecuación de esa vulneración a una de las causales que taxativamente prevé el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, para la procedencia del recurso de casación, con la finalidad de indicar si la violación del ordenamiento jurídico responde a su falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación; y, **c)** Los argumentos jurídicos que sustentan el haber interpuesto este recurso extraordinario, en los cuales debe hacerse mención a la parte de la sentencia del Tribunal *ad quem* que contiene la vulneración; la comparación entre la interpretación o aplicación del ordenamiento jurídico que, a criterio del recurrente, debía efectuarse y aquella que realizó el órgano jurisdiccional de instancia; y, por último, la trascendencia del error de derecho que se ha presentado en el fallo impugnado, esto es, como ha influenciado en su parte dispositiva.(...)³

2.3.- Análisis de los cargos propuestos:

2.3.1.- “Contravenir lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 309 del Código de Procedimiento Penal”

Con relación a esta primera alegación, la cual estriba en que, a decir de la defensa técnica del recurrente, no se cumple con el requisito de la sentencia relacionado con: la enunciación de las pruebas practicadas, la relación precisa y circunstanciada del hecho punible; y, los

² En cuanto a las causales casacionales éste órgano jurisdiccional ha señalado: “(...) **a)** Error de omisión, que es al que se refiere el mentado artículo al indicar la contravención expresa del texto de la ley, y que se configura cuando, dada una circunstancia táctica por probada, el juzgador no aplica la norma jurídica correspondiente; **b)** Error de pertinencia, referido por el artículo 349 ejusdem, como indebida aplicación de la ley, que se presenta cuando establecida una circunstancia táctica probada, el juzgador aplica para su resolución una norma jurídica que no tiene como supuesto de hecho a ésta; y, **c)** Error de interpretación, en el que el juez selecciona correctamente la norma y la adecúa al caso, pero al interpretar el precepto le atribuye un sentido que no tiene o le asigna efectos distintos o contrarios a su contenido, en definitiva, confunde el sentido y alcance de la norma aplicada.” [CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Ponencia de la Dra. Gladys Terán Sierra. Resolución Nro. 942-2013, mediante la cual se resuelve el recurso de casación signado con el Nro. 508-2013]

³ CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar y Tránsito, Recurso de Casación No. 1389-2012. Merino Oñate y Chicaiza Maridueña vs Tercera Sala de lo Penal, Colusorio y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

actos del acusado que el juzgador estima probados; para lo cual, a su vez, se ha hecho referencia al acervo probatorio (testimonios) y a la valoración que han realizado los jueces de instancia; este Tribunal repara, en que, más allá de que lo alegado, en *strictu sensu*, no constituye un cargo casacional, pues tiene que ver estrictamente con aquello que es materia de otro recurso, completamente distinto al que nos ocupa, esto es, con el recurso ordinario de nulidad; el tema medular de la alegación, pasa por evidenciar la inconformidad para con la prueba y sobre todo la valoración que han realizado; y se hace mención, en concreto, a parte del acervo probatorio, detrás de lo cual subyace un nuevo pedido de valoración, lo cual no es pertinente para el recurso extraordinario de casación, por expresa prohibición del artículo 349, inciso final, CPP; por lo tanto, hace que esta primera alegación sea improcedente.

2.3.2.- “Indebida aplicación del artículo 449 del Código Penal”

Cargo para el cual, la defensa técnica del casacionista ha señalado, en lo medular: que es incorrecta la apreciación de que su defendido actuó con dolo eventual, en el momento en que él, como policía, en su condición de garante, usó indebidamente su arma de dotación y creó un riesgo no permitido; y que de todas formas continuó con esa acción y provocó la muerte de la persona; que el disparo que terminó afectando la vida de Rudy Urbano Gaibor se provoca, no por el hecho del uso abusivo del arma de dotación, sino por una acción temeraria, imprudente, negligente de una tercera persona (Oton Pazos Chiriguayo) que acompañaba a la víctima, y se encontraba en la parte de atrás del vehículo, quien en su acción de intentar arrebatarle el arma, provoca un forcejeo que genera ese disparo, el cual no estaba dentro de la voluntad de su defendido; que en esos hechos concurren los elementos propios del tipo penal del homicidio inintencional (art. 459 CP); que la trayectoria del disparo que impacta en el cuerpo de Rudy Urbano Gaibor, no es un disparo directo (atraviesa primero el espaldar del asiento); que bien pudo ese disparo haberse quedado en el asiento o haberse desviado, pero que desafortunadamente termina impactando a la víctima; que se ha aplicado indebidamente el artículo 449 CP (homicidio simple), cuando en realidad lo que ha ocurrido es el tipo penal del artículo 459 *eiusdem* (homicidio culposo); y, que en el homicidio inintencional, no tiene la mayor participación o responsabilidad, sino una tercera persona identificada en el proceso.

A fin de despejar este cargo, el cual parte de la indebida aplicación de artículo 449 CP (homicidio simple), cuando se dice, debió haberse aplicado el artículo 459 *eiusdem* (homicidio inintencional); y, dado, a su vez, que la argumentación se la hace desde dos enfoques: el uno desde el tipo penal, y el otro, desde la no responsabilidad, que se dice, del procesado en el delito de homicidio inintencional, sino del actuar imprudente de una tercera persona; resulta

menester hacer el abordaje, tanto de estos tipos penales, como de la responsabilidad delictiva, a fin de comprender el caso *sub iudice*; todo ello, dentro del rol de este Tribunal de Casación, como un órgano de control de la legalidad de los fallos emitidos por los jueces de instancia, y de subsanador de yerros jurídicos en la sentencia, en el caso de haberlos.

2.3.2.1.- El Código Penal, vigente y aplicable al *sub lite*, dentro del Libro II, De los Delitos en particular; Título VI, De los Delitos contra las Personas; Capítulo I De los Delitos contra la Vida; artículos 450 y 459, 460, tipifica a los delitos de homicidio y homicidio inintencional.

2.3.2.1.1.- El "homicidio simple", es aquel que se comete con la intención de causar la muerte de una persona, pero sin la concurrencia de circunstancias agravantes dispuestas en el artículo 450 CP que tipifica al asesinato; se trata de un homicidio doloso, pues existe el ánimo de producir la muerte en la víctima; el artículo 449 CP, vigente a la época de los hechos, lo tipifica de la siguiente manera: "**Art. 449.-** El homicidio cometido con la intención de dar muerte, pero sin ninguna de las circunstancias detalladas en el artículo siguiente, es homicidio simple y será reprimido con reclusión mayor de ocho a doce años."

El delito de homicidio consiste en matar a un ser humano; de allí que, se trata de un acto que requiere del dolo, es decir, de la intención de matar, algunos tratadistas del derecho penal como Carrara, Puglia, Goldstein, etc., suelen definir al homicidio simple diciendo que es la muerte de un hombre "injustamente" causada por otro hombre; debiendo reparar que la expresión resaltada, tiene por objeto excluir los casos en que la muerte de un hombre por otro se encuentre justificada, como por ejemplo en legítima defensa, cumplimiento de un deber, etc.

En el delito de homicidio resulta preponderante señalar las características de la acción, del elemento subjetivo y de los sujetos (activo y pasivo) del delito; así:

- En cuanto a la "acción", en el delito de homicidio, consiste en "matar" –dar muerte-, a una persona, es decir, en interrumpir la vida a un ser humano; y, el resultado es la "muerte"; conforme a ello, se puede decir que el delito de homicidio es: instantáneo, dado que se consuma con la muerte, y ésta se produce en un solo instante; de resultado material, pues, para su consumación requiere un resultado material -la muerte-; admite la tentativa y las distintas formas de participación; puede consumarse por acción (comisión), o por omisión (comisión por omisión); en el primero, se consuma actuando directamente sobre la víctima, es decir, provocando la muerte de una manera directa (ejem: dando una

puñalada; efectuando un disparo; etc.); y, en el segundo, se consuma cuando se logra la muerte de la víctima mediante una inactividad, esto es, no haciendo lo que debía hacerse (ejem: la madre que deliberadamente deja de amamantar a su hijo para matarlo; la partera que para matar al recién nacido no liga el cordón umbilical; el medico que para matar a su paciente, luego de operarlo no le cura las heridas y lo deja desangrar, etc.)

- En cuanto al elemento subjetivo; conforme ya se indicó, el homicidio simple (art. 449 CP), se trata de una figura dolosa; el sujeto activo debe haber actuado con la intención de causar la muerte (*animus necandi o animus occidendi*); la figura admite todas las formas del dolo (directo, indirecto, eventual, etc.); de allí que, la falta de comprobación del *animus necandi* o dolo determinado de matar -elemento subjetivo esencial de dicha figura-, excluye el encuadramiento en el delito de homicidio simple.

- En lo que respecta a los sujetos del homicidio simple, tenemos: el sujeto activo, el cual sólo puede serlo cualquier ser humano, en síntesis, el sujeto activo siempre es un ser humano, aun cuando se valga de maquinas instrumentos o animales para matar, pues en estos casos, dichos objetos habrían sido usados simplemente como medios.

2.3.2.1.2.- Por su parte, en cuanto al "homicidio inintencional", los artículos 459 y 460 CP, señalan que: "*Es reo de homicidio inintencional el que ha causado el mal por falta de previsión o de precaución, pero sin intención de atentar contra otro.*", y, "*El que inintencionalmente hubiere causado la muerte de otra persona, si el acto no estuviere más severamente reprimido, será penado con prisión de tres meses a dos años y multa de ocho a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.*".

Conforme quedó indicado, tanto el homicidio simple, como el homicidio inintencional, constituyen conductas antijurídicas que consisten en atentar contra el bien jurídico de la vida de una persona física o natural⁴; en el caso del segundo, se trata de un delito "culposo"⁵ que se produce por falta de "previsión" o "precaución" y sin la "intención" de causarlo⁶.

⁴ Descartando aquellas muertes que habiendo sido provocadas no son susceptibles jurídicamente de sanción penal por reputarse justificables en el caso de la legítima defensa.

Respecto del delito de homicidio, en general, en las disposiciones legales del Código Penal ecuatoriano encontramos inicialmente una directriz importante en cuanto se refiere a la presunción de "dolo" en el homicidio, las heridas, golpes o lesiones; así, nuestra legislación prevé que estos actos se reputan voluntarios, es decir con clara intención de provocar daños, permitiendo la posibilidad de que se pruebe lo contrario, es decir estamos frente a una presunción legal; o cuando sea evidente la ausencia del propósito o el fin para el cometimiento del acto, tomando en cuenta algunos detalles como la localización de las heridas.

El "homicidio simple", es aquel que se comete con la "intención" de causar la muerte, pero sin la concurrencia de circunstancias agravantes, como por ejemplo que el acto delictivo se haya ejecutado con afán de lucro, es decir por precio o por promesa remuneratoria o por medio de enañamiento; se trata de un homicidio "doloso", pues existe el ánimo de producir la muerte en la víctima y su sanción puede ser de reclusión mayor de 8 a 12 años.

El "homicidio calificado o agravado" es el asesinato propiamente dicho, y para que se verifique deben concurrir cualquiera de las circunstancias detalladas en el artículo 450 del Código Penal, entre éstas por ejemplo se encuentra la alevosía, es decir la ocultación moral del agente que esconde su ánimo hostil simulando amistad o disimulando su enemistad para dar muerte segura a la víctima.

El homicidio es "preterintencional" cuando existe la intención de causar daño, pero no la muerte, sea mediante golpes o heridas; en el caso del homicidio producido por suministro de sustancias, el culpable será sancionado aunque no hubiere la intención de causar la

Este órgano jurisdiccional, con relación al delito culposo, ha señalado que:

(...) Al delito culposo se lo ha de entender como el acto que produce un resultado descrito y sancionado en la ley penal, a causa de no haber previsto ese resultado siendo previsible, o se previó confiando en que no se produciría, en virtud de no observar un deber de cuidado que debía y podía percibir según las circunstancias y condiciones personales; estaremos entonces, frente a un delito culposo, cuando se realiza una conducta que produjo un resultado que ya la ley penal establece y sanciona, y que por lo general es un resultado dañoso; por otra parte, ese resultado puede ser conocido o desconocido por el ciudadano, pero que la ley nos impone el deber de conocerlo o por lo menos de imaginar sus alcances, para luego entonces poder preverlo y evitar que se produzca; sin embargo, aquel ciudadano que no prevea ese resultado, o si lo previó y confió en que no se produciría, y debido a esa confianza o falta de previsión, dejó de tomar o ni siquiera tomó las medidas necesarias para evitar ese daño, será sujeto a la acción penal del Estado.

(...)

A manera de corolario, en esta parte, se puede señalar que el delito culposo, de conformidad con nuestra legislación penal, exige los siguientes elementos: **a)** "Un comportamiento voluntario"; lo cual es exigencia fundamental para que se configure un delito culposo; la acción del sujeto debe ser voluntaria, esto es, que debe poner de manifiesto tal comportamiento a la intervención del ser humano como tal; este es un elemento común a todos los delitos, dolosos o culposos, y es la mínima exigencia para que un hecho tenga importancia penal; **b)** "La involuntariedad del resultado"; para que se configure el delito culposo se requiere que el hecho producido, o el resultado, sea involuntario, diferenciándose en este aspecto con el delito doloso en el que existe el primer elemento y además hay la voluntad del agente para que se produzca el resultado; **c)** "Relación de causalidad entre el hecho no querido y el comportamiento voluntario del sujeto"; si bien en el delito culposo el hecho no es querido, este debe ser consecuencia de la acción u omisión voluntaria del sujeto; **d)** "Que el hecho no querido se verifique por negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de la Ley, reglamentos u órdenes"; se requiere que el hecho que se produce sea la consecuencia de un comportamiento imprudente, negligente, imperito o que materialice la trasgresión de normas expresas legales, reglamentarias o emanadas de los particulares.

El no observar el cuidado objetivamente debido, constituye el núcleo central del tipo de lo injusto del delito imprudente; y, es precisamente lo que, en el caso que nos ocupa debe despejarse.

Para finalizar este punto, se debe señalar que los componentes de los tipos culposos son el concepto de cuidado objetivo, -que es un concepto objetivo y normativo- y el deber subjetivo de cuidado, que es el

muerte; pero se presumirá la existencia de dicha intención cuando la persona que las suministre sea un médico; la figura de la preterintencionalidad entonces puede considerarse como una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal o criminal, pues ya hemos dicho que esta se configura cuando se causa un mal superior al querido o planeado.

⁵ El término "culposo" generalmente se utiliza en materia de siniestros y seguros vehiculares, aunque también se utilizan acepciones como delitos imprudenciales o no intencionales.

Hay que recalcar que hay distintas variaciones del homicidio en atención a la relación existente entre el homicida y su víctima y esto varía según las legislaciones punitivas de los distintos países, por ejemplo es el caso del parricidio, que consiste en la muerte ocasionada a los ascendientes, descendientes, cónyuges o hermanos; el infanticidio, que es muerte del hijo recién nacido provocada por su madre para ocultar la deshonra; el uxoricidio, que consiste en el homicidio de la esposa causado por el marido o el magnicidio que es la muerte provocada al primer mandatario de un estado.

⁶ Por ejemplo se verifica en ciertas infracciones de tránsito, donde por lo general el incidente se produce porque el conductor que se encuentra bajo el efecto del alcohol o de algún tóxico provoca la muerte de un transeúnte a causa de un atropellamiento, también puede ocurrir como resultado de la negligencia médica.

componente que atiende a la capacidad individual, conocimiento, previsibilidad y experiencia del sujeto; al respecto, el penalista argentino-español Enrique Bacigalupo señala, que en los delitos por negligencia debe existir lo que denomina "*conexión de antijuricidad*" que se refiere a la necesidad de que el resultado producido debe estar estrechamente ligado a la acción realizada sin el debido cuidado o la debida diligencia; es necesario precisar que en estos delitos "*el resultado –al igual que en los delitos dolosos de comisión-, debe ser imputable objetivamente a la acción que ha infringido el deber de cuidado. El peligro creado por esa acción es la que debe haberse concretado en el resultado y no otro*".

2.3.2.2.- Una vez que se ha realizado el abordaje de los tipos penales de homicidio simple y homicidio inintencional; es necesario remitirnos ahora al relato factico que expone el juzgador en la sentencia, y quedó ya referido en el punto 1.1.; en donde se tiene que, en el caso que nos ocupa, el bien protegido, era la vida del ciudadano Ronnie Ramón Urbano Gaibor –sujeto pasivo del delito–, quien fallece como consecuencia de: un disparo de arma de fuego, con orificio en la región del tercio inferior del tórax derecho; con ingreso de proyectil de 8 mm de diámetro, el cual al entrar lacera el pulmón izquierdo, estómago y vaso, lo que produce hemorragia; el proyectil se alojó en el abdomen; disparo que se hizo a larga distancia (entre 80 a 100 centímetros), cuya trayectoria es de atrás hacia delante, de derecha a izquierda, y ligeramente de arriba hacia abajo.

De allí que, para subsumirlo, en uno u otro tipo penal, y concretamente en el delito culposo de homicidio inintencional como lo ha planteado el recurrente, corresponde y/o correspondía, hacer el juicio de la culpabilidad a fin de llegar a determinar, si en el actuar del sujeto activo, Cesar Luis Miño Ortiz, su actuación fue o no negligente para producir el hecho fatal de la muerte.

Conforme quedó precisado *ut supra*; la ley punitiva incrimina hechos en los que la finalidad del sujeto se dirige a la realización del tipo objetivo (dolo); empero, junto a ellos existe otra categoría de actos, como los del homicidio inintencional, en los que la finalidad del autor no está dirigida a realizar el tipo penal que igualmente se ejecuta en función de la conducción de un accionar negligente; estos son los, también, llamados delitos imprudentes; ahora bien, es menester, a su vez, precisar sobre los conceptos de imprudencia, negligencia e impericia, respecto de lo cual, este órgano jurisdiccional ha señalado:

(...) que: la "imprudencia"; es un concepto que no puede definirse sino en relación con la prudencia, la cual, acorde al Diccionario de la Real Academia de la Lengua es el discernimiento, el buen juicio, la cautela, la circunspección, la precaución; *per se*, prudente es entonces quien actúa con tales cualidades o virtudes; e imprudente, quien carece de ellas y actúa con desprecio por las consecuencias que se puedan derivar de su conducta; la "negligencia", de su parte, implica el descuido, la omisión de los actos debidos, la desatención, la pereza psíquica; se trata de la no realización de los actos a que se está obligado o de su realización desatenta, haciéndolo por ello reprochable tal comportamiento; y, la "impericia", es un concepto que se vincula al ejercicio de una profesión, arte o industria que exigen determinados

⁷ Bacigalupo, Enrique. "Manual de Derecho Penal", Argentina. Pág. 216

conocimientos y habilidades y por ello suponen la sujeción de las reglas que impone la ciencia o práctica y experiencia, considerándose perito quien se sujeta a tales reglas y es por ello sabio, experto, práctico y hábil; e imperito, quien no las observa; algunos autores la colocan bajo el concepto de temeridad profesional. (...)

Conceptos todos éstos que para el caso traído a sede casacional, es menester considerar, a fin de esclarecer si el actuar del policía Cesar Luis Miño Ortiz, al haberlo hecho como miembro policial, cumpliendo una disposición autorizada por su superior, en un operativo de vigilancia, con un equipo de seis miembros policiales, incluido él, ante la información de una posible transacción de armas; que a las 19h30, aproximadamente, a la altura de Pavón, al percatarse de la presencia de un vehículo (automóvil Aveo) en la carretera, se estacionan en la parte de atrás; observan que desde el interior del auto sale una mano y realiza disparos hacia la camioneta policial; se identifican como policías, realizan disparos de advertencia; los policías se bajan y avanzan – menos el conductor-; el encartado va por el lado izquierdo, cuando abre la puerta para sacar al ocupante (Oton Pazos Chiriguayo); pasa una moto, se escuchan disparos, los miembros policiales se pone a buen recaudo; el procesado, siente que le halan el arma, él grita que le quitan el arma, hay un forcejo y se escapan varios disparos, uno le da en la pierna de Pazos Chiriguayo; resultan heridos, el chofer (Carlos Muñoz Vega) y el copiloto (Ronnie Ramón Urbano Gaibor); dentro del vehículo, en la parte adelante, encuentran un revolver calibre 38, y en el asiento del medio, de la parte de atrás, otro revolver similar; además de un cartón y unos paquetes (droga) en la cajuela; trasladan a los heridos y la evidencias al hospital; conforme a lo que obra probado en el proceso y consta fijado en él, ha encuadrado o no su conducta en actos imprudentes, negligentes y/o imperitos.

Por otro lado, y toda vez que el recurrente, también ha planteado que si bien, acorde con los hechos, no hay homicidio simple sino homicidio inintencional; pero, que aquello fue producto de la acción temeraria, imprudente, negligente de Oton Pazos Chiriguayo, quien acompañaba a la víctima y se encontraba en la parte de atrás del vehículo, el cual en su acción de intentar arrebatarse el arma, al procesado, provoca el forcejeo que genera los disparos, mismos que no estaba dentro de la voluntad de su defendido; por lo tanto, dice, “no es responsable ya que no tuvo culpa”; es menester, en cuanto a la imputación de un hecho a una persona, a título de “culpa”⁸, precisar que en nuestro ordenamiento jurídico, aquello, se da tal como lo señala el artículo 14, inciso 5° CP, que en su parte pertinente señala: “La infracción es culposa cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de la Ley, reglamento u órdenes.”

De allí que, para el caso que nos ocupa, sin pretender entrar en temas de valoración probatoria que no corresponden ni competen, sino en aras de despejar y/o dar respuesta al cargo casacional planteado, el cual estriba en el denominado error de pertinencia, que es el yerro que comete el juzgador al aplicar una norma jurídica cuyo supuesto de hecho no corresponde a la narración fáctica de la conducta que se intenta juzgar en el fallo; de allí que,

⁸ La culpa en su esencia, consiste en la voluntaria inobservancia de aquellas normas de conducta que imponen al hombre que vive en sociedad la obligación de obrar con prudencia y diligencia o con el cuidado debido, a fin de evitar determinados resultados de daño o de peligro para los intereses jurídicamente protegidos.

es menester, cuando se arguye esta causal, hacer una contraposición de estos dos elementos, por cuanto, si la norma jurídica no se adecua a la narración del juzgador, y pese a esto, él la ha aplicado para resolver, la vulneración se habrá configurado; es por ello, que amerita analizar el juicio de culpabilidad del acusado, el policía Cesar Luis Miño Ortíz (procesado ahora recurrente), para determinar si su actuar fue negligente o no, por impericia o por inobservancia de norma.

2.3.2.3.- Identificados que han quedado plenamente los tipos penales de homicidio simple y homicidio inintencional -delito culposo-; así como las circunstancias que cualifican al último; corresponde, ahora, referirse a la narración fáctica fijada por el juzgador en la sentencia impugnada, y que contiene los hechos que se señalan probados en cuanto a la conducta que se ha juzgado en el fallo; y es en donde, precisamente, este Tribunal Casacional, encuentra que el cargo argüido por el recurrente encartado -ya en cuanto al tipo penal y su ninguna responsabilidad-; todo ello, bajo la causal de violación de la ley por indebida aplicación del artículo 449 CP, si opera; toda vez que, más allá de lo que queda señalado, acorde inclusive con lo determinado por la misma sentencia, ahora impugnada, se encuentra que ésta ha señalado:

(...) SÉPTIMO: ANÁLISIS DE LA SALA.- (...)

7.3 EN CUANTO A LA CATEGORÍA DOGMÁTICA DE LA TIPICIDAD. 7.3.1. SOBRE LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL TIPO OBJETIVO:

A) El sujeto activo o autor del hecho, en el presente caso aparece como CESAR LUIS MIÑO ORTIZ, persona natural o sujeto activo, sin calificación alguna en razón de cargo, función o filiación. **B) El sujeto pasivo,** o titular del bien jurídico es cualquier persona, siendo que no exige un sujeto calificado, por lo tanto se trata de una persona natural común, no califica en razón del cargo, función o filiación, y en este caso es el señor quien en vida se llamó Ronnie Urbano Gaibor.- La conducta determinada por el verbo rector de la conducta prohibida en el caso de homicidio es la de "matar" a otra persona; constituyéndose en la finalidad ulterior de la actividad delictiva, incompatible con el derecho fundamental de la persona humana con el que se le extingue afectando también a la familia y a la comunidad;

7.3.2. SOBRE LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL TIPO SUBJETIVO: El delito de homicidio es un delito y dada la estructura del tipo, el dolo debe ser directo, esto es, el autor debe conocer y querer la realización de los elementos del tipo objetivo, para alcanzar el fin propuesto; y en el caso de homicidio es querer acabar con la vida de otra persona de cualquier sexo, en el presente caso fiscalía acusa a CESAR LUIS MIÑO ORTIZ, como autor del delito de HOMICIDIO, tipificado y sancionado en el artículo 449 Código Penal y ratificado en el 144 del Código Orgánico Integral Penal

6.3.3 EN CUANTO A LA EXISTENCIA DE LA INFRACCIÓN.- La existencia de la infracción, no ha sido materia de discusión en esta audiencia se encuentra justificada con el testimonio de Jorge Salvatierra Cantos, perito que bajo juramento indica que realizó la autopsia médico legal de quien en vida se llamó Roddy Ramón Urbano Gaibor; Testimonio de Paul Eduardo Guillen Villamarín, perito que realizó las pericias balísticas NO. 046-2013, quien bajo juramento reconoció sus informes presentados a la fiscalía e indico que perició el arma que recibió bajo cadena de custodia, esto es el arma marca Glock, serie

MWC-389, calibre 9 mm, perteneciente a la Policía Nacional, asignada al policía César Miño Ortiz. También examinó las vainas asignadas como VD1 (vainas dubitativas 1) y VD2 (vainas dubitativas 2), a las que realizó un cotejamiento con vainas testigos del arma Glock, 9mm, se encuentra en buen estado de conservación y funcionamiento, por lo tanto es apta para producir disparos; en cuanto a las VD1 y VD2, que fueron encontradas en el lugar de los hechos y corresponden al calibre 9 mm y fueron percutidas por el arma Glock, de 9 mm, que fue asignada en dotación al policía César Miño Ortiz; Testimonio de Wilson Patricio Valdivieso Ramos, perito que realizó el reconocimiento del lugar de los hechos, reconocimiento de evidencia físicas y la inspección ocular técnica y reconoce el informe presentado ante la Fiscalía de estas tres diligencias descritas; Testimonio de Teófilo Filoteo Ordóñez Aguirre, testigo que bajo juramento indicó que en el Hospital Luis Vernaza de la ciudad de Guayaquil, realizó el levantamiento de cadáver de quien en vida se llamó Roddy Ramón Urbano Gaibor,

EN CUANTO A RESPONSABILIDAD:

Para la Sala es evidente que la acción realizada por el recurrente Cesar Luis Miño Ortiz, el 29 de julio del 2012, tuvo como consecuencia la muerte de Urbano Gaibor el 2 de agosto del 2016 a las 05h30, en el Hospital Universitario de la ciudad de Guayaquil, como así lo ratificó el Dr. Salvatierra Cantos con el informe de Defunción, el levantamiento de cadáver realizado; que su responsabilidad se encuentra justificada: con el testimonio del Coronel Telmo Xavier Erazo Gavilánez, que a la fecha de los hechos era Jefe encargado de la Policía Judicial del Distrito Quevedo, en su declaración dijo que el día 29 de julio del 2012, se acercaron hasta su oficina agentes de la Policía Judicial del Distrito solicitándole autorización para poder realizar una vigilancia sobre una presunta transacción de armas de fuego que se iba a realizar, por lo que él autorizó la vigilancia de esa información de armas pero no autorizó para negociaciones de sustancias estupefacientes sujetas a fiscalización, porque de ser así el procedimiento era comunicar inmediatamente a los policías de antinarcóticos. Que desde que autorizó la vigilancia, no recibió ningún informe, sino hasta horas de la noche donde a través de la central de radio se le informó sobre un muerto y un herido y es por eso que se acercó al Hospital Sagrado Corazón de Jesús de Quevedo; señaló que los policías conocen que en su accionar en el uso progresivo de la fuerza deben hacerlo de manera tal que deben guardar coherencia cuando hay violencia hacia la policía, es decir se deben comparar las fuerzas para que el policía pueda repeler una agresión, al respecto, como bien lo menciona el Tribunal A-quo, el Ecuador es signatario de los Principios Básicos para el Uso de la Fuerza y Armas de Fuego, adoptado en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del delincuente, celebrado en la Habana Cuba y a la fecha de los hechos se encontraba vigente el Acuerdo Ministerial NO. 1699, de 18 de agosto del 2010, donde dispuso que la Policía Nacional, adopte las directiva sobre la Detención Aprehenión, Uso Progresivo de la Fuerza, Armas no Letales y Letales, Políticas de salud Mental e Investigación y Apoyo.; existe extensa normativa respecto a cómo deben proceder los policías y como efectuar el uso progresivo de la fuerza al realizar sus labores, no es creíble ni admisible para el Tribunal que los policías hayan actuado apegados la normativa. De la prueba actuada se evidencia que los seis agentes de la policía judicial no siguieron estas directrices; es decir no se siguió el procedimiento para proceder a la aprehensión de los ocupantes del automóvil AVEO rojo, ni antes ni durante la supuesta comisión del delito, el testimonio del testigo presencial y víctima Carlos Muñoz Vega, se probó que ninguno de los agentes policiales dio la alerta ALTO POLICIA; por el Testimonio de Jorge Salvatierra Cantos, perito que realizó la autopsia médico legal, quien estableció la causa de la muerte de Roddy Ramon Urbano Gaibor, que debido a la trayectoria del proyectil de arma de fuego y por la presencia de anillo de contusión, no se puede determinar que haya existido un forcejeo entre el agresor y la víctima; con el Testimonio de Julio Cesar Torres Segarra, perito médico que el día 29 de agosto del 2012 realizó la valoración médica al señor

Oton Dario Pasos Chiriguayo, indicó que para realizar su informe médico se basó en la hoja de Epicrisis del señor Pasos Chiriguayo, al ingresar el 29 de julio del 2012 al Hospital Universitario de Guayaquil y también de la entrevista que tuvo con él. El perito declaró que el señor Pasos en la entrevista le indicó que el día 29 de julio del 2012 estaba en el interior de un vehículo y que recibió disparos de arma de fuego por parte de la policía. 8.- Testimonio de Carlos Henry Muñoz Vega, testigo presencial que estuvo dentro del vehículo Aveo, color rojo, el día de los hechos, se estacionan en la entrada de Pavón, indica el testigo que de repente apareció un vehículo de donde se bajaron cinco o seis personas y escuchó disparos, que no sabe con exactitud quien disparó, pero cree que es el señor Miño porque el testigo observó que el señor Miño Ortiz se acercó por el lado posterior derecho del vehículo Aveo y que no existió forcejeo entre los policías y los ocupantes del vehículo rojo, modelo Aveo. El recurrente ha manifestado que lo sucedió es un homicidio inintencional, según nuestro ordenamiento jurídico vigente en esa época, para que exista homicidio inintencional, el hecho debió producirse como la misma norma lo señala sin ninguna intención, es decir que la actitud del agente policial debió estar exenta de inintencionalidad, y siendo ésta la manera de pretender desvirtuar él debió probarlo de manera fehaciente. Del proceso observamos que el informe investigativo manifiesta que existió un cruce de balas entre el hoy occiso y sus acompañantes y la policía nacional; entonces, correspondió justificarse aquello, y del proceso no consta que tanto al occiso y sus dos acompañantes se les haya realizado exámenes como por ejemplo el del barrido electrónico para determinar que dispararon ya que debemos recordar que fueron detenidos en el acto; que las armas que constan del parte policial y que le fueron según indican encontradas al occiso y sus acompañantes estuvieran a su alcance; no se realizó una cadena de custodia sobre estas armas por lo tanto no se puede justificar que haya tal cruce de balas.- de acuerdo al testimonio de Valdivieso Ramos, las dos armas estaban en la bodegas de la policía judicial y según los testimonio de los 6 policías judiciales, ellos llevaron las dos armas consigo desde el recinto Pavón hasta los patios de la Policía Judicial; lo que resulta inverosímil por cuanto los policías judiciales saben el procedimiento a seguir con las evidencias físicas que se encuentra en el lugar de la comisión del delito; porque quienes deben manejar adecuadamente estas dos evidencias, realizar el levantamiento, el embalaje, el registro de las mismas cuidar que se cumpla con la cadena de custodias, era personal de criminalística de la policía judicial, más no, los agentes policiales que participaron en los hechos facticos. Tampoco es creíble la teoría del posible forcejeo, pues no ha sido acreditado ya que los agentes policiales lo único que manifiestan es que escucharon gritar al recurrente que se le pretendía quitar el arma, forcejeo que fue desmentido tanto por el testigo presencial Muñoz Vega y por el Dr. Salvatierra, quien señaló en su testimonio que el disparo realizado fue a larga distancia. La fiscalía ha demostrado que el hoy recurrente es la persona que disparó el arma, disparo con que se privó de la vida a Urbano Gaibor Rodis, en las circunstancias que la fiscalía ha determinado como homicidio simple, haciendo uso de sus facultad como titular de la acción penal pública y esto está demostrado con los testimonios de las víctimas, Testimonio de Paul Eduardo Guillen Villamarin, testigo que realizó las pericias balísticas N0. 045-2013 y N0. 046-2013, testigo que bajo juramento declaró que examinó el arma Glock, 9 mm, serie MWC389, que es un arma de dotación de la Policía Nacional y que se encuentra en buen estado de conservación y buen estado de funcionamiento, estando apta para producir disparos; el testigo también realizó el informe pericial balístico de las VD1 y VD2, correspondientes al calibre 9 mm y que fueron encontrados en el lugar de los hechos, las mismas que fueron percutidas por el arma Gock, 9 mm, serie MWX 389, asignada al policía Cesar Luis Muñoz Ortiz;

6.- Con el certificado de fecha 29 de agosto del 2012, firmado por el Cabo Milton Morante Malats, encargado del Rastrillo del CSQ-ACC, que adjuntada al oficio No. 18 RAST-SUB Z 5-D-Q, donde se certifica que previo a la revisión de los archivos, el policía Cesar Luis Muñoz Ortiz, a la fecha del

certificado, tiene a cargo en calidad de dotación el arma de fuego pistola Glock, serie MWC 389; oficio No. 1566-PJQ-D-Q, de fecha 14 de julio del 2013, firmado por el Teniente Franklin Castro Ibarra, Jefe de la Policía Judicial del Distrito Quevedo, se observa que dicha arma le fue asignada al Cabo Miño Ortiz con fecha 01 de enero del 2009, hasta el 27 de mayo del 2013; no se ha probado en el juicio que las víctimas hayan tenido un enfrentamiento con el recurrente, peor aun que hayan realizado algún disparo; por lo que los tres ocupantes no representaban un peligro para los seis policías judiciales. Este Tribunal considera que el señor CESAR LUIS MUÑOZ ORTIZ, adecua su conducta al tipo penal de homicidio, el no aplico medidas alternativas como determina las directivas sobre el uso progresivo de la fuerza, que indicaba el procedimiento a seguir de manera obligatoria por ser policía nacional no lo hizo, el uso que hizo el señor Muñoz Ortiz a su arma de dotación, fue ilegítima, innecesaria y desproporcionada; este mal procedimiento y uso del arma de dotación del Estado Ecuatoriano, por parte del recurrente se demostró con los testimonios de Valdiviezo Ramos y Guillen Villamarin, al indicar que las vainas y proyectiles percutidos que fueron recolectados en el lugar de los hechos corresponden exclusivamente al arma que portaba el Cabo Miño Ortiz, quien tuvo dominio de la acción y al haber cometido de manera directa e inmediata la infracción, este Tribunal coincide con el Tribunal A-quo que es autor del tipo penal de homicidio. (subrayado fuera de texto)

De allí, que precisamente emerge el yerro del juzgador, en la sentencia impugnada; en tanto y en cuanto, pese a que se hace referencia a que: por ejemplo: la responsabilidad del encartado se encuentra justificada: con el testimonio del Coronel Telmo Xavier Erazo Gavilánez, (...) quien autorizó la vigilancia de esa información de armas pero no autorizó para negociaciones de sustancias estupefacientes sujetas a fiscalización, ...; QUE desde que autorizó la vigilancia, no recibió ningún informe, ...; que los policías conocen que en su accionar en el uso progresivo de la fuerza deben hacerlo de manera tal que deben guardar coherencia cuando hay violencia hacia la policía, ...; QUE De la prueba actuada se evidencia que los seis agentes de la policía judicial no siguieron estas directrices...; ... QUE no se siguió el procedimiento para realizar la aprehensión de los ocupantes del automóvil AVEO ...; es decir, se hace referencia a actuaciones imprudentes, negligentes e imperitas; es así que incluso se señala aquello de que: no se realizó una cadena de custodia...; que los policías judiciales saben el procedimiento a seguir con las evidencias...; es más, se dice, que sobre la base de las pruebas aportadas, entre las cuales obran aquellos testimonios de los peritos y personas que presenciaron los hechos, señalaron: que la causa de la muerte de Roddy Ramon Urbano Gaibor, ... [fue] debido a la trayectoria del proyectil de arma de fuego y por la presencia de anillo de contusión, no se puede determinar que haya existido un forcejeo ..."; empero, también se indica, por otro lado, que: Del proceso [se] observa que el informe investigativo manifiesta que existió un cruce de balas entre el hoy occiso y sus acompañantes y la policía nacional ...; QUE NO es creíble la teoría del posible forcejeo, pues no ha sido acreditado ya que los agentes policiales lo único que manifiestan es que escucharon gritar al recurrente que se le pretendía quitar el arma, ... cuando es apenas lógico que para suscitarse el hecho de arrebatar o pretender arrebatar el arma a una persona, más aún a un miembro policial, amerita el estar muy cerca de su objetivo, en este caso, las personas que iban a ser aprehendidas; por lo que debió haber precavido este hecho y no actuar con negligencia e imprudencia.

Es por ello, que el razonamiento del juzgador *ad quem*, en cuanto a que: considera que el señor CESAR LUIS MUÑOZ ORTIZ, adecua su conducta al tipo penal de homicidio ... pues se dice que no aplicó medidas alternativas como determina las directivas sobre el uso progresivo de la fuerza...; QUE el uso que hizo el señor Muñoz Ortiz a su arma de dotación, fue ilegítima, innecesaria y desproporcional...; empero, habla a su vez de mal procedimiento...; QUE tuvo dominio de la acción y al haber cometido de manera directa e inmediata la infracción, este Tribunal coincide con el Tribunal A-quo que es autor del tipo penal de homicidio..; y, QUE para que exista homicidio inintencional, el hecho debió producirse como la misma norma lo señala sin ninguna intención, es decir que la actitud del agente policial debió estar exenta de inintencionalidad; cuando, reitérase, sin pretender hacer valoración probatoria, sino estrictamente y acorde con el relato fáctico que se tiene como probado y que el mismo juzgador expone en su sentencia, el procesado César Luis Miño Ortiz, si bien actuó de manera imprudente, negligente e imperita -dada su condición de miembro policial que debe estar preparado y seguir los procedimientos debidos para los cuales precisamente cuenta con la instrucción profesional-, pues, no es menos cierto que al haberse bajado y acercado al automotor en el que estaban las personas a quienes estuvieron haciendo vigilancia; y al haber recibido disparos, más allá de responder o no de la misma forma, con disparos de advertencia, al pretender bajar directamente a uno de los ocupantes del vehículo, blandiendo su arma de dotación, no guardó las previsiones necesarias, se acerca tanto, que dicho sujeto pretende quitarle el arma, y es allí donde se dan los disparos que por un lado causan heridas a la persona que intentó quitarle el arma, en el muslo, así como a las personas que se encontraban en el asiento del piloto y copiloto, recibiendo este último un disparo indirecto, que atraviesa el asiento, lacera el pulmón izquierdo, estómago y vaso, en una trayectoria que va, precisamente de atrás hacia delante, de derecha a izquierda, y ligeramente de arriba hacia abajo, lo cual finalmente causó la muerte a los pocos días; todo lo cual evidencia que, dicho mal fue causado por la falta de previsión o de precaución, pero sin la intención directa de atentar contra la vida de tal persona.

Es por ello, que el razonamiento del juzgador *ad quem*, en cuanto a que hubo homicidio simple y no homicidio inintencional y que la actuación del policía Cesar Luis Miño Ortiz, es como autor del mismo, revelan el error de derecho cometido; más aún, cuando sobre la base de lo analizado -jurídica y doctrinariamente-, se evidencia que el actuar del procesado, fue resultado de su poca previsión o precaución, en definitiva de un actuar negligente, imprudente e imperito; por lo tanto, se revela en forma expresa, que su conducta, se subsume en el delito de homicidio inintencional tipificado y sancionado en los artículos 459 y 460 CP; por lo tanto es responsable de tal hecho y le corresponde, acorde con el rango pendular de la pena que prevé la norma, la sanción de dos años de privación de libertad; multa de US\$ 31,00; y, en cuanto a la reparación integral, se mantiene lo fijado por el Tribunal de Juicio, esto es, el pago

de la cantidad de 200 salarios básicos unificados del trabajador en general, por concepto de indemnización que deberá ser cancelada por el procesado Cesar Luis Miño Ortiz, a las víctimas de quien en vida se llamó Roddy Ramón Urbano Gaibor.

3.- RESOLUCIÓN

Sobre la base de lo queda expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, “**ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**”, al amparo del artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, resuelve por unanimidad: Casar la sentencia dictada por la Sala Multimcompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, de 6 de febrero de 2017, las 16h51, por indebida aplicación del artículo 449 del Código Penal; toda vez, que la norma correcta y que debió haberse aplicado es el artículo 459 *ejusdem*, en concordancia con el artículo 42 del mismo cuerpo legal; por lo tanto, se declara al ciudadano Cesar Luis Miño Ortiz, autor del delito de homicidio inintencional que causó la muerte de quien en vida fue Roddy Ramón Urbano Gaibor; imponiéndole, acorde con el artículo 460 del Código Penal, la pena de dos años de privación de libertad, debiéndose descontar el tiempo que por esta causa haya permanecido privado de la libertad; la multa de US\$ 31,00; y como, reparación integral, artículo 78 de la Constitución de la República, el pago de la cantidad de 200 salarios básicos unificados del trabajador en general, vigentes a la fecha del acto, por concepto de indemnización que deberá ser cancelado por el procesado Cesar Luis Miño Ortiz, a las víctimas de Roddy Ramón Urbano Gaibor. Devuélvase el proceso al tribunal que dictó el fallo recurrido, para la ejecución de la sentencia. **Notifíquese y Cúmplase.-** f.- Dra. Gladys Terán Sierra.- **JUEZA NACIONAL PONENTE.-** f.- Dr. Jorge M. Blum Carcelén.- **JUEZ NACIONAL.-** f.- Dr. Marco Maldonado Castro.- **CONJUEZ NACIONAL.-** **Certifico:** F.- Dra. Guamaní León Ivonne Marlene.- **SECRETARIA RELATORA:**

CERTIFICO: Las trece (13) fojas que anteceden son iguales a su original.
Quito, 11 de diciembre de 2017.


DR. CARLOS IVAN RODRIGUEZ GARCIA
SECRETARIO RELATOR

CASO No. 17721-2015-0747
RESOLUCIÓN No. 1382-2017
RECURSO: CASACIÓN
PROCESADO: RAÚL ACUÑA LOVATO
DELITO: ASESINATO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO

JUICIO No. 17721-2015-0747

RECURSO DE CASACIÓN

DELITO DE ASESINATO

LA FISCALÍA CONTRA RAÚL ACUÑA LOVATO

CONJUEZ PONENTE: Dr. Marco Maldonado Castro

Quito, miércoles 16 de agosto de 2017, las 10h45.

VISTOS:

PRIMERO.- Antecedentes

1.1. Antecedentes procesales

El Tribunal Cuarto de Garantías Penales de Manabí, en fecha 26 de marzo del 2015, las 14h02, dictó sentencia condenatoria en contra del ciudadano Raúl Acuña Lovato al considerarle autor del delito de asesinato, tipificado y sancionado en el artículo 450.1.4 del Código Penal—CP—, por lo que le impuso pena privativa de libertad de veinticinco años y el pago de diez mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, a favor de la víctima, por concepto de reparación integral. Inconforme con esta decisión, el procesado Raúl Acuña Lovato, interpuso recurso de apelación.

La Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, en sentencia de 20 de mayo del 2015, las 09h38, negó el recurso de apelación y confirmó en todas sus partes la sentencia subida en grado.

Por considerarse perjudicado con el fallo, Raúl Acuña Lovato interpuso recurso de casación.

1.2. Hechos acusados y hechos probados.

En síntesis, según la sentencia de la Corte de Apelaciones, los hechos acusados por Fiscalía, fueron:

El 16 de junio de 2014, a las 22h15 aproximadamente, en el domicilio de Jacinto Aurelio Conforme Moreira, en la calle Jipijapa y Cuatro de Diciembre, cantón El Carmen, provincia de Manabí, Raúl Acuña Lovato le quitó la vida con once puñaladas a Germania Bernarda Ramírez Coveña frente a sus tres hijos.

El Tribunal *ad quem*, luego del análisis de la prueba actuada en la audiencia de juicio, consideró demostrada la teoría del caso propuesta por Fiscalía y descrita anteriormente.

SEGUNDO.- Jurisdicción y competencia

El Pleno del Consejo de la Judicatura, de acuerdo con los artículos 182 de la Constitución de la República del Ecuador —CRE— y 173 del Código Orgánico de la Función Judicial —COFJ—, emitió la Resolución No. 08-2015, de 22 de enero de 2015, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 441, de 20 de febrero del mismo año, por medio de la cual aprobó la actual integración de la Corte Nacional de Justicia.

Mediante la Resolución No. 01-2015, de 28 de enero de 2015, publicada en el Registro Oficial No. 445, de 25 de febrero del mismo año, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia integró sus seis Salas Especializadas, de conformidad con los mandatos establecidos en los artículos 182 de la CRE y 183 del COFJ. De igual forma, en el precitado Registro Oficial, se publicó la Resolución No. 02-2015, emitida el mismo día, en virtud de la cual el Pleno determinó las reglas de distribución de juicios a aplicarse por efecto de la renovación parcial de sus juezas y jueces.

En Resolución No. 060-2015, de 1 de abril de 2015, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 476, de 9 de abril del mismo año, el Consejo de la Judicatura designó a las conjuetas y conjuetes en las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, de acuerdo a lo previsto en los artículos 200 y 201, numerales 1 y 2, del COFJ.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, en virtud de lo previsto en el artículo 186 del COFJ, es competente, entre otras

atribuciones, para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal.

Con fundamento en estas normas y en virtud del sorteo de ley correspondió el conocimiento de esta causa, signada en la Corte Nacional de Justicia con el número 17721-2015-0747, al Tribunal integrado por las doctoras Gladys Terán Sierra y Sylvia Sánchez Insuasti, Juezas Nacionales; y el doctor Marco Maldonado Castro, Conjuez Nacional Ponente, de conformidad con los artículos 174 y 201.1 del COFJ, 6 de la Resolución No. 02-2012 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 672, de 29 de marzo de 2012; y, oficio No. 463-SG-CNJ, de 8 de abril de 2016.

No se ha impugnado la competencia del Tribunal, ni la de quienes lo integramos.

Atento el estado de la causa, se considera:

TERCERO.- Validez procesal

Conforme la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal—COIP—, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180, de 10 de febrero de 2014, por la fecha que inició el proceso, corresponde aplicar el régimen legal vigente a tal tiempo, esto es la Ley reformativa al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal—CPP y CP—, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 555 de 24 de marzo de 2009; en consecuencia, se fundamentó el recurso de casación en audiencia oral, pública y de contradictorio.

El recurso de casación fue tramitado en aplicación de las garantías básicas que conforman el derecho al debido proceso, reconocidas en el artículo 76 de la CRE, y conforme las normas procesales previstas en los artículos 352 del CPP. No se evidencia omisión de solemnidades sustanciales o formalidades en la sustanciación del recurso de casación que vicien el procedimiento y que puedan incidir en el resultado final de esta causa.

El recurso es válido y así se lo declara.

CUARTO.- Argumentos y fundamentación del recurso

4.1. Fundamentación del recurso de casación.- el procesado Raúl Acuña Lovato, a través de su abogado defensor, doctor Diego Carvajal Peña, en lo principal, manifestó:

4.1.1. La sentencia impugnada afecta gravemente sus derechos, en razón de que en ésta no

se consideraron atenuantes, pues se encontraba ebrio y no tenía conciencia de lo que hacía..

4.1.2. Se aplicó erróneamente el artículo 450 del CP, pues no pudo existir ensañamiento ni alevosía porque estaba alcoholizado; lo que correspondía era la aplicación del artículo 449 ibídem, que tipifica el homicidio.

4.2. Contestación del recurso.- La Fiscalía, a través de su delegado, el doctor Marco Navas Arboleda, contestó:

4.2.1. El recurrente debía determinar por cuál de las causales contenidas en el artículo 349 del CPP el juzgador de instancia violó la ley, en qué parte de la sentencia se encuentra el error y cómo ha afectado dicha vulneración al recurrente.

4.2.2. No podría aplicarse atenuantes, por cuanto se han verificado varios agravantes; inclusive existió el testimonio de las hijas de la occisa que estuvieron presentes al momento de los hechos, quienes indican que su padre fue quien apuñaló once veces a la hoy occisa.

4.2.3. El casacionista sostiene que se presentó voluntariamente ante la justicia, lo que no es verdad, pues el dueño de casa impidió la fuga del procesado.

4.3. Réplica.- En réplica, la defensa técnica del recurrente, expresó:

Del proceso consta que el señor Acuña, al momento de llegar la Policía, estuvo manchado de sangre todo el cuerpo, porque fue agredido por el dueño de casa. El procesado se encontraba totalmente ebrio y al momento que se despierta no recordaba lo que sucedió.

QUINTO.- Análisis del Tribunal de Casación.

5.1. Naturaleza y fines del recurso de casación

5.1.1. El Estado ecuatoriano coloca a la persona en un lugar nuclear de la vida social, como titular de derechos y garantías. Al reconocer esa titularidad, especialmente sobre los derechos a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica, fortalece la configuración del sistema procesal como un medio para la realización de la justicia; y, al mismo tiempo, el acceso a ella a partir de principios constitucionales que garantizan la igualdad, la no discriminación, el estado de inocencia y el juicio previo.

En ese contexto, se instituye el debido proceso y, como uno de sus componentes, el derecho a recurrir de las decisiones judiciales. Precisamente, esa facultad, incluye la posibilidad de activar distintos mecanismos de impugnación, de carácter ordinario y extraordinario, a través de los cuales se busca evitar o enmendar el error judicial y resguardar la cohesión del ordenamiento jurídico.

Uno de los dispositivos de impugnación extraordinaria es la casación. Se trata de una alternativa jurídica que procede cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya sea por contravenir expresamente su texto, por indebida aplicación de su contenido o por interpretación errónea.

5.1.2. Su carácter de recurso extraordinario, entonces, se debe a que únicamente prospera ante la configuración de estrictos presupuestos establecidos por la ley, que pueden consistir en: por una parte, la infracción de la ley material o error *in iudicando* (juicio), en cuyo caso la casación cumple una función nomofiláctica y unificadora en la interpretación del ordenamiento jurídico; o, por otra parte, la transgresión de las normas y garantías procesales que generen una situación de indefensión, en cuyo escenario la casación actúa como un medio de control de la legalidad.

De ahí que se está frente a un recurso “[...] encaminado a enmendar las deficiencias que afectan al juicio de derecho contenido en la sentencia o resolución legalmente equiparable a ella, o a específicos requisitos procesales que condicionan la validez de esos actos decisorios”.¹ En consecuencia, la casación no ha sido diseñada para remediar o corregir cualquier situación de iniquidad o defecto procesal, sino con la finalidad de “procurar el imperio de la ley, la unificación de la jurisprudencia y la rectificación del agravio”.²

De esa forma, no cabe duda de que la casación es un recurso limitado, que solo permite el control *in iure*, esto es el estudio, análisis y resolución de cuestiones de estricto derecho, pues no procede frente a requerimientos de un nuevo análisis de los hechos, ni sobre pedidos de nueva valoración de la prueba; como sostiene Roxin, “la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y solo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en

¹ Lino Enrique Palacio, *Los recursos en el proceso penal* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001), 80.

² Jorge Zavala Baquerizo, *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo X (Guayaquil: Editorial Edino, 2007), 73.

una lesión al derecho material o formal".³

5.1.3. Estos atributos confieren a la casación, según refiere el ex magistrado colombiano Humberto Fernández Vega, el carácter de un:

"[...] juicio técnico de impugnación, valorativo y exacto, de formalidades rigurosas, que requiere una expresa formulación y fundamentación. Está destinado a examinar sentencias de segunda instancia para corregir vicios relativos al juzgamiento o al procedimiento.

Tales características distinguen a la demanda de casación de una simple alegación de instancia, determinan exigencias de orden legal y jurisprudencial de imperioso cumplimiento para la prosperidad de la impugnación[...]"⁴

En la actualidad, y en el escenario del Estado constitucional de derechos y justicia, la casación cumple un propósito vinculado, de manera directa, con el respeto de los derechos y garantías fundamentales.

En esa medida, su espectro de acción adquiere una mayor amplitud en los sistemas de administración de justicia penal, que, como en el caso del Ecuador, cumple sus fines a través del sistema acusatorio, ya que, en efecto, lo que legitima la interposición de un recurso de casación es la emisión de una sentencia penal de segunda instancia en la que se ha transgredido el principio de legalidad y, por tanto, se han vulnerado esos derechos o garantías.

5.1.4. En esa línea de pensamiento, corresponde a este Tribunal de Casación analizar la sentencia recurrida, a efecto de determinar si se encuentra o no inmersa en alguno de los presupuestos establecidos en el artículo 349 del CPP, es decir, arribar a una conclusión sobre si, en la especie, se ha incurrido en una violación de la ley, ya sea por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o, bien, por errónea interpretación, lo que implica garantizar la legalidad y la seguridad jurídica.

Así entonces, este Tribunal, en ejercicio de sus competencias, se limitará a verificar si la sentencia materia de este recurso extraordinario contiene errores de juicio o de actividad, pero no valorará la prueba, ni revisará los hechos o actuaciones judiciales que constituyan parte de las instancias previas, en razón de no encontrarse facultado para ello.

³ Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*. Citado por Jorge Zavala Baquerizo, *Tratado de derecho procesal penal*. op. cit.

⁴ Humberto Fernández Vega, *El recurso extraordinario de casación penal* (Bogotá: Editorial Leyer, 2002), 34.

5.2. Sobre la materia del recurso de casación

Del análisis de los argumentos realizados por el recurrente en la audiencia de fundamentación del recurso de casación, el Tribunal considera que el procesado sustentó su pretensión impugnatoria en el siguiente cargo:

Aplicación errónea del artículo 450 del CP.

Previo a responder cada uno de los reproches esgrimidos por la defensa técnica del recurrente, el Tribunal debe establecer los requisitos mínimos que exigen la técnica y naturaleza del medio de impugnación que nos ocupa, para que un cargo de casación pueda ser considerado como tal.

5.2.1. Los cargos de casación

El CPP, establece:

"Art. 349.- Causales.- El recurso de casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación.

No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba."

El recurso de casación, es medio de impugnación de las sentencias de apelación⁵, y exige a quien reprocha la decisión de la Corte de Apelaciones, indique al Tribunal de Casación los cargos que imputa a dicha resolución y en qué forma estos cuestionamientos configuran las causales taxativas del artículo arriba citado; y, además, el perjuicio que se le ha irrogado a un derecho.

La violación a la ley puede ser directa o indirecta. La violación directa de la ley es un yerro del juzgador en cuanto a la aplicación de la norma legal, independientemente de las consideraciones fácticas o de valoración probatoria. El yerro del juzgador en cuanto a la aplicación de la norma legal, como consecuencia de sus conclusiones fácticas, constituye violación indirecta de la ley.⁶

Siguiendo este razonamiento, las causales de casación del artículo 349 del CPP, están previstas

⁵ A partir de las reformas al CPP, publicadas en el Suplemento del Registro Oficial No. 555, de 24 de marzo de 2009. Antes de tal reforma, el recurso de casación procedía contra sentencias del Tribunal de Juicio. (Nota del Tribunal)

⁶ Luis Cueva Carrión, *La casación en materia penal*. (Ecuador: Ediciones Cueva Carrión, 2da.Ed, 2007), 252.

para revisar las violaciones a la ley, por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación. La revisión del relato fáctico fijado por la Corte de Apelaciones está prohibida en la casación expresamente por el último inciso del artículo 349 del CPP.

De manera general se considera violación a la ley por contravención expresa a su texto, cuando el juzgador no aplica una disposición jurídica para resolver la cuestión puesta en su conocimiento, pese a que, después de la valoración probatoria, los hechos considerados probados guardan identidad con los presupuestos de hecho previstos en la norma cuya aplicación se ha omitido.

La indebida aplicación de la ley es un error en la selección de la norma, que ocurre cuando el juzgador aplica una norma diversa a la que corresponde al caso puesto en su conocimiento y resolución. La indebida aplicación, por lo general, conlleva a la falta de aplicación de otras normas relacionadas, jurídicamente, con la norma que debía aplicarse correctamente.

La interpretación errónea se produce cuando, aun eligiendo la norma correcta, se le atribuye un sentido jurídico que no tiene, es decir, se va más allá del contenido de la norma y su alcance, produciendo un efecto que el legislador no previó, lo que puede provenir de un error de intelección por inadecuada preparación de la persona encargada de aplicarla.

El régimen procesal penal prohíbe en casación el análisis de la valoración probatoria o el contenido de la prueba; por lo tanto, este Tribunal no tiene facultad para reformular los hechos fijados, ni para emitir juicios de valor sobre los elementos probatorios.

En este sentido, es obligación de quien pretende impugnar una sentencia mediante recurso de casación, dirigir su reproche a la sentencia de segunda instancia, como aquella que causa efecto y mediante la cual se garantiza el ejercicio del derecho a la doble instancia; además, el reproche no puede sustentarse en la revisión de prueba, tanto en cuestiones de legalidad, como en su contenido, pues está vedado por ley para el Tribunal de Casación, pues tales reproches corresponden a la etapa de juicio o apelación en el ejercicio del contradictorio, limitación propia de la casación ya que su objeto exclusivo de análisis son los errores de derecho en la sentencia.

Un cargo de casación, para poder ser atendido por este Tribunal, debe ser fundamentado en la

audiencia respectiva, de manera autónoma, taxativa y suficiente: cada cargo debe increpar a la sentencia de una violación a una norma legal específica, por una sola de las causales de casación, pues estas son excluyentes entre sí; e, indicar en qué parte de la sentencia se encuentra tal violación, cómo se trasgredió expresando la contraposición del razonamiento judicial considerado errado con el criterio que el casacionista piensa acertado, y la influencia de tal error de derecho en la decisión de la causa.

Sin un argumento suficiente que demuestre claramente los sustentos de la pretensión impugnatoria, se priva al Tribunal de Casación de elementos necesarios para llegar a emitir su decisión respecto al recurso de casación, e incluso, de la aplicación del artículo 140 del COFJ, en caso de que la persona recurrente equivoque en la invocación de la causal de casación.

Con base en estos criterios, el Tribunal procede al análisis de los reproches expresados por el procesado recurrente.

5.3. Fundamentos del Tribunal de Casación

El recurrente planteó el recurso de casación invocando aplicación errónea del artículo 450 del CP, pues, según él, al haberse encontrado en estado ético no pudo haber actuado con ensañamiento y alevosía; y, al haber existido atenuantes, debió aplicarse el artículo 449 *ibídem*.

En ese contexto, el impugnante debió haber precisado, con argumentos jurídicos sólidos y fehacientes, por qué la Corte de Apelación incurrió en tal violación de la ley, al confirmar la sentencia condenatoria por haberse demostrado tanto la materialidad de la infracción cuanto la responsabilidad del ahora recurrente, indicando al menos en qué causal de casación incurrieron los Juzgadores *ad quem*, puesto que “aplicación errónea” no constituye ninguna de las causales previstas en el artículo 349 del CPP.

Es decir, se debe explicar cómo el Tribunal de Apelación cometió un error de derecho en su sentencia, pero con la fundamentación jurídica en los términos que exige la casación; sin embargo, en el presente caso, la argumentación resulta ser inapropiada; pues contraviene la naturaleza técnica, limitada y extraordinaria del medio de impugnación que nos ocupa.

En esta línea de análisis, de lo manifestado por la defensa técnica del procesado, se encuentra

que su recurso se sustenta en que porque se encontraba ebrio no tenía conciencia en lo que hacía y que no se debió considerar como circunstancias constitutivas del tipo de asesinato la alevosía y el ensañamiento, en razón de que el procesado se encontraba en estado de embriaguez; y, que, por el contrario debió considerarse atenuantes; de lo que se colige que el casacionista pretende por un lado cambiar el relato fáctico fijado por el Tribunal de instancia y por otro que esta Corte valore nuevamente la prueba —actividad que única y exclusivamente les corresponden a los juzgadores de instancia—.

Al respecto, la casación en materia penal no es un escenario en el cual se pueda volver a valorar la prueba. De hecho, el CPP, en su artículo 349, inciso final, señala en forma expresa que: *“No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba”*; y, sobre el tema, existe amplia jurisprudencia de la Corte Constitucional y Corte Nacional de Justicia.

Esta última, ha ratificado el criterio de que las pruebas no pueden ser objeto de valoración en la casación, pues, caso contrario, se estaría desconociendo el principio de independencia judicial.⁷ De igual forma, sobre esta prohibición la doctrina ofrece el siguiente punto de vista:

(...), la pregunta obligada es, ¿por qué consagrar el recurso de casación como medio de impugnación en el sistema acusatorio y no otro recurso, como pudiera ser el de apelación? La respuesta que se ha dado por un sector de la doctrina es que, por lo general, se ha considerado que *es el que mejor se adapta a las características del citado sistema acusatorio*.

Uno de los argumentos torales para sustentar la anterior afirmación se basó en que como el juicio es público, el método utilizado para transmitir los pensamientos es la oralidad, y los jueces tienen la obligación de presidir la audiencia personalmente sin que deleguen su autoridad, en la que estarán las partes intervinientes en el proceso; entonces, si otros jueces, aunque sean superiores, pero que no estuvieron presentes en el desarrollo de la audiencia de debate, analizan lo resuelto por los inferiores, en realidad se trataría de un nuevo juicio (...).⁸

Asimismo, la Corte de Apelaciones, en el ejercicio de su competencia, ya respondió los puntos de inconformidad referidos por el procesado. En su sentencia consta:

“En tal consideración, se manifiesta que de la lectura de la sentencia de instancia, se desprende que

⁷ Corte Nacional de Justicia. *Resolución No. 050-2013 de 4 de octubre de 2013*, pronunciada dentro del juicio No. 430-2012.

⁸ Miguel Ángel Rodríguez Vázquez, *La casación y el derecho de reapir en el sistema acusatorio* (México D.F.: Instituto de Investigación Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México -UNAM-, 2013), 29 y 30.

la circunstancia 'ALEVOSÍA' se encuentra justificada por las características con las que se presenta el hecho, esto es, que con el cuerpo de la ofendida, se verifican DIEZ heridas que por sí solas, se consideran como idóneas para lograr el objetivo muerte, producidas con arma cortante, lo que denota la intención del autor, en asegurar el resultado perseguido, la muerte de Germania Bernarda Ramírez Coveña. Esta circunstancia por sí sola cualifica el delito de asesinato. Las demás circunstancias contenidas en el artículo 450 del Código Penal y que concurren al hecho, ya no pueden entonces ser tenidas por modificatorias de la infracción; pero tampoco pueden ser desdeñadas por el juzgador, especialmente como mesuradoras del desvalor del acto y para la imposición de la pena, pues es de sentido común que no es lo mismo cometer el delito con una sola de tales circunstancias, que al hecho concurren varias. Entonces las demás circunstancias agravantes que al delito de asesinato se suman, son no modificatorias o constitutivas de tipo, ya que revelan sin duda, mayor peligrosidad del sujeto activo y aumentan el alarma social, tal como lo de vela el artículo 30 del Código Penal, en el presente caso: con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor de la ofendida; y, por un medio cualquiera capaz de causar grandes estragos, tal como ha determinado el juzgador a quo [...] En efecto la sala En cuanto al argumento del recurrente, de que existe violación a la ley cometida por el Tribunal de instancia, por la no aplicación de atenuantes, al respecto el artículo 72 del Código Penal, manifiesta [...] sin embargo en el presente caso, si bien es cierto el procesado presento en el juicio, prueba documental, a fin de justificar la modificación de la pena, por la concurrencia de estas atenuantes, lo dicho en líneas precedentes, impide la aplicación de la norma contenida en el artículo 72 del cuerpo legal referido[...]" (Sic)

Una vez analizada la sentencia impugnada, se concluye que no existe error de derecho alguno, sino que, por el contrario, la conclusión del *ad quem* es correcta, en cuanto sus reflexiones se sustentan en las pruebas aportadas durante el proceso, con respecto a la existencia material del delito y la responsabilidad del procesado en el grado de autor del delito de asesinato, pues justifica la existencia de circunstancia constitutiva del delito y de la agravante de ensañamiento.

En lo que respecta a la circunstancia constitutiva —alevosía— y la que es tomada como agravante —ensañamiento—, se hacen las siguientes consideraciones:

El artículo 450 *ibídem* establece:

"Es asesinato y será reprimido con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, el homicidio que se cometa con alguna de las circunstancias siguientes:

1a.- Con alevosía;

- 2a.- Por precio o promesa remuneratoria;
- 3a.- Por medio de inundación, veneno, incendio, o descarrilamiento;
- 4a.- Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido;
- 5a.- Cuando se ha imposibilitado a la víctima para defenderse;
- 6a.- Por un medio cualquiera capaz de causar grandes estragos;
- 7a.- Buscando de propósito la noche o el despoblado para cometer el homicidio;
- 8a.- Con el fin de que no se descubra, o no se detenga al delincuente, excepto cuando el homicida sea ascendiente o descendiente, cónyuge o hermano del delincuente al que se haya pretendido favorecer; y,
- 9a.- Como medio de preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito, o para asegurar sus resultados o impunidad; o por no haber obtenido los resultados que se propuso al intentar el otro hecho punible.
10. Con odio o desprecio en razón de raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad, de la víctima.
11. Si ha sido cometido en contra de miembros de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, fiscales o jueces de garantías penales, en el desempeño de sus funciones.”
- (Énfasis añadido)

De lo citado se colige, con claridad, que una sola de las circunstancias previstas en el artículo 450 CP califica la conducta como asesinato —alevosía, en este caso—, mientras que la otra aumenta la malicia del acto, por lo que se deben entender como agravantes.

Al constatar que en el caso in examine concurre una agravante, no se cumple con la condición que establece el artículo 72 del CP —ninguna agravante—, por lo que no existe manera de haber atenuado la pena ni razonar que no existen circunstancias agravantes en el presente caso.

En consecuencia, la decisión del Tribunal de Apelación no podía ser otra que rechazar el recurso y confirmar en todas sus partes la sentencia subida en grado; ya que, como se desprende de su análisis, no es posible la aplicación de atenuantes; por lo tanto, el cargo invocado queda desvirtuado

En consecuencia, este Juzgador advierte que lo argüido por el impugnante no constituye error de derecho que amerite ser considerados, mucho menos que permitan a este Tribunal casar de oficio la sentencia recurrida

SEXTO.- Resolución

Con fundamento en los antecedentes y considerandos, antes enunciados, tomando en cuenta que el recurrente no ha cumplido su obligación de fundamentar el recurso en los términos previstos en el artículo 349 del CPP, ni ha explicado satisfactoriamente de qué manera la sentencia impugnada ha violado la ley conforme a las causales que señala el artículo antes referido, y al no ser la mera inconformidad con la sentencia una de las causales para que prospere este recurso extraordinario, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", de conformidad con la disposición contenida en el artículo 358 del CPP, declara improcedente el recurso de casación presentado por el señor Raúl Acuña Lovato. Ejecutoriado el fallo se remitirá al tribunal de origen para su ejecución. **Notifíquese y cúmplase.-f.- DRA. GLADYS TERÁN SIERRA.- JUEZA NACIONAL.- f.- DRA. SYLVIA SÁNCHEZ INSUASTI.-JUEZA NACIONAL.- f.- DR. MARCO MALDONADO CASTRO.- CONJUEZ NACIONAL.- Certifico: F.- Dra. Guamaní León Ivonne Marlene.- SECRETARIA RELATORA:**

CERTIFICO: Las siete (07) fojas que anteceden son iguales a su original.
Quito, 11 de diciembre de 2017.



DR. CARLOS IVAN RODRIGUEZ GARCÍA
SECRETARIO RELATOR