



REGISTRO OFICIAL®

ÓRGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

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

EDICIÓN JURÍDICA

Año II - Nº 271

Quito, miércoles 18 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
Ext.: 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

104 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:**

**R1209-2017, R1212-2017, R1234-2017,
R1235-2017, R1237-2017, R1238-2017,
R1240-2017, R1241-2017.**



OFICIO N° 2018-001-CNJ-SPPMPPT-PS
Quito, 8 de enero de 2018

Señor Dipl. Ingeniero
Hugo E. Del Pozo Barrezueta
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; Con jueces; y Con juezas 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:

| | |
|---------------|------|
| 1806-2014-MJF | 1209 |
| 0845-2015-MJF | 1212 |
| 1602-2016-MMC | 1234 |
| 0631-2016-MMC | 1235 |
| 0804-2016-GTS | 1237 |
| 0291-2016-GTS | 1238 |
| 1073-2016-MJF | 1240 |
| 0979-2016-GTS | 1241 |

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. 17721-2014-1806
RESOLUCIÓN No. 1209-2017
RECURSO: CASACIÓN
PROCESADO: LUIS ARIOLFO LÓPEZ CHOCHO, DORIS MAGDALENA LÓPEZ CONTRERAS, MANUEL GERMÁNICO TUKUP GREFA, MARY MARGOTH MAMALLACTA CALAPUCHA.
DELITO: TENTATIVA DE ASESINATO.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR,
PENAL POLICIA Y TRÁNSITO
JUICIO N°. 1806-2014-JCC
DELITO DE TENTATIVA DE ASESINATO
RECURSO DE CASACIÓN

JUEZ PONENTE: Dr. Miguel Jurado Fabara
RECURRENTES: Luis Ariolfo López Chocho
Doris Magdalena López Contreras
Manuel Germánico Tukup Grefa
Mary Margoth Mamallacta Calapucha (sentenciados)

Quito, lunes, 24 de julio de 2017, a las 10h11.

VISTOS:

Celebrada la audiencia oral, pública y de contradictorio, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia procede a proferir el fallo por escrito y debidamente motivado con ocasión del recurso de casación propuesto por los señores Luis Ariolfo López Chocho, Manuel Germánico Tukup Grefa, Mary Margoth Mamallacta Calapucha y Doris Magdalena López Contreras, en contra de la sentencia de fecha 01 de octubre del 2014, las 16h43, a través de la cual el *ad-quem* desecha el recurso de apelación y ratifica la sentencia venida en grado.

1. ANTECEDENTES

1.1 Reseña fáctica.-

El *Ad-quem* lo sintetizó de la siguiente manera:

“(...)que el día viernes 29 de junio de 2012, a las 08h00, aproximadamente, mientras Rubén Olmedo García Castillo, acompañado de su trabajador Lino Guillermo Grefa Aguinda, se encontraba en su casa ubicada en el Barrio Flor del Pantano de esta Ciudad, en forma intempestiva y sin mediar motivo alguno, fueron interceptados por Manuel Germánico Tukup Grefa, la conviviente de éste Mery Margoth Mamallacta Calapucha y dos de las hijas del señor Ariolfo López Chocho de nombres: Doris Magdalena y Jenny Cecilia López Contreras. Que Manuel Germánico Tukup, les ha manifestado “que haces aquí esta propiedad es de Luis López, tengo órdenes de que mueras en mis manos, si no te vas te mato, porque estas tierras no son tuyas”, que en ese momento Manuel Tukup Grefa con una escopeta recortada le iba a disparar al Señor Rubén Olmedo García, que ante este hecho su trabajador procede a defenderle interponiendo su cuerpo, pero no obstante de aquello Rubén Olmedo García resulta herido de gravedad por el disparo de la escopeta, cayendo al piso, ante lo cual Manuel

Germánico Tukup Grefa ha salido en precipitada carrera dándose a la fuga. (...)” [Sic]¹

1.2 Actuación procesal relevante.-

- i.** El Primer Tribunal de Garantías Penales con sede en San Francisco de Orellana, provincia de Orellana, con fecha 05 de mayo del 2014, las 15h22, declaró la culpabilidad de los señores Luis Ariolfo López Chocho, Manuel Germánico Tukup Grefa, Mery Margoth Mamallacta Calapucha y Doris Magdalena López Contreras por considerarlos autores del delito de tentativa de asesinato, tipificado y sancionado en el artículo 450 con las circunstancias de los numerales 1 y 5 del Código Penal, en concordancia con el artículo 42 ibidem, sancionándolos con la pena de veinte y cuatro (24) meses de reclusión mayor; y, multa de un mil (USD 1.000,00) dólares de Estados Unidos de Norteamérica por cada uno.
- ii.** Los sentenciados y la acusación particular inconformes con la decisión del *a quo* interponen recursos de apelación, cuyo conocimiento recayó en la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Orellana; que el 01 de octubre del 2014, las 16h43, resolvió desechar la impugnación propuesta por los sentenciados; y, acepta el de la acusación particular modificando el grado de responsabilidad de Mary Margoth Mamallacta Calapucha y Doris Magdalena López Contreras a cómplices del delito de tentativa de asesinato, imponiéndoles por la concurrencia de agravantes 1 y 5, la pena privativa de treinta (30) meses de reclusión menor; mientras que, a los señores Luis Ariolfo López Chocho y Manuel Germánico Tukup Grefa en el grado de autores del delito de tentativa de asesinato, imponiéndoles la pena privativa de sesenta (60) meses de reclusión menor.
- iii.** Los señores Luis Ariolfo López Chocho, Manuel Germánico Tukup Grefa, Mery Margoth Mamallacta Calapucha y Doris Magdalena López Contreras presentan recursos de casación en atención a lo que disponen los artículos 349 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, ante esta Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

1.3 Extracto de la fundamentación y contestación del recurso de casación.-

Acorde con lo dispuesto en el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, se llevó a cabo la audiencia oral, pública y de contradictorio, en la que los sujetos procesales expresaron:

1.3.1 Síntesis de la fundamentación realizada por parte de los recurrentes Luis Ariolfo López Chocho y Doris Magdalena López Contreras, a través de su abogado defensor Arturo Cabrera López:

- a)** Manifiesta que, recurre de la sentencia dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Orellana, con fecha 01 de octubre del 2014.
- b)** Indica que, el juicio empezó mal y que en la audiencia de juzgamiento hubo violación del artículo 140 del Código de Procedimiento Penal, haciendo alusión a que el ofendido no rindió testimonio y que esto viola el artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador; sin existir medios probatorios para justificar la responsabilidad de los recurrentes.

¹ Cfr. Cuaderno de Corte Provincial de Justicia de Orellana, fs. 09 – 12vta.

- c) Señala que, en la sentencia del *ad-quem*, se ha violentado la norma contenida en el artículo 42 del Código Penal, al no cumplir con los requisitos mínimos exigidos para imputar la complicidad a la señora Doris López Contreras; y, al realizar una interpretación extensiva con relación a la autoría del señor Luis López Chocho.
- d) Sostiene que, existe indebida aplicación de los artículos 84, 85, 87 y 88 del Código de Procedimiento Penal, ya que no se ha demostrado un nexo causal.
- e) Dice que, las sentencias de primer y segundo nivel no están motivadas porque no existe testimonio del ofendido y, que además se declaró abandonada la acusación particular, debiendo aplicarse a su criterio el artículo 311 del Código de Procedimiento Penal.

1.3.2 Síntesis de la fundamentación realizada por parte de los recurrentes **Manuel Germánico Tukup Grefa y Mary Margoth Mamallacta Calapucha, a través de su abogado defensor **Fabián Villegas Coloma**:**

- a) Expone que, ha interpuesto recurso extraordinario de casación contra la sentencia dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Orellana, con fecha 01 de octubre del 2014.
- b) Señala que, existe nulidad procesal por haberse dictado auto de nulidad con respecto a la adolescente JCLC, violentándose lo que determina la norma, sin que esto haya sido evidenciado por la Corte Provincial de Justicia, solicitando que se declare la nulidad de todo lo actuado hasta antes de la audiencia preparatoria de juicio.
- c) Exterioriza que, es una sentencia carente de motivación ya que no se ha comprobado la materialidad y responsabilidad de los recurrentes.
- d) Enuncia que, existe indebida aplicación de la norma contenida en el artículo 42 del Código Penal, esgrimiendo que la debida es la constante en el artículo 19 en concordancia con el artículo 11 *ibidem*, en virtud de que existe legítima defensa por parte del señor Manuel Germánico Tukup Grefa; y, que no tiene relación con la conducta de Mary Mamallacta Calapucha.
- e) Expresa que, existe indebida aplicación de las normas contenidas en los artículos 85, 86, 87, 88 y 304 A del Código de Procedimiento Penal, esgrimiendo que se han violentado las reglas de la sana crítica.

1.3.3 Contestación por parte del representante de Fiscalía General del Estado, doctor Marco Navas Arboleda:

- f) Explica que, con relación al señor Luis López Chocho, no se ha fundamentado el recurso de casación de conformidad con el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, arguyendo solamente argumentos para valorar prueba.
- g) Dice que, se ha probado la materialidad, responsabilidad y nexo causal de los hoy recurrentes de conformidad a la tutela judicial efectiva, seguridad jurídica y debido proceso.
- h) Señala que, existen agravantes dentro del proceso, las contenidas en el artículo 450 numerales 1 y 5 del Código Penal, en concordancia con los artículos 30

numerales 1 y 3 y 601 ibidem; y, que están probadas con el examen médico legal y testimonios de los policías aprehensores y testigos del hecho.

- i) Solicita que, se rechace el recurso de casación incoado por los encartados.

1.3.4 Intervención realizada por parte de la acusación particular Rubén Olmedo García Castillo, a través de su abogado defensor Marco Mejía Córdova:

- a) Indica que, se ha pretendido fundamentar el recurso con base a un testimonio no rendido por el ofendido, en ese sentido señala que como se encontraba delicado de salud no podía acudir a la audiencia de juzgamiento, siendo facultativo intervenir o no.
- b) Que en virtud de que se ha justificado conforme a derecho la materialidad, responsabilidad y nexo causal con cada uno de los responsables de este hecho criminal; solicita que se rechace el recurso de casación incoado por los sentenciados.

1.3.5 Réplica del abogado defensor Arturo Cabrera López, en representación de los procesados y recurrentes, Luis Ariolfo López Chocho y Doris Magdalena López Contreras:

- a) Arguye que, fundamentó conforme la causal de indebida aplicación y que no se valore prueba.
- b) Dice que, no se han probado las agravantes que asevera Fiscalía General del Estado.

1.3.6 Réplica del abogado defensor Fabián Villegas Coloma, en representación de los procesados y recurrentes, Manuel Germánico Tukup Grefa y Mary Margoth Mamallacta Calapucha:

- a) Manifiesta que, no se ha comprobado conforme a derecho la responsabilidad en el grado de autor por el señor Tukup y como cómplice por la señora Mamallacta.
- b) Solicita que, se aplique el principio de favorabilidad contenido en el artículo 5 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal para la señora Mary Mamallacta Calapucha.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

2.1.1 El Consejo de la Judicatura mediante Resolución N° 08-2015 de fecha 22 de enero de 2015, aprobó la integración de la Corte Nacional de Justicia, misma que ejerce jurisdicción a nivel nacional, de conformidad con el artículo 182, último inciso, de la Constitución de la República del Ecuador y 172 del Código Orgánico de la Función Judicial.

2.1.2 La Sala 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 N° 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 N° 01-2015 y 02-2015 de 25 de febrero de 2015.

2.1.3 El Tribunal está conformado por el señor doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional Ponente, de conformidad con el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial; señora doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional; y, señor doctor Marco Maldonado Castro, Conjuez Nacional.

2.2 Trámite

De conformidad con la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial N° 180 de 10 de febrero de 2014, corresponde aplicar las normas vigentes al tiempo del inicio del proceso, que para el caso, *in examine*, son las contenidas en el Código Penal y Código de Procedimiento Penal.

2.3 Validez Procesal

El recurso de casación ha sido tratado en virtud de lo dispuesto en los artículos 349 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con lo estipulado en el artículo 184 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, al no haberse advertido causal que pueda nulizar o afectar al mismo, en consecuencia se declara su validez.

2.4 Reflexiones sobre el recurso de casación

La casación desde sus orígenes ha sido entendida como un medio que asegura la sujeción de los juzgadores al imperio de la legalidad sustancial y procesal, lo cual permite una correcta aplicación y observancia del derecho positivo en las resoluciones judiciales. *Prima facie* debemos partir de que el recurso de casación es extraordinario y de carácter formal y, su importancia reside en que el Tribunal de Casación solo puede pronunciarse sobre la legalidad de la sentencia (*errores in iudicando*), por lo que las juezas y jueces están impedidos de realizar un nuevo examen de la prueba actuada, limitados a enmendar los posibles errores de derecho cometidos en el acto de juzgar.

Como bien señala Fabio Calderón Botero:

“el error in iudicando es de derecho cuando expresa un falso juicio de valor sobre la norma. Ese juicio erróneo puede recaer sobre su existencia, su selección o su hermenéutica. Se entiende que afecta su existencia, el error de tener como vigente un precepto no promulgado o previamente derogado; que altere su selección, el haberse equivocado en la escogencia de la norma para regular una situación dada; y, por último, que desvirtúe su hermenéutica, el interpretar incorrectamente su sentido (...)”²

En nuestra opinión, el recurso de casación en la forma prevista en nuestra ley positiva, está encaminado a corregir errores intelectivos que se presentan en el plano normativo, es decir, errores de puro derecho, mismos que son atribuibles a los tribunales de segunda

² Fabio Calderón Botero, Casación y Revisión en Materia Penal, 2^o ed., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1985, p. 14.

instancia, con base a un defecto cognoscitivo que se avizora en el raciocinio que realiza el juez.

Bajo este escenario, atendiendo a las características del instituto de la casación de ser limitado y extraordinario, su procedencia se circunscribe a la violación de la ley, bajo tres premisas:

a) Contravención expresa de su texto, cuyo significado literal alude a “*obrar en contra de lo que está mandado*”, es decir, desatender lo que la norma prescriptiva manda, prohíbe o permite, cuya violación en el plano jurídico se sintetiza en los siguientes presupuestos: i) desconocimiento de la existencia de la norma; y, ii) falta de consideraciones su ámbito material de la validez: tiempo y espacio. Siendo así la contravención expresa de la ley, como bien afirma, Manuel de la Plaza, citado por Fabio Calderón Botero “*por obvias razones, es el menos frecuente, porque implica desconocimiento total de circunstancias que el juez debe conocer; y, eventualmente puede implicar dolo o inexcusable ignorancia*”;

b) Indebida aplicación, misma que se verifica cuando el juez en su fallo deja de aplicar la norma atinente al caso, vale decir, aquella que regula el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, y en su lugar emplea una norma que no es obligatoria ni exigible para el caso en concreto, lo que se conoce en la jerga jurídica como “*error de subsunción*”; y,

c) Errónea interpretación, atribuible básicamente a un defecto hermenéutico, que se presenta en los siguientes supuestos: i) el juez selecciona el precepto legal correcto pero le atribuye un significado jurídico equivocado; ii) al momento de aplicar la norma legal se reduce su radio de acción y alcance y; iii) al desentrañar su significado la tarea intelectiva del juez le orienta a derivaciones dilatadas o limitadas.

Bajo estos presupuestos, al acudir a sede de casación el recurrente debe respetar los hechos y la valoración probatoria realizada por los juzgadores de instancia, derivando su argumentación a cuestiones de pleno derecho, es decir un examen de legalidad en la aplicación de la ley penal.

2.5 De la fundamentación del recurso y vulneraciones legales invocadas por el recurrente

Cuando la Corte de Casación, analiza las pretensiones expuestas por los recurrentes, concentra su estudio en comprobar el cumplimiento de las exigencias formales propias de este medio impugnatorio, en aras de preservar el carácter extraordinario del recurso de casación.

En este sentido, el artículo 349 del estatuto procesal vigente a la fecha del hecho, comina a que el casacionista señale la causal correspondiente, exponiendo los cargos en sustentación del recurso, el motivo, el sentido del ataque y los argumentos que servirían del fundamento para construir su pretensión.

Como se puede evidenciar, los recurrentes han esgrimido varios argumentos, ante lo cual es menester analizarlos de manera individualizada, por lo cual podemos sustraer los cargos propuestos por los señores Luis Ariolfo López Chocho y Doris Magdalena López Contreras; así:

- Falta de motivación en las sentencias de primer y segundo nivel.

- Violación de las normas contenidas en los artículos 75 de la Constitución de la República del Ecuador y 140 del Código de Procedimiento Penal en la sentencia del *a quo*.
- Vulneración de la norma contenida en el artículo 42 del Código Penal.
- Indebida aplicación de las normas contenidas en los artículos 84, 85, 87 y 88 del Código de Procedimiento Penal.

Con relación a los cargos expuestos por los señores Manuel Germánico Tukup Grefa y Mary Margoth Mamallacta Calapucha, tenemos lo siguiente:

- Falta de motivación del fallo recurrido.
- Nulidad procesal por haberse vulnerado la norma.
- Indebida aplicación de las normas contenidas en los artículos 85, 86, 87, 88 y 304A del Código de Procedimiento Penal.
- Indebida aplicación de la norma contenida en el artículo 42 del Código Penal, debiendo aplicarse la contenida en el artículo 19 en concordancia con el 11 ibidem.
- Aplicación del principio de favorabilidad con relación a la pena en la complicidad de Mary Margoth Mamallacta Calapucha.

Luego de confrontados los fundamentos de los recursos de casación y la sentencia del Tribunal de Alzada con el ordenamiento jurídico vigente para el caso, corresponde a este Tribunal restringir su examen al cuestionamiento realizado en la fundamentación oral en los siguientes términos:

2.5.1 Análisis de la fundamentación del recurso de los señores Luis Ariolfo López Chocho y Doris Magdalena López Contreras:

2.5.1.1 De la falta de motivación en las sentencias de primer y segundo nivel.

Los casacionistas en la primera parte de su exposición mencionan que las sentencias de primera y segunda instancia carecen de motivación por no contener el testimonio del ofendido en el hecho denunciado, arguyendo que en la misma no se ha explicado si se ha declarado abandonada o no la acusación particular, indicando que debía aplicarse lo dispuesto en el artículo 311 del Código de Procedimiento Penal; pasando por alto que, el recurrente tiene la obligación de fundamentar su impugnación con base en la sentencia que recurrió, que en este caso es el fallo de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Orellana de 01 de octubre del 2014, las 16h43³.

Con relación a este lineamiento, el autor Humberto Fernández Vega, explica lo siguiente:

“El objeto del recurso de casación lo constituyen las sentencias definitivas de segunda instancia, que son la materia sobre que recae la actividad de los sujetos procesales que permiten su interposición, admisión, tramitación y decisión.”⁴

Tomando el criterio del precitado autor, constatamos que la sentencia que debe ser impugnada dentro del recurso extraordinario de casación es la de segunda instancia, en

³ Cfr. Cuaderno de Corte Provincial de Justicia de Orellana, fs. 09 – 12vta.

⁴ Humberto Fernández Vega, La Casación en el Sistema Penal Acusatorio, 4ta Edición, Editorial Leyer, Bogotá, 2007, p. 51.

virtud de que la misma es la última decisión judicial que ratifica o revoca la decisión del *a quo*; lo contrario devendría en un cargo que no es coherente con las exigencias propias del recurso, volviendo improcedente continuar con el análisis correspondiente.

En consecuencia, al enlazar su exposición también a la falta de motivación en la sentencia de segundo nivel, deviene en que este Tribunal de Casación revise la motivación de ésta con respecto a los cargos esgrimidos, realizando las siguientes consideraciones:

Como es sabido, el postulado de motivación constituye el eje sobre el cual se asegura la recta administración de justicia, siendo una garantía que permite efectivizar los derechos y controlar la dialéctica jurídica propuesta en la sentencia.

En este rumbo podemos decir que:

*“la motivación es un balance escrito de la sentencia, de los fundamentos de hecho y de derecho que llevan al juez a la conclusión (por lo que podría calificarse de diario de viaje de la lógica judicial) y constituye el trámite indispensable para introducir al lector dentro del pensamiento del juez, con el objeto de darle la posibilidad de controlar si en el camino de sus silogismos ha existido, en cualquier punto, una caída o una desviación del camino recto. La motivación legal ha de ser de este modo el espejo revelador de los errores del juzgador”*⁵.

Por tanto la motivación de las decisiones judiciales como exigencia, goza de respaldo constitucional y puede ser satisfecha a través de una argumentación plausible, que refleje la utilización de métodos de interpretación, a fin de alcanzar una de las máximas del garantismo penal “mejor motivación, mayor legitimidad”.

Bajo estos derroteros y como antesala a exponer la *ratio decidendi* de la decisión adoptada por este Tribunal pluripersonal, es importante destacar que, el juzgador al momento de confeccionar el andamiaje del fallo, debe explicar y justificar las razones de *factum* y de *iure* que le asisten para arribar a una conclusión.

En este contexto, la Corte Constitucional del Ecuador en sentencia No. 025-14- SEP-CC, caso No. 0157-12-EP de fecha 12 de febrero de 2014, ha sido constante en precisar que:

“(...) La explicación como tal se refiere a la descripción de las causas que han provocado la aparición del fallo o parte dispositiva, que es su efecto, mientras que la justificación se refiere a las bases jurídicas en las que se apoya la decisión de la sentencia, es la forma de expresar o manifestar y, por supuesto, defender el discurso justificativo (...)”

En tal sentido, el deber del juzgador al dictar una resolución está encaminado a plasmar las razones y motivos que le llevaron a actuar de una forma determinada, así como precisar las razones jurídicas o fundamentos de *jure*, en los cuales se denote que se ha obrado conforme la ley, la justicia y el derecho.

Ahora bien, con respecto al cargo que expone sobre el testimonio no rendido por el ofendido, es menester indicar que, esta proposición ya fue esgrimida por los impugnantes en audiencia de fundamentación del recurso de nulidad, desarrollando su argumento, en los siguientes términos:

“(...) TERCERO.- Los acusados recurrentes en la audiencia oral, pública y contradictoria, al sustentar el recurso de nulidad por intermedio de su defensor, dicen: (...) b) En ninguna parte de los considerandos de la sentencia, se hace constar que el acusador particular haya rendido su testimonio, con lo cual, sus

⁵ Piero Calamandrei, Proceso y Democracia, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1990, p. 118.

defendidos han quedado en la indefensión, se ha vulnerado el derecho al debido proceso, porque al no haberle podido interrogar en la audiencia ante los señores Jueces, se vulneró el derecho a la defensa, ya que pese, a que el señor García estuvo presente en la audiencia no le pudieron interrogar por no haberle receptado su testimonio al que estaba obligado (...)"⁶

Recibiendo contestación a este cargo, de forma concatenada tal como se refleja en el desarrollo en la última parte del considerando TERCERO, de la siguiente manera:

"(...) Escuchadas las argumentaciones y alegaciones de las partes, la Sala considerando que los artículos 439, numeral 2; 510 numeral 1; 612, inciso segundo y en acatamiento de la Segunda Disposición Transitoria del Código Orgánico Integral Penal, prevén que el testimonio de la víctima y/o acusador particular es facultativo dentro de la audiencia de juzgamiento (...)"

Para posteriormente, con base a lo expuesto, concluir así:

"(...) RESUELVE desechar el recurso de nulidad interpuesto por los acusados, advirtiendo que en la sustanciación del proceso, no se encuentran vicios de procedimiento ni violaciones a las garantías constitucionales que influyan en la decisión de la causa. (...)"⁷

Por lo que, se demuestra que el *ad-quem* de manera efectiva efectúa un análisis que resuelve la discusión mantenida en la correspondiente audiencia de segundo nivel, llevando consigo sustento y normativa que da soporte a su propuesta, adecuándose a los hechos facticos, derecho y explicando cómo se llegó a tal conclusión. De manera que, la hipótesis exteriorizada por los recurrentes con relación a este cargo no es estructurada y trascendente para que pueda devenir en la posible aplicación del artículo 311 del Código de Procedimiento Penal⁸ como lo aseveran los impugnantes.

Es importante indicar que, de la revisión de las actuaciones judiciales que reposan en el expediente, se aprecia que no se ha declarado el abandono de la acusación particular y que la misma actuó sin novedad alguna en las etapas inferiores; por lo que, mal haría este Tribunal en pronunciarse sobre hechos que no se han llevado a cabo en la realidad procesal.

Analizada que ha sido la sentencia dictada por los juzgadores de la Corte Provincial de Justicia de Orellana, y de acuerdo a lo expuesto, se considera que, ésta cumple con una motivación fáctica, jurídica y pertinente, en virtud de que los hechos han sido narrados con claridad, y tanto la teoría del caso de la Fiscalía General del Estado, como la de los defensores técnicos de los apelantes, así como las pruebas aportadas por los mencionados sujetos procesales, han sido confrontadas y valoradas de acuerdo a las reglas de la sana crítica, enlazando con el nexo causal la materialidad del delito y la responsabilidad de los señores Luis Ariolfo López Chocho y Doris Magdalena López Contreras mostrándose concordante con la sentencia dictada por el Juez *a quo*, en cuanto a que los hoy procesados, han adecuado su conducta al tipo penal de delito de asesinato, en el grado de tentativa, tipificado y sancionado en el artículo 450, con las circunstancias de los numerales 1 y 5 del Código Penal, modificando la participación en cuanto a la señora Doris Magdalena López Contreras como cómplice en el ilícito; por lo que, al haber esgrimido un cargo genérico que no está guiado a dar soporte a argumentos de una falta de motivación de la sentencia *ad-quem*; por ende, no se aceptan los razonamientos exteriorizados por los casacionistas.

⁶ Cfr. Cuaderno de Corte Provincial de Justicia de Orellana, f. 9.

⁷ Ibíd., f. 9vta.

⁸ Código de Procedimiento Penal, Art. 311.- Absolución.- La sentencia absolutoria no puede estar sujeta a condiciones. Debe ordenar la cesación de todas las medidas cautelares y resolver sobre las costas.

2.5.1.2 De la violación de las normas contenidas en los artículos 75 de la Constitución de la República del Ecuador y 140 del Código de Procedimiento Penal en la sentencia del a quo.

De acuerdo a lo expuesto en el presente cargo, los impugnantes vuelven a guiar sus pretensiones a la sentencia dictada por el Primer Tribunal de Garantías Penales de Orellana, omitiendo que los argumentos deben estar vinculados con el fallo de segunda instancia conforme se indica en el numeral 2.5.1.1 de esta resolución.

Con respecto a la pretensión de violación de las normas constitucionales y procesales, los casacionistas pasan por alto enlazar su proposición en apego a las modalidades de *error in iudicando* taxativamente señaladas en la ley para el efecto, prescindiendo cumplir con un requisito esencial, volviendo incompleto su basamento; y, por consiguiente improcedente.

2.5.1.3 Vulneración de la norma contenida en el artículo 42 del Código Penal.

Ahora bien, refiriéndose a la sentencia de segunda instancia, los impugnantes exteriorizan que se ha vulnerado el artículo 42 del Código Penal para imputar la complicidad a la señora Doris López Contreras; y, también por efectuar una interpretación extensiva con relación a la autoría del señor Luis López Chocho, esgrimiendo una propuesta que no contiene vínculo con una causal casacional, deviniendo en una proposición que no cumple con un requisito trascendental propio de este recurso extraordinario y técnico.

Además, se colige que el impugnante exterioriza que existe vulneración de normas constitucionales y legales, sin enlazar su petición con una de las modalidades de error *in iudicando* previstas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, omitiendo regirse a lo dispuesto en el principio de taxatividad, que “(...) insiere que el impugnante debe ajustar las censuras atendiendo de manera exclusiva a las causales, a los motivos que caracterizan e identifican los sentidos de violación”⁹; en tal virtud, no es procedente el argumento sostenido por los recurrentes.

2.5.1.4 De la indebida aplicación de las normas contenidas en los artículos 84, 85, 87 y 88 del Código de Procedimiento Penal.

Los recurrentes en su tesis han señalado como modalidad de error *in iudicando* a la indebida aplicación de la ley, misma que es conceptualizada por el tratadista Luis Cueva Carrión de la siguiente manera:

*“Lo falso es lo contrario a la verdad, lo simulado. Estamos frente al caso de aplicación indebida de la ley cuando se la aplica en contradicción a sus preceptos, cuando la aplicación de la norma no corresponde a la forma jurídica de su ser; cuando aplicamos una norma que, jurídicamente, no corresponde al caso materia de la resolución, es decir, se yerra en la aplicación de la norma.”*¹⁰

Mientras que, el maestro Orlando Rodríguez Chocontá, citando a Álvaro Pérez Vives, señala que:

*“No se trata que una ley suficientemente explícita dejó de ser aplicada al caso pertinente; tampoco de que una ley oscura fue interpretada en el sentido menos conforme a su espíritu, sino lisa y llanamente que un texto, cuyo contenido nadie discute, ha sido aplicado a un caso que le es manifiestamente extraño o se le ha hecho producir efectos no contemplados en la norma”*¹¹

⁹ Germán Pabón Gómez, De la Casación Penal en el Sistema Acusatorio, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011, p. 120.

¹⁰ Luis Cueva Carrión, La Casación en Materia Penal, 2da. Edición, Quito, 2007, p. 256.

¹¹ Orlando Rodríguez Chocontá, “Casación y Revisión Penal”, Editorial Temis S.A, Bogotá, 2008, p. 239.

Compartiendo el criterio del prenombrado autor, el vicio de indebida aplicación de la ley se perfecciona cuando el recurrente señala qué norma fue aplicada sin corresponder a la realidad fáctica y jurídica del caso, además de exponer la norma que debió haber sido tomada en cuenta, y por supuesto, cómo esta violación incide en la decisión sustancial de la causa.

La tesis principal sostenida por el casacionista afirma que ha existido indebida aplicación de las normas contenidas en los artículos 84¹², 85¹³, 87¹⁴ y 88¹⁵ del Código de Procedimiento Penal, señalando que no se ha demostrado el nexo causal que lo vincule como responsable de los hechos denunciados, omitiendo con indicar a este Tribunal de Casación en qué parte de la sentencia se sitúa el yerro, *cuál era la norma que debía aplicarse*; y, la pertinencia de esta proposición; por lo tanto, al no existir un silogismo válido que demuestra la conjunción entre la norma invocada y la que debía utilizarse, deviene en una proposición casacional incompleta que no amerita trámite.

Ahora bien, con relación a la alusión de normativa que regula a la prueba y a su finalidad, el recurrente sobreviene en cargos tendientes a que este tribunal revise los hechos fácticos, vuelva a valorar medios probatorios y que se les revea sus situaciones jurídicas; lo cual, se encuentra vedado conforme lo establecido en el inciso segundo del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, que señala:

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

Este criterio es desarrollado por la Corte Constitucional, que al identificar los límites del recurso de casación, manifiesta:

“(...) 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, ya que si esto fuera así se desconocería la independencia interna de los jueces y tribunales de garantías penales garantizada en la Constitución de la República en el artículo 168 numeral 1 (...)”¹⁶

Es por esto que, no cabe insistir en esta clase de petitorios, sobre todo cuando se encuentra prohibido expresamente, pues acorde a lo señalado rebasaría las atribuciones otorgadas por la ley, para el conocimiento y resolución de este recurso; por lo que, no se aceptan los razonamientos exteriorizados por los impugnantes.

2.5.2 Análisis de la fundamentación del recurso de los señores Manuel Germánico Tukup Grefa y Mary Margoth Mamallacta Calapucha:

2.5.2.1 De la falta de motivación de la sentencia recurrida.

¹² Código de Procedimiento Penal, Art. 84.- Objeto de la prueba.- Se pueden probar todos los hechos y circunstancias de interés para el caso. Las partes procesales tienen libertad para investigar y practicar pruebas siempre y cuando no contravengan la Ley y derechos de otras personas.

¹³ Art. 85.- Finalidad de la prueba.- La prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado.

¹⁴ Art. 87.- Presunciones.- Las presunciones que el juez de garantías penales o tribunal de garantías penales obtenga en el proceso estarán basadas en indicios probados, graves, precisos y concordantes.

¹⁵ Art. 88.- Presunción del nexo causal.- Para que de los indicios se pueda presumir el nexo causal entre la infracción y sus responsables, es necesario: 1. Que la existencia de la infracción se encuentre comprobada conforme a derecho; 2. Que la presunción se funde en hechos reales y probados y nunca en otras presunciones; y, 3. Que los indicios que sirvan de premisa a la presunción sean: a) Varios; b) Relacionados, tanto con el asunto materia del proceso como con los otros indicios, esto es, que sean concordantes entre sí; c) Univocos, es decir que, todos conduzcan necesariamente a una sola conclusión; y, d) Directos, de modo que conduzcan a establecerla lógica y naturalmente.

¹⁶ Sentencia de la Corte Constitucional N° 001-2013-SEP, Caso N° 1647-11-EP de 06 de febrero de 2013.

Los casacionistas han señalado que la sentencia de segundo nivel no se encuentra motivada en virtud de que no se ha probado la materialidad y su responsabilidad dentro del caso en comento, deviniendo en un cargo muy amplio que no circumscribe un basamento que apoye a esta aseveración; sin embargo, al existir pretensiones que buscan nulidades por falta de motivación en el presente fallo, consideramos pertinente que se realice el análisis con relación a si se cumple con esta obligación, contenida en el artículo 76, numeral 7, literal l) de la Constitución de la República del Ecuador, el mismo que establece que toda resolución debe tener un estándar de motivación, donde se enuncien las normas y principios jurídicos en los que esta encuentre sustento, así como la imperativa necesidad de expresar la importancia de la aplicación de los antecedentes fácticos con derecho, exponiendo una conclusión, puesto que, en caso de que no se cumpla con tales presupuestos, será considerada nula y los responsables de la misma serán sancionados; por lo que, este tribunal procede a realizar el siguiente análisis con relación al cargo expuesto, en los siguientes términos:

En efecto, al examinar el considerando SEXTO del fallo incoado, específicamente en el análisis de materialidad del delito, se puede apreciar que el Tribunal de Alzada enumera la prueba evaucada por los sujetos procesales, señalando que se ha comprobado la existencia material de la siguiente manera:

"(...) b) Testimonio propio del Dr. Patricio Jarrín Molina, quien dice haber realizado el peritaje médico legal al ofendido Rubén Olmedo García Castillo en la Clínica DAME, quien luego de mencionar pormenorizadamente el estado de salud en el que encontró al antes mencionado, manifiesta que en la intervención quirúrgica realizada en el Hospital Carlos Andrade Martín, encontró una perforación del colon transverso, una isquemia del colon, una perforación de la vesícula biliar, líquido fecaloide, dos proyectiles en pared en el hipocondrio derecho, un orificio en el émitorax izquierdo y un trauma hepático grado 2-3 y 6 del hígado. Concluye manifestando que estas heridas son graves y en algún momento comprometieron la vida del paciente, por la perforación del colon, vesícula, lesión del hígado en tres sectores y que se podría presentar problema a futuro. De este testimonio se establece en forma diáfana que las heridas que sufrió el ofendido Rubén Olmedo García Castillo, le pudieron ocasionar la muerte, por cuanto sufrió la lesión de órganos vitales. (...) e) La Fiscalía ha introducido como prueba documental: El informe médico legal suscrito por el Dr. Patricio Jarrín, informes de reconocimiento y reconstrucción del lugar de los hechos, que por haber comparecido sus otorgantes a la audiencia de juzgamiento se tiene por judicializados los mismos (...)”¹⁷ [Sic]

Al determinar el nexo causal el *ad-quem*, en el considerando DÉCIMO se esgrime lo siguiente:

"(...) Advierte además la Sala, que la sentencia emitida por el Tribunal de Garantías Penales, cumple con la motivación exigida por la Constitución y la Ley, pues expresa pormenorizadamente las circunstancias del hecho criminoso, suministra los justificativos en que se funda las conclusiones fácticas, describe los hechos objeto de la adecuación típica y sobre todo, se basa en prueba válidamente introducida en la etapa del juicio, con indicios probados, graves, precisos y concordantes, observando rigurosamente los principios básicos del debido proceso y particularmente el de inmediación; así como lo preceptuado en los Arts. 83, 84, 85 y 86 del Código de Procedimiento Penal, respecto de la legalidad, objeto, finalidad y apreciación de la prueba, llegando a la presunción del nexo causal entre la infracción y sus responsables de acuerdo a lo previsto en el Art. 88 del Código Adjetivo Penal (...)”¹⁸ [Sic]

¹⁷ Cfr. Cuaderno de Corte Provincial de Justicia de Orellana, f. 11.

¹⁸ Ibíd., f. 12.

Por último, el Tribunal de Alzada concluye detallando que se ha probado la responsabilidad de los recurrentes, detallando los hechos fácticos y de derecho que dieron origen a los grados de participación de los hoy recurrentes.

De esta manera, el *ad-quem* ha cumplido con todos los ritos procesales de motivación que exigen los artículos 76, numeral 7, literal l) de la Constitución de la República del Ecuador y 304 A del Código de Procedimiento Penal, demostrando tanto la materialidad y responsabilidad, como el nexo causal que es el puente de los mismos. Por lo que, es necesario señalar que, se encuentra debidamente probada la participación de los impugnantes por medio del nexo causal, sobreviniendo en un argumento desprovisto de cimiento.

2.5.2.2 De la nulidad procesal por haberse vulnerado la norma.

Los recurrentes en su intervención procesal han referido que se ha vulnerado la norma (*sin especificar qué norma*) y que esto deviene en una nulidad procesal que no fue evidenciada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Orellana, efectuando argumentos que no precisan una normativa transgredida y que se ajusten a un modo de error *in iudicando* que den soporte a su fundamentación, evitando que este Tribunal de Casación conduzca su análisis en un desarrollo con base a cimientos propios de la técnica casacional, acaeciendo en un petitorio estéril.

El autor Orlando Rodríguez Chocontá citando al magistrado colombiano Yesid Ramírez Bastidas, señala lo siguiente:

"(...) Es importante que el sujeto procesal que decide demandar la intervención de la Corte entienda la lógica del proceso, reflejada toda ella en las causales legales que permiten la utilización del medio de impugnación extraordinaria (...)".¹⁹

Tomando este criterio, se puede colegir que la proposición jurídica planteada por los encartados debe articular normativa quebrantada y precisar una causal casacional que englobe pretensiones tendientes a corregir los errores de derecho constantes en la decisión judicial impugnada; acaeciendo que, sin este soporte casacional elemental, la proposición se vuelva carente de fundamento.

Sin embargo, de la revisión de la sentencia incoada, se desprende que en audiencia de fundamentación de recurso de apelación fue esgrimido un cargo guiado a que se declare la nulidad procesal por vulneración, el mismo que fue resuelto y por consiguiente negado en virtud de no encontrarse méritos para su procedencia, mismo que inclusive fue citado en el presente fallo en el numeral 2.5.1.1, tornándose un cargo repetitivo propenso a que se vuelva a dirimir pretensiones que ya fueron tratadas por el *ad-quem*.

Por lo que, al prescindir de desarrollar una carga argumentativa casacional alrededor de normativa vulnerada, vuelve a la propuesta enunciada como incompleta y en una alegación que no tiene prosperidad.

2.5.2.3 Indebida aplicación de las normas contenidas en los artículos 85, 86, 87, 88 y 304A del Código de Procedimiento Penal.

Los casacionistas manifiestan que fundan su recurso con base a una indebida aplicación de las normas contenidas en los artículos 85, 86, 87, 88 y 304A del Código de Procedimiento Penal, arguyendo que se han violentado las reglas de la sana crítica; omitiendo inteligenciar a este tribunal en qué parte de la decisión judicial se encuentra el yerro, sin concatenar su basamento con la norma que debía utilizarse en lugar de las vulneradas; y, por consiguiente el modo de subsanar el error; por lo cual, no ha cumplido con un requisito trascendental propio al recurso por su naturaleza

¹⁹ Orlando Rodríguez Chocontá, "Casación y Revisión Penal", Editorial Temis S.A, Bogotá, 2008, p. 240.

extraordinaria y eminentemente técnica, limitándose a hacer observaciones sobre alegaciones que confrontan el relato fáctico y los testimonios rendidos por personas que a su criterio faltan a la verdad, pretendiendo nuevamente que se entre a revisar hechos y valorar prueba constante en la sentencia del *ad-quem*, que como se ha mencionado en puntos anteriores de este fallo, este tribunal no puede entrar a analizar estos aspectos de conformidad con el inciso segundo del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, deviniendo en un cargo que no es procedente.

2.5.2.4 Indebida aplicación de la norma contenida en el artículo 42 del Código Penal, debiendo aplicarse la contenida en el artículo 19 en concordancia con el 11 ibidem.

Los recurrentes al esgrimir que se ha indebidamente aplicado la norma contenida del artículo 42 del Código Penal²⁰, proponiendo que debía aplicarse la contenida en el artículo 19²¹ en concordancia con el 11 ibidem²², argumentando que existió legítima defensa por parte del señor Manuel Germánico Tukup Grefa y que la señora Mary Mamallacta Calapucha no tuvo intervención en los hechos, circunscribe basamentos con los que pretende que configure una legítima defensa dentro del accionar desplegado por el señor Manuel Tukup Grefa y se declare su inocencia.

Al respecto, el autor Javier Villa Stein citando al maestro Luis Jiménez de Asúa, indica que la legítima defensa se configura como:

*“la repulsa o impedimento de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedirla o repelerla”*²³

Del mismo modo, el tratadista Fernando Velásquez Velásquez, lo define así:

*“Como se desprende del tenor legal, la legítima defensa no es más que ejercicio de la violencia para tutelar o proteger un bien jurídico atacado de forma injusta (...)”*²⁴

Efectivamente, la legítima defensa como tal se encuentra contenida en el artículo 19 del Código Penal, disgregando varias circunstancias que deben concurrir a fin de ajustarse la mencionada causa de justificación, las mismas que son:

- a) Actual agresión ilegítima;**
- b) Necesidad racional del medio empleado para repeler dicha agresión; y,**
- c) Falta de provocación suficiente de parte del que se defiende.**

Solo con la afluencia de estos requisitos citado *ut supra*, se podrá establecer que la persona que desarrolló su accionar no ha cometido delito alguno, justificando a la

²⁰ Código Penal, Art. 42.- Se reputan autores los que han perpetrado la infracción, sea de una manera directa e inmediata, sea aconsejando o instigando a otro para que la cometía, cuando el consejo ha determinado la perpetración del delito; los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución; los que han determinado la perpetración del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas, imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo; los que han coadyuvado a la ejecución de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción; y los que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el acto punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin.

²¹ Código Penal, Art. 19.- No comete infracción de ninguna clase el que obra en defensa necesaria de su persona, con tal que concurren las siguientes circunstancias: actual agresión ilegítima; necesidad racional del medio empleado para repeler dicha agresión, y falta de provocación suficiente de parte del que se defiende.

²² Código Penal, Art. 11.- Nadie podrá ser reprimido por un acto previsto por la Ley como infracción, si el acontecimiento dañoso o peligroso de que depende la existencia de la infracción, no es consecuencia de su acción u omisión.

²³ Javier Villa Stein, Derecho Penal Parte General, ARA Editores, Lima, 2014, p. 413.

²⁴ Fernando Velásquez Velásquez, Fundamentos de Derecho Penal Parte General, Ediciones Jurídicas Andrés Morales – Universidad Sergio Arboleda, Primera Edición, Bogotá, 2017, p. 491.

conducta típica que llevó a cabo el denunciado; de manera que, a fin de fundamentar y justificar la conducta del recurrente, se debía demostrar la concurrencia de las circunstancias contenidas en la norma que a su parecer debía aplicarse.

En definitiva este tribunal, considera que si bien se ha enlazado la norma vulnerada con la modalidad de error *in iudicando*, y la normativa que a su parecer debía ser aplicada en lugar de la transgredida, exteriorizando que existió un enfrentamiento verbal y que producto de este altercado, de una arma de fuego sale un tiro que provoca las lesiones en el acusador particular, omite formular un argumento que de soporte a la mentada aseveración, limitándose solamente a advertir cimientos genéricos que inclusive pretenden que se revean hechos y medios probatorios practicados en instancias inferiores, lo cual, se encuentra vedado en esta sede casacional conforme se ha explicado en considerandos anteriores; concluyendo en un cargo improcedente.

2.5.2.5 Aplicación del principio de favorabilidad con respecto a la pena de cómplice de Mary Margoth Mamallacta Calapucha.

Los impugnantes han afirmado que se debe aplicar el principio de favorabilidad con respecto a la situación jurídica de la señora Mary Margoth Mamallacta Calapucha, por cuanto el Código Orgánico Integral Penal ha previsto pena diferente a la del Código Penal con respecto a la complicidad, vertiendo su basamento conforme lo establecido en los artículos 5, numeral 2, 16²⁵ y 43²⁶ del Código Orgánico Integral Penal; por lo que, es imperativo entrar al estudio del principio de favorabilidad a fin de determinar si se ha llevado a cabo tal circunstancia.

La Constitución de la República del Ecuador, en cuanto al principio de favorabilidad, en su artículo 76, numeral 5 establece:

"Art. 76.- 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:

(...) 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora."

De igual manera, el Código Orgánico Integral Penal contempla al mencionado principio en los siguientes términos:

"Art. 5.- Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

²⁵ Código Orgánico Integral Penal, Art. 16.- Ámbito temporal de aplicación.- Los sujetos del proceso penal y las o los juzgadores observarán las siguientes reglas: 1. Toda infracción será juzgada y sancionada con arreglo a las leyes vigentes al momento de su comisión. 2. Se aplicará la ley penal posterior más benigna sin necesidad de petición, de preferencia sobre la ley penal vigente al tiempo de ser cometida la infracción o dictarse sentencia. 3. El ejercicio de la acción y las penas prescribirán de conformidad con este Código. 4. Las infracciones de agresión a un Estado, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito y las acciones legales por daños ambientales son imprescriptibles tanto en la acción como en la pena.

²⁶ Código Orgánico Integral Penal, Art. 43.- Cómplices.- Responderán como cómplices las personas que, en forma dolosa, faciliten o cooperen con actos secundarios, anteriores o simultáneos a la ejecución de una infracción penal, de tal forma que aun sin esos actos, la infracción se habría cometido. No cabe complicidad en las infracciones culposas. Si de las circunstancias de la infracción resulta que la persona acusada de complicidad, coopera en un acto menos grave que el cometido por la autora o el autor, la pena se aplicará solamente en razón del acto que pretendió ejecutar. El cómplice será sancionado con una pena equivalente de un tercio a la mitad de aquella prevista para la o el autor.

(...) 2. *Favorabilidad: en caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción.*"

En tal virtud, podemos colegir que el principio de favorabilidad implica que cuando existe un conflicto entre dos normas de la misma materia, se deberá aplicar la menos rigurosa, al contemplar estas sanciones diferentes.

En el caso *sub iúdice*, el cargo por el cual buscan dar sostén a esta alegación, es el hecho de que al estar en vigencia el Código Orgánico Integral Penal, se pueda aplicar una pena menor a la impuesta por el *ad-quem*, para el efecto es necesario establecer la normativa correspondiente a la aplicación de la pena dentro de la complicidad en los dos cuerpos penales, señalando que:

| CÓDIGO PENAL | CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL |
|--|---|
| Art. 47.- Los cómplices serán reprimidos con la <u>mitad de la pena</u> que se les hubiere impuesto en caso de ser autores del delito. | Art. 43.- Cómplices.- (...) El cómplice será sancionado con una pena equivalente de <u>un tercio a la mitad</u> de aquella prevista para la o el autor. |

Ahora bien, tomando como punto de partida la pena de autor impuesta por el Tribunal de Alzada que establece en sesenta (60) meses de reclusión menor la sanción impuesta a los señores Luis Ariolfo López Chocho y Manuel Germánico Tukup Grefa, se evidencia que al calcular la pena de acuerdo a lo establecido en el artículo 47 del Código Penal, la sanción se encontraría dosificada en la mitad de la del autor; mientras que, de conformidad a lo previsto en el artículo 43 del Código Orgánico Integral Penal, la pena se encontraría dentro del rango de un tercio a la mitad de la pena impuesta al autor, ajustándose a un rango que se encuentra concordante con el del Código Penal, deviniendo en un análisis que no prevé un conflicto entre dos normas que rigen la misma materia, en consecuencia de lo cual, este argumento tampoco es aceptado a trámite, pues sucede en improcedente.

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de Casación, de la Sala Especializada de lo Penal, Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, de la Corte Nacional de justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, por unanimidad:

RESUELVE:

- 1) Declarar improcedentes los recursos planteados por los señores Luis Ariolfo López Chocho, Doris Magdalena López Contreras, Manuel Germánico Tukup y Mary Margoth Mamallacta Calapucha, por falta de fundamento conforme lo expuesto en la parte motiva del fallo.
- 2) No hay mérito para casar de oficio la sentencia impugnada.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen para la ejecución de la presente resolución. - **NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.** - F.- Dr. Miguel Jurado Fabara.- **JUEZ NACIONAL PONENTE.** - f.- Dra. Sylvia Sánchez Insuasti.- **JUEZA NACIONAL.** - f.-

Dr. Marco Maldonado Castro.- **CONJUEZ NACIONAL**.- Certifico.- F.- Dr. Carlos Iván Rodríguez García.- **SECRETARIO RELATOR**:

CERTIFICO: Las nueve (09) fojas que anteceden son iguales a su original

Quito, 23 de noviembre de 2017.

Dra. Ivonne Guamaní León
SECRETARIA RELATORA.

CASO No. 17721-2015-0845
RESOLUCIÓN No. 1212-2017
RECURSO: CASACIÓN
PROCESADO: ISABEL ÑAÑEZ ÁVILA, JOEL RUBEN DÍAZ ALVARADO.
DELITO: ROBO CON MUERTE.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR,
PENAL POLICIA Y TRÁNSITO
JUICIO N° 0845-2015-JCC
DELITO DE ROBO CON MUERTE
RECURSO DE CASACIÓN

JUEZ PONENTE: Dr. Miguel Jurado Fabara
RECURRENTES: Isabel ÑaÑez Ávila (sentenciada)
 Joel Rubén Díaz Alvarado (sentenciado)

Quito, Lunes, 24 de julio de 2017, a las 16h59.-

VISTOS: Celebrada la audiencia oral, pública y de contradictorio este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia procede a dictar el fallo por escrito y debidamente motivado con ocasión del recurso de casación propuesto por los señores Isabel ÑaÑez Ávila y Joel Rubén Díaz Alvarado, en contra de la sentencia de fecha 02 de junio del 2015, las 14h24, a través de la cual el *ad-quem* desecha los recursos de apelación y ratifica la sentencia venida en grado.

1. ANTECEDENTES

1.1 Reseña fáctica.-

El *A-quo* lo sintetizó de la siguiente manera:

“(...) el 24 abril del 2014 después de las 23:30 JUAN JOSE QUILLIGANA SANCHEZ conductor del bus de la Cooperativa Putumayo disco N° 64, se trasladaba en la ruta desde Nueva Loja a Quito, entre los pasajeros había tres personas de los cuales se reconoció a DIAZ ALVARADO JOEL RUBEN Y ÑAÑEZ AVILA ISABEL quienes antes de llegar al control de Santa Cecilia con total conocimiento y voluntad planificando el acto intentaron asaltar el vehículo no teniendo la respuesta positiva del conductor por el km. 10 le dispararon y le causaron la muerte inmediatamente para de acto seguido darse a la fuga y en estos instantes uno de los ayudantes del vehículo los identificó plenamente a los dos procesados autores de este delito (...)”¹ [Sic]

1.2 Actuación procesal relevante.-

- i. El Tribunal de Garantías Penales de Sucumbíos, con fecha 09 de abril de 2015, las 11h42, declara la culpabilidad de los señores Isabel ÑaÑez Ávila y Joel Rubén Díaz Alvarado por considerarlos autores del delito de tentativa de robo con muerte, tipificado y sancionado en los artículos 550 y 552 último inciso del Código Penal, en concordancia con el artículo 16 ibidem, imponiéndoles a cada uno dieciséis (16) años de reclusión mayor ordinaria; y, doce mil (USD 12.000,00) dólares de los Estados Unidos de Norteamérica por concepto de daños y perjuicios que deberán

¹ Cfr. Cuaderno del Tribunal de Garantías Penales Sucumbíos, f. 129vta.

ser cancelados en forma conjunta por los sentenciados a favor de la acusación particular.

- ii. Los sentenciados inconformes con la decisión del *a quo* interponen recursos de apelación, cuyo conocimiento recae en la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos; que el 02 de junio del 2015, las 14h24 resuelve desechar las impugnaciones propuestas y en tal sentido confirma la sentencia venida en grado.
- iii. Los señores Isabel Nañez Ávila y Joel Rubén Díaz Alvarado presentan recursos de casación en atención a lo que disponen los artículos 349, 350, 351 y 352 del Código de Procedimiento Penal, ante esta Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

1.3 Extracto de la fundamentación y contestación de los recursos de casación

Acorde con lo dispuesto en el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, se llevó a cabo la audiencia oral, pública y de contradictorio, en la que los sujetos procesales expresaron:

1.3.1 Síntesis de la fundamentación realizada por parte de la recurrente Isabel Nañez Ávila, a través de su abogado defensor Jorge Vinicio Chela Gómez:

- a) Manifiesta que, recurre de la sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, de 02 de junio del 2015, las 14h24.
- b) Señala que, existe contravención expresa de los artículos 80 y 216, numeral 7 del Código de Procedimiento Penal, en virtud de que los policías han realizado la identificación de los autores del delito con base a un álbum fotográfico, abrogándose funciones que no les compete y sin autorización judicial.
- c) Indica que, existe contravención expresa del artículo 88 del Código de Procedimiento Penal, arguyendo que la sentencia recurrida no tiene motivación en virtud de un inexistente nexo causal.
- d) Expresa que, existe contravención expresa del artículo 152 del Código de Procedimiento Penal.
- e) Exterioriza que, existe indebida aplicación del artículo 330, numeral 3 del Código de Procedimiento Penal, con relación a que existió vulneración de derechos y garantías constitucionales en un allanamiento que no cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 202 del Código de Procedimiento Penal y en la identificación de los presuntos autores del delito.
- f) Solicita que se case la sentencia y se ratifique el estado de inocencia de la recurrente.

1.3.2 Síntesis de la fundamentación realizada por parte del recurrente Joel Rubén Díaz Alvarado, a través de su abogado defensor Gustavo Ludeña:

- a) Manifiesta que, recurre de la sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, de 02 de junio de 2015.
- b) Exterioriza que, existe contravención expresa de las normas contenidas en los artículos 304 A, 250, 252 y 88 del Código de Procedimiento Penal, esgrimiendo

que los jueces no arribaron a la certeza sobre su responsabilidad. El yerro se encuentra en los considerandos sexto y séptimo de la sentencia.

- c) Indica que, se vulnera la norma contenida en el artículo 76, numeral 7, literal l) de la Constitución de la República del Ecuador, señalando que existe falta de motivación por cuanto la misma no hace relación a la prueba documental que justificaba que al momento de los hechos él se encontraba en Quito saliendo a Lago Agrio; y, por no dar contestación a sus cargos esgrimidos.
- d) Señala que, existe contravención expresa de la norma contenida del artículo 88 del Código de Procedimiento Penal, explicando que su conducta es atípica, que no existe nexo causal, y que se ha hecho una interpretación extensiva a la norma, siendo utilizado como chivo expiatorio en el presente caso.
- e) Solicita que se case la sentencia y se ratifique su estado de inocencia.

1.3.3 Intervención realizada por parte del señor doctor Raúl Garcés Llerena, en representación de la Fiscalía General del Estado:

- a) Señala que, la recurrente Isabel Ñañez Ávila en su intervención se refiere a pruebas y que no es procedente.
- b) Con respecto al cargo de nulidad de la sentencia, no es procedente en virtud de que el mismo debió haber sido expuesto en instancias inferiores.
- c) Que, el cargo que esgrime sobre la violación a la norma contenida en el artículo 216, numeral 7 del Código de Procedimiento Penal exteriorizando que no existe error de derecho; y, que con relación a la transgresión a la norma contenida en el artículo 88 del Código de Procedimiento Penal refiere a pruebas.
- d) Indica que, con relación a la intervención del señor Joel Rubén Díaz Alvarado, se habla de una contravención expresa de las normas contenidas en los artículos 304 A, 250, 252 y 88 del Código de Procedimiento Penal haciendo alusión a revaloración de medios probatorios.
- e) Indica que, la sentencia se encuentra debidamente motivada y que debe rechazarse los recursos expuestos por los impugnantes.

1.3.4 Réplica realizada por parte de la recurrente Isabel Ñañez Ávila, a través de su abogado defensor Jorge Vinicio Chela Gómez:

- a) Esgrime que, en el considerando noveno de la sentencia los jueces no aplican el principio de congruencia.

1.3.5 Réplica realizada por parte del recurrente Joel Rubén Díaz Alvarado, a través de su abogado defensor Gustavo Ludeña:

- a) Manifiesta que, no ha explicado cargos que tengan referencia con revaloración de prueba, que únicamente ha mencionado que los jueces no aplicaron la sana crítica para llegar a la certeza.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

El Consejo de la Judicatura mediante Resolución N° 08-2015 de fecha 22 de enero de 2015, aprueba la integración de la Corte Nacional de Justicia, misma que ejerce jurisdicción a nivel nacional, de conformidad con el artículo 182, último inciso, de la Constitución de la República del Ecuador y 172 del Código Orgánico de la Función Judicial.

La Sala 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 N°. 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 N°. 01-2015 y 02-2015 de 25 de febrero de 2015.

Luego del sorteo de Ley, el Tribunal queda conformado por el señor doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional Ponente, de conformidad con el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial; señor doctor Oscar Enríquez Villacrés, Conjuez Nacional, quien actúa por licencia concedida a la señora doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional, según oficio N°. 270-SG-CNJ-ROG de 24 de febrero del 2017, suscrito por el señor doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia; y, señor doctor Edgar Flores Mier, Conjuez Nacional, quien actúa por licencia concedida al señor doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional, según oficio N°. 156-SG-CNJ-ROG de 02 de febrero del 2017, suscrito por el señor doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

2.2 Trámite

De conformidad con la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial N°. 180 de 10 de febrero de 2014, corresponde aplicar las normas vigentes al tiempo del inicio del proceso, 30 de abril del 2014², que para el caso, in examine, son las contenidas en el Código Penal y Código de Procedimiento Penal.

2.3 Validez Procesal

Los recursos de casación han sido tramitados en virtud de lo dispuesto en los artículos 349, 351 y 352 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con lo estipulado en el artículo 184 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, al no haberse advertido causal que pueda nulizar o afectar al mismo, en consecuencia se declara su validez.

2.4 Reflexiones sobre el recurso de casación

La casación desde sus orígenes ha sido entendida como un medio que asegura la sujeción de los juzgadores al imperio de la legalidad sustancial y procesal, lo cual permite una correcta aplicación y observancia del derecho positivo en las resoluciones judiciales. Prima facie debemos partir de que el recurso de casación es extraordinaria y de carácter formal y, su importancia reside en que el Tribunal de Casación solo puede pronunciarse sobre la legalidad de la sentencia (errores in iudicando), por lo que las juezas y jueces están impedidos de realizar un nuevo examen de la prueba actuada, limitados a enmendar los posibles errores de derecho cometidos en el acto de juzgar.

² Cfr. Cuaderno del Tribunal de Garantías Penales de Sucumbíos, f. 06.

Como bien señala el maestro Fabio Calderón Botero:

“el error in indicando es de derecho cuando expresa un falso juicio de valor sobre la norma. Ese juicio erróneo puede recaer sobre su existencia, su selección o su hermenéutica. Se entiende que afecta su existencia, el error de tener como vigente un precepto no promulgado o previamente derogado; que altere su selección, el haberse equivocado en la escogencia de la norma para regular una situación dada; y, por último, que desvirtúe su hermenéutica, el interpretar incorrectamente su sentido (...)”³

En nuestra opinión, el recurso de casación en la forma prevista en nuestra ley positiva, está encaminado a corregir yerros intelectivos que se presentan en el plano normativo de la ley, es decir, errores de puro derecho, mismos que son atribuibles a los tribunales de segunda instancia, con base a un defecto cognoscitivo que se avizora en el raciocinio que realiza el juzgador.

Bajo este escenario, atendiendo a las características del instituto de la casación de ser limitado y extraordinario, su procedencia se circunscribe a la violación de la ley, bajo tres premisas:

- a) Contravención expresa de su texto**, cuyo significado literal alude a “*obrar en contra de lo que está mandado*”, es decir, desatender lo que la norma prescriptiva manda, prohíbe o permite, cuya violación en el plano jurídico se sintetiza en los siguientes presupuestos: i) desconocimiento de la existencia de la norma; y, ii) falta de consideraciones su ámbito material de la validez: tiempo y espacio. Siendo así la contravención expresa de la ley, como bien afirma, Manuel de la Plaza, citado por Fabio Calderón Botero “*por obvias razones, es el menos frecuente, porque implica desconocimiento total de circunstancias que el juez debe conocer; y, eventualmente puede implicar dolo o intencurable ignorancia*”;
- b) Indebida aplicación**, misma que se verifica cuando el juzgador en su fallo deja de aplicar la norma atinente al caso, vale decir, aquella que regula el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, y en su lugar emplea una norma que no es obligatoria ni exigible para el caso en concreto, lo que se conoce en la jerga jurídica como “*error de subsunción*”; y,
- c) Errónea interpretación**, atribuible básicamente a un defecto hermenéutico, que se presenta en los siguientes supuestos: i) el juzgador selecciona el precepto legal correcto pero le atribuye un significado jurídico equivocado; ii) al momento de aplicar la norma legal se reduce su radio de acción y alcance y; iii) al desentrañar su significado la tarea intelectiva del juzgador le orienta a derivaciones dilatadas o limitadas.

Bajo estos presupuestos al acudir a sede de casación el recurrente debe respetar los hechos y la valoración probatoria realizado por los juzgadores de instancia, derivando su argumentación a cuestiones de pleno derecho, es decir un examen de legalidad en la aplicación de la ley penal.

2.5 De la fundamentación del recurso y vulneraciones legales invocadas por los recurrentes

Cuando la Corte de Casación, analiza las pretensiones expuestas por los recurrentes, concentra su estudio en comprobar el cumplimiento de las exigencias formales propias

³ Fabio Calderón Botero, “Casación y Revisión en Materia Penal”, 2º ed., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1985, p. 14.

de este medio impugnatorio, en aras de preservar el carácter extraordinario del recurso de casación.

En este sentido, el artículo 349 del estatuto procesal vigente a la fecha del hecho, conmina a que la casacionista señale la causal correspondiente, exponiendo los cargos en sustentación del recurso, el motivo, el sentido del ataque y los argumentos que servirían del fundamento para construir su pretensión.

Como se puede evidenciar, los recurrentes han esgrimido varios argumentos, ante lo cual es menester analizarlos de manera individualizada, por lo cual podemos sustraer los cargos propuestos por la señora Isabel Ñaíez Ávila; así:

- Contravención expresa de las normas contenidas en los artículos 80 y 216, numeral 7 del Código de Procedimiento Penal.
- Contravención expresa de la norma contenida en el artículo 88 del Código de Procedimiento Penal.
- Contravención expresa de la norma contenida en el artículo 152 del Código de Procedimiento Penal.
- Indebida aplicación de la norma contenida en el artículo 330, numeral 3 del Código de Procedimiento Penal.

Con relación a los cargos expuestos por el señor Joel Rubén Díaz Alvarado, tenemos lo siguiente:

- Vulneración de la norma contenida en el artículo 76, numeral 7, literal l) de la Constitución de la República del Ecuador que acarrea falta de motivación.
- Contravención expresa de las normas contenidas en los artículos 304 A, 250, 252 y 88 del Código de Procedimiento Penal.
- Contravención expresa de la norma contenida en el artículo 88 del Código de Procedimiento Penal.

Luego de confrontados los fundamentos de los recursos de casación y la sentencia del Tribunal de Alzada con el ordenamiento jurídico vigente para el caso, corresponde a este Tribunal restringir su examen al cuestionamiento realizado en la fundamentación oral en los siguientes términos:

2.5.1 Análisis de la fundamentación del recurso de la señora Isabel Ñaíez Ávila:

2.5.1.1 De la contravención expresa de las normas contenidas en los artículos 80 y 216, numeral 7 del Código de Procedimiento Penal.

La casacionista en su exposición menciona que, el fallo dictado por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, con fecha 02 de junio de 2015, contiene errores de derecho, arguyendo que existe contravención expresa de los artículos 80 y 216, numeral 7 del Código de Procedimiento Penal; para lo cual, este tribunal procede a realizar las siguientes consideraciones.

Con el fin de conceptualizar a la contravención expresa, el tratadista Luis Cueva Carrión, señala lo siguiente:

“La violación expresa de la ley se produce cuando en forma franca y directa se quebranta el precepto legal: no aplicándola, aplicándola solamente en parte o aplicando una norma no vigente (...) En forma expresa, se puede violar la ley, por acción o por omisión (...) Se viola la ley por acción cuando el juez aplica una norma que perdió vigencia o cuando, en su imaginación, crea una y le da vida jurídica aplicándola al caso que juzga (...) Se viola la ley por omisión cuando el juez no aplica la norma jurídica o cuando la aplica solamente en parte”⁴

Tomando el criterio del precitado autor, constatamos que el vicio de violación de la ley por contravención expresa de su texto, implica el hecho de que no se la tome en cuenta, o se la aplique de manera parcial, lo cual atenta contra la finalidad para la cual fue creada.

Como primer cargo, la impugnante ha afirmado que el tribunal *ad-quem* ha contravenido expresamente los artículos 80⁵ y 216, numeral 7 del Código de Procedimiento Penal⁶, sosteniendo que los policías realizaron una identificación de los sospechosos con base a un álbum fotográfico, omitiendo obtener la autorización judicial correspondiente, acaeciendo en una abrogándose funciones.

En consecuencia, la recurrente al argüir este yerro tiene la obligación de explicar si estas normas procesales no fueron aplicadas o si solo lo fueron en parte, debiendo enlazar su pretensión con lo establecido en la sentencia impugnada; no obstante, de los basamentos esgrimidos no se desprende que se haya fundamentado cómo estas normas fueron transgredidas, limitándose a exponer presupuestos fácticos tendientes a requerir nulidades procesales que ya fueron saneadas en las etapas correspondientes.

Es importante mencionar que, de la revisión del considerando TERCERO de la decisión judicial incoada, se desprende que la recurrente fundamenta su recurso de nulidad ante el *Ad-quem*, bajo los siguientes términos:

“(...) La recurrente ciudadana Isabel Náñez Ávila, por intermedio de su defensor manifiesta que la sentencia no reúne los requisitos del Art. 309.2 del Código de Procedimiento Penal, esto es, que no se ha relacionado el hecho punible con los actos del acusado; de igual manera que en el considerando noveno de la sentencia, se ha determinado como se ha logrado establecer la responsabilidad de su patrocinada, que el acto acusado no se halla demostrado; que si bien es cierto, en la sentencia constan disposiciones legales, esto es la fundamentación en derecho, pero no existe una suficiente motivación sobre la pertinencia de aplicación de dichas normas; que a su defendida se lo ha identificado únicamente por los rayos que tiene en su cabello y mediante un álbum que dicen consta en la Policía Judicial, lo cual no debería existir porque a decir de su abogado no tiene antecedentes; que existe un allanamiento, en donde no encontraron nada pero que nunca se elaboró el acta respectiva, como así lo dispone el Art. 202 del Código de Procedimiento Penal, en tal virtud y con esos

⁴ Luis Cueva Carrión, “La Casación en Materia Penal”, Tomo III, Quito, 1995, p. 185.

⁵ Código de Procedimiento Penal, Art. 80.- Ineficacia probatoria.- Toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías.

⁶ Código de Procedimiento Penal, Art. 216.- Atribuciones del Fiscal.- El Fiscal deberá, especialmente: “(...) 7. Solicitar al juez de garantías penales que realice la identificación del sospechoso o del procesado, cuando el agraviado o los declarantes no conozcan el nombre y apellido de la persona a la que consideran incriminada en el delito que es objeto del proceso, pero aseguren que la reconocerían si volvieran a verla. Esta diligencia, se cumplirá en presencia del abogado de la defensa de acuerdo a las siguientes reglas: a) El juez de garantías penales, el secretario y el agraviado, o el declarante en su caso pasarán al lugar donde se encuentre el sospechoso y, colocado éste en el puesto que hubiere escogido entre diez o más individuos, lo más análogamente vestidos, el juez de garantías penales preguntará a la persona que debe realizar la identificación, si en el grupo que tiene frente a él se encuentra el sospechoso; b) Si el agraviado o el declarante respondiere afirmativamente, el juez de garantías penales ordenará que señale a la persona a quien se refirió en el momento de declarar; y, c) De lo practicado en el acto de identificación se sentará el acta correspondiente, con las firmas del Juez de garantías penales, Secretario e identificador. Este mismo procedimiento de identificación se observará cuando se trate de personas homónimas. (...)”

antecedentes solicita se declare la nulidad procesal a partir del allanamiento. (...)”⁷ [Sic]

Más adelante en el acápite CUARTO de la misma decisión judicial, los juzgadores de segundo nivel dan contestación a los argumentos citados *ut supra*, señalando lo siguiente:

“(...) La Sala ha deliberado y resuelto lo siguiente: La argumentación que hace el defensor de la sentenciada se refiere a una indagación previa, como es de conocimiento de los señores abogados, la indagación previa no es una etapa del proceso penal, simplemente hay investigación, durante la indagación previa estuvieron representados los sujetos investigados por el defensor público, igualmente el Art. 330 numeral tercero, habla de un procedimiento policial dentro de un proceso, aquí no hay proceso aun en la indagación previa, consecuentemente no puede ser aceptada su petición, igualmente cuando hubo la audiencia de formulación de dictamen estuvo patrocinado por un profesional del Derecho, en la que el juez de instancia ha considerado que sobre cuestiones de procedimiento, prejudicialidad, procedibilidad, y competencia, no se tenía nada que considerarse, por cuanto la actuación del fiscal estaba apegado a la Constitución; más sin embargo, esta Sala ha resuelto desechar el recurso de nulidad, toda vez que, además de lo manifestado anteriormente, a decir de la defensa, los actos que dice vulnera sus derechos, la Sala considera que los mismos en nada influyen en la decisión de la causa, toda vez que la misma defensa dice que durante el allanamiento no han encontrado nada, y si no encontraron nada, tampoco influye en la decisión; en cuanto se refiere a que ha sido identificada en un álbum, era obvio que para ubicar a una persona que se presume cometió un delito y se desconoce su identidad, era necesario que la Policía especializada agote los medios a su alcance para poder localizar o identificar a esa persona, a fin de que las investigaciones puedan avanzar. CUARTO.- La revisión de los autos, permite determinar si al proceso que es materia de la especie, se le ha dado el trámite que conforme a derecho corresponde y lo cual de ningún modo permite viabilizar la declaración de nulidad que prescribe el Art. 330 numeral 3 del Código de Procedimiento Penal, más aun cuando los vicios que pudieron existir, fueron solventados en la audiencia preparatoria del juicio conforme lo establece el Art. 226.1 del Código de Procedimiento Penal, como adicionalmente tampoco aquella, que supletoriamente determina el Art. 1014 del Código de Procedimiento Civil, Supletorio en lo Penal. En definitiva, no se observa de modo alguno la trasgresión de la referida solemnidad como impropiamente alega el impugnante, en consecuencia y al estimar que no existe tales violaciones, la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, resuelve rechazar el recurso de nulidad recurrido, por no existir fundamento legal (...)”⁸ [Sic]

De lo explicado en líneas anteriores, es menester indicar que las pretensiones que fueron fundadas en el presente recurso ya fueron resueltas dentro del recurso de nulidad, en el que se concluyó señalando que no proceden y que no existe mérito de depurar supuestos yerros *in procedendo* que no tienen mérito de ser tratados en virtud de no encontrar asidero dentro de una nulidad procesal.

2.5.1.2 De la contravención expresa de la norma contenida en el artículo 88 del Código de Procedimiento Penal.

En cuanto a la contravención expresa del artículo 88 del Código de Procedimiento Penal⁹, la impugnante ha fundado su cargo con base a que la sentencia recurrida no se

⁷ Cfr. Cuaderno de Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, f. 17vta.

⁸ Cfr. Cuaderno de Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, f. 17.

⁹ Art. 88.- Presunción del nexo causal.- Para que de los indicios se pueda presumir el nexo causal entre la infracción y sus responsables, es necesario: 1. Que la existencia de la infracción se encuentre comprobada conforme a derecho; 2. Que la

encuentra motivada al no fundar con medios probatorios practicados la existencia de un nexo causal.

Con respecto a este cargo, la casacionista a pesar de ubicar el lugar del error en la sentencia, omite señalar si la norma vulnerada fue inaplicada totalmente o de forma parcial, debiendo inteligenciar a este tribunal de qué manera no se aplicaron las circunstancias que prevé la norma vulnerada, deviniendo en una proposición que no presta soporte claro y preciso que justifique la ausencia de este puente entre la materialidad y responsabilidad de la encartada, acaeciendo en un cargo casacional que es incompleto.

No obstante, de la revisión del fallo en examen, de la parte pertinente que tiene relación con el nexo causal, se desarrolla lo siguiente:

"(...) En cuanto a la responsabilidad de los procesados y recurrentes también está demostrada con el testimonio del señor Rubén Basurto García quien al momento de los hechos se desempeñaba como controlador de la unidad y quien de manera pormenorizada describe lo sucedido y lo más importante identifica a los ciudadanos involucrados en el delito y hoy recurrentes, situación que para los juzgadores existen varios indicios, relacionados, unívocos y directos sobre el nexo causal entre la infracción y la responsabilidad de los procesados de conformidad a lo que establece el art. 88 del Código de procedimiento Penal, más aún cuando el controlador ilustra al Tribunal al decir que las personas que se encuentran en la sala son los mismos que participaron en el ilícito (...)"¹⁰ [Sic]

De manera que, queda claro que los juzgadores del *ad quem* arriban al convencimiento del nexo causal existente entre la materialidad y responsabilidad de la recurrente y del señor Joel Rubén Díaz Alvarado dentro del delito pesquisado.

Además, es importante mencionar que la casacionista al argüir que la Fiscalía General del Estado no participó con acervo probatorio en el proceso y que debido a esto no se ha podido probar el nexo causal, se estaría proyectando que este tribunal entre a analizar medios probatorios que fueron anunciados, practicados y valorados en el transcurso de las etapas correspondientes, lo cual se encuentra vedado conforme lo establecido en el inciso segundo del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, que señala:

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

Este criterio es desarrollado por la Corte Constitucional, que al identificar los límites del recurso de casación, manifiesta:

"(...) 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, ya que si esto fuera así se desconocería la independencia interna de los jueces y tribunales de garantías penales garantizada en la Constitución de la República en el artículo 168 numeral 1 (...)"¹¹

Es por esto que, no cabe insistir en esta clase de petitorios, sobre todo cuando se encuentra prohibido expresamente, pues acorde a lo señalado rebasaría las atribuciones otorgadas por la ley, para el conocimiento y resolución de este recurso.

presunción se funde en hechos reales y probados y nunca en otras presunciones; y, 3. Que los indicios que sirvan de premisa a la presunción sean: a) Varios; b) Relacionados, tanto con el asunto materia del proceso como con los otros indicios, esto es, que sean concordantes entre sí; c) Univocos, es decir que, todos conduzcan necesariamente a una sola conclusión; y, d) Directos, de modo que conduzcan a establecerla lógica y naturalmente.

¹⁰ Cfr. Cuaderno de Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, f. 22vta.

¹¹ Sentencia de la Corte Constitucional N° 001-2013-SEP, Caso N° 1647-11-EP de 06 de febrero de 2013.

2.5.1.3 De la contravención expresa de la norma contenida en el artículo 152 del Código de Procedimiento Penal.

Al esgrimir que, existe contravención expresa de la norma contenida en el artículo 152 del Código de Procedimiento Penal¹², la encartada solamente se limita a conjugar la modalidad *in iudicando* con la norma procesal, pasando por alto que, se establezca en que parte del fallo se encuentra el yerro alegado y la norma que debía utilizarse en lugar de la vulnerada, prescindiendo de enlazar el error de derecho con el soporte casacional propio de la causal invocada, sobreviniendo en una proposición incompleta que impide que se pueda ser analizada. Ante la carencia de estos cimientos, deviene en un cargo genérico e incompleto por no apuntalar basamento de fondo de esta aseveración.

Cabe indicar además que, de la lectura de la norma señalada, se desprende que la misma no tiene relación con el momento procesal; por lo que, al no guardar coherencia con la relación fáctica, esta acaece en estéril.

2.5.1.4 De la indebida aplicación del artículo 330, numeral 3 del Código de Procedimiento Penal.

La casacionista en su tesis ha señalado como modalidad de error *in iudicando* a la indebida aplicación de la ley, misma que es conceptualizada por el tratadista Luis Cueva Carrión de la siguiente manera:

*"Lo falso es lo contrario a la verdad, lo simulado. Estamos frente al caso de aplicación indebida de la ley cuando se la aplica en contradicción a sus preceptos, cuando la aplicación de la norma no corresponde a la forma jurídica de su ser; cuando aplicamos una norma que, jurídicamente, no corresponde al caso materia de la resolución, es decir, se yerra en la aplicación de la norma."*¹³

Compartiendo el criterio del prenombrado autor, el vicio de indebida aplicación de la ley se perfecciona cuando el recurrente señala qué norma fue aplicada sin corresponder a la realidad fáctica y jurídica del caso, además de exponer la norma que debió haber sido tomada en cuenta, y por supuesto, cómo esta violación incide en la decisión sustancial de la causa.

La tesis principal sostenida por la casacionista afirma que ha existido indebida aplicación del artículo 330, numeral 3 del Código de Procedimiento Penal¹⁴, efectuando argumentos que están guiados a atacar los procedimientos cumplidos en la ejecución de diligencias realizadas en la investigación del hecho, omitiendo cumplir con indicar en que parte de la sentencia se sitúa el yerro, la norma que debía aplicarse en lugar de la invocada; y, el análisis de pertinencia de esta proposición; por lo tanto, al no existir un silogismo válido entre las normas invocadas, deviene en una proposición casacional incompleta.

Es menester indicar que, en el acápite 2.5.1.1 de esta decisión judicial ya se mencionó que este cargo que pretende nulidades procesales ya fue esgrimido por la sentenciada dentro del recurso de nulidad resuelto en la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos; de manera que, se vuelve inoficioso retomar este requerimiento.

¹² Art. 152.- Otros documentos.- Cuando la infracción o la culpabilidad del encausado se pudieren probar por documentos que no sean de los mencionados en el Art. 150, el Fiscal los examinará. No podrá hacerse este examen sino en presencia del procesado o de su defensor, si los hubiere, o, a falta de estos, ante dos testigos, quienes jurarán guardar reserva. Se redactará el acta de la diligencia, que deberá ser firmada por los concurrentes. Si los documentos contuvieren datos relacionados con la infracción, se los agregará al expediente, después de rubricados. En caso contrario, se los devolverá al interesado.

¹³ Luis Cueva Carrión, La Casación en Materia Penal, 2da. Edición, Quito, 2007, p. 256.

¹⁴ Art. 330.- Causas de nulidad.- Habrá lugar a la declaración de nulidad, en los siguientes casos: (...) 3. Cuando en la sustanciación del proceso se hubiere violado el trámite previsto en la ley, siempre que tal violación hubiere influido en la decisión de la causa.

2.5.2 Análisis de la fundamentación del recurso del señor Joel Rubén Díaz Alvarado:

2.5.2.1 De la vulneración de la norma contenida en el artículo 76, numeral 7, literal l) de la Constitución de la República del Ecuador que acarrea falta de motivación.

El casacionista en su exposición menciona que la sentencia de segunda instancia carece de motivación por no hacer mención a la prueba documental que justificaba que él se encontraba en otro lugar a la fecha y hora de los hechos; y, por no dar contestación a los cargos esgrimidos.

En consecuencia, al enlazar su exposición con una falta de motivación, deviene en que este Tribunal de Casación revise la motivación de ésta con respecto a los cargos expuestos, realizando las siguientes consideraciones:

Como es sabido, el postulado de motivación constituye el eje sobre el cual se asegura la recta administración de justicia, siendo una garantía que permite efectivizar los derechos y controlar la dialéctica jurídica propuesta en la sentencia.

En este rumbo podemos decir que:

“la motivación es un balance escrito de la sentencia, de los fundamentos de hecho y de derecho que llevan al juez a la conclusión (por lo que podría calificarse de diario de viaje de la lógica judicial) y constituye el trámite indispensable para introducir al lector dentro del pensamiento del juez, con el objeto de darle la posibilidad de controlar si en el camino de sus silogismos ha existido, en cualquier punto, una caída o una desviación del camino recto. La motivación legal ha de ser de este modo el espejo revelador de los errores del juzgador”¹⁵.

Por tanto la motivación de las decisiones judiciales como exigencia, goza de respaldo constitucional y puede ser satisfecha a través de una argumentación plausible, que refleje la utilización de métodos de interpretación, a fin de alcanzar una de las máximas del Garantismo penal “mejor motivación, mayor legitimidad”.

Bajo estos derroteros y como antesala a exponer la *ratio decidendi* de la decisión adoptada por este Tribunal pluripersonal, es importante destacar que, el juzgador al momento de confeccionar el andamiaje del fallo, debe explicar y justificar las razones de *factum* y de *iure* que le asisten para arribar a una conclusión.

En este contexto, la Corte Constitucional del Ecuador en sentencia No. 025-14- SEP-CC, caso No. 0157-12-EP de fecha 12 de febrero de 2014, ha sido constante en precisar que:

“(...) La explicación como tal se refiere a la descripción de las causas que han provocado la aparición del fallo o parte dispositiva, que es su efecto, mientras que la justificación se refiere a las bases jurídicas en las que se apoya la decisión de la sentencia, es la forma de expresar o manifestar y, por supuesto, defender el discurso justificativo (...)”

En tal sentido, el deber del juzgador al dictar una resolución está encaminado a plasmar las razones y motivos que le llevaron a actuar de una forma determinada, así como precisar las razones jurídicas o fundamentos de *jure*, en los cuales se denote que se ha obrado conforme la ley, la justicia y el derecho.

Ahora bien, con respecto al cargo en el que señala que no se ha mencionado en el fallo recurrido sobre el boleto de la Cooperativa de Transportes Baños, del viaje de Quito a

¹⁵ Piero Calamandrei, Proceso y Democracia, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1990, p. 118.

Lago Agrio, es menester indicar que, dentro del considerando NOVENO, específicamente en la última parte del mismo, se desarrolla el siguiente argumento, bajo los siguientes términos:

"(...) Ahora bien es necesario resaltar que si bien es cierto existe un boleto de viaje de Quito a Lago Agrio a favor del ciudadano Joel Díaz, pero no existe una evidencia certera que demuestre que haya viajado ese día, a esa hora y en esa unidad de Quito a Lago Agrio, lo podría considerarse como el inicio del Iter-criminis, esto es armar una coartada para generar una duda buscando la impunidad del delito. (...)”¹⁶ [Sic]

Una vez verificado que se ha dado contestación a la proposición relacionada con el boleto de viaje en transporte público, se concluye que el tribunal de alzada dentro de su motivación ha cumplido con resolver el cargo expuesto y de forma concatenada ha reflejado la misma en la conclusión de la decisión judicial incoada.

Con relación a la alegación referente a que no se ha dado contestación a los cargos expuestos en su recurso de apelación, este tribunal contrasta el considerando SEXTO que contiene las proposiciones jurídicas del recurrente, encontrando que son los siguientes:

"(...) En el mismo sentido el señor Joel Rubén Díaz Alvarado a través de su defensor dice que de la misma manera su patrocinado fue identificado en un álbum fotográfico, que fue detenido en el hospital por cuanto se hallaba herido de bala por un disparo que había recibido, que el controlador Basurto García le identifica solo el rostro; que al momento de resolver no se ha considerado el boleto que ha presentado mediante el cual demostraba que ese día, a esa hora, él viajaba de Quito a Lago Agrio, que los testigos que anunció no se los ha recibido sus declaraciones en el Tribunal, y concluye solicitando se revoque la sentencia del Tribunal y se confirme su estado de inocencia. (...)”¹⁷

Para posteriormente, en el considerando NOVENO, con base a lo expuesto, concluir así:

"(...) Por su parte, Joel Díaz que es el otro procesado dice que el día de los hechos él se encontraba jugando en la ciudad de Quito hasta las 7 y luego decidió venir a Lago Agrio, y que ha sido detenido en el hospital porque le habían disparado, sin determinar en qué circunstancia ha recibido tal disparo, de igual manera dice que a la otra procesada le conoció hace 15 días, cuyos testimonios son contradictorios entre sí, incluso la de los testigos que presenta la señora Ñaíez Isabel, lo que significa que tanto los testimonios de los procesados como de los testigos no pueden ser considerados como prueba de descargo, por falta de credibilidad. De conformidad a lo que determina el Art. 91 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, mediante la prueba material se ha demostrado la existencia de la infracción a través del informe de levantamiento del cadáver del señor Juan José Quilligana Sánchez quien era el conductor del automotor, de igual manera consta el informe de autopsia en el que se determinan las circunstancias de la muerte, producto de disparos por arma de fuego en su humanidad; consta el informe pericial de inspección ocular técnica del lugar, en el que se describe el lugar donde sucedieron los hechos, así como también la forma de como se le encontró el cadáver describiéndose los orificios perforativos producto de los impactos de bala no solo en el cuerpo sino también en diferentes partes del bus, y el choque que este sufrió luego de la

¹⁶ Cfr. Cuaderno de Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, f. 22vta.

¹⁷ Cfr. Cuaderno de Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, f. 18.

muerte del conductor; consta el informe técnico pericial de reconocimiento de evidencias físicas realizadas en el bus y demás evidencias recogidas en el lugar como son documentos y 3 balas disparadas (ojivas), es decir la materialidad de la infracción está plenamente demostrada. En cuanto a la responsabilidad de los procesados y recurrentes también está demostrada con el testimonio del señor Rubén Basurto García quien al momento de los hechos se desempeñaba como controlador de la unidad y quien de manera pormenorizada describe lo sucedido y lo más importante identifica a los ciudadanos involucrados en el delito y hoy recurrentes, situación que para los juzgadores existen varios indicios, relacionados, unívocos y directos sobre el nexo causal entre la infracción y la responsabilidad de los procesados de conformidad a lo que establece el art. 88 del Código de procedimiento Penal, más aún cuando el controlador ilustra al Tribunal al decir que las personas que se encuentran en la sala son los mismos que participaron en el ilícito (...)"¹⁸

Por lo que, se demuestra que el *ad quem* de manera efectiva efectúa un análisis que resuelve la discusión mantenida en la correspondiente audiencia de segundo nivel, llevando consigo sustento y normativa que da soporte a su propuesta, adecuándose a los hechos facticos, derecho y explicando cómo se llegó a tal conclusión. De manera que, la hipótesis exteriorizada por el impugnante con relación a este cargo no es estructurada y trascendente para que pueda devenir en la posible falta de motivación y consecuente nulidad como lo asevera el impugnante.

Analizada que ha sido la sentencia dictada por los juzgadores de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, y de acuerdo a lo expuesto, se considera que, ésta cumple con una motivación fáctica, jurídica y pertinente, en virtud de que los hechos han sido narrados con claridad, y tanto la teoría del caso de la Fiscalía General del Estado, como la de los defensores técnicos de los apelantes, así como las pruebas aportadas por los mencionados sujetos procesales, han sido confrontadas y valoradas de acuerdo a las reglas de la sana crítica, enlazando con el nexo causal la materialidad del delito y la responsabilidad de los señores Isabel Náñez Ávila y Joel Díaz Alvarado mostrándose concordante con la sentencia dictada por el Juez *a quo*; por lo que, al haber esgrimido un cargo genérico que no está guiado a dar soporte a argumentos de una falta de motivación de la sentencia *ad quem*; por ende, no se acepta el razonamiento exteriorizado por el casacionista.

2.5.2.2 De la contravención expresa de las normas contenidas en los artículos 88, 304A, 250, 252 del Código de Procedimiento Penal.

El casacionista manifiesta que se efectuó una contravención expresa de las normas contenidas en los artículos 88, 304A, 250 y 252 del Código de Procedimiento Penal, desarrollando su tesis en indicar que los juzgadores no arribaron a la certeza de su responsabilidad en el ilícito, exponiendo que el yerro se encuentra ubicado en los considerandos sexto y séptimo de la sentencia; sin embargo, el recurrente omite explicar a este órgano jurisdiccional de qué manera se vulneraron las normas invocadas de acuerdo a la naturaleza de la modalidad *in iudicando* señalada para el efecto; y, por consiguiente el modo de subsanar el error; por lo cual, no ha cumplido con un requisito trascendental propio al recurso por su naturaleza extraordinaria y eminentemente técnica, sucediendo en un cargo que no es procedente.

2.5.2.3 De la contravención expresa de la norma contenida en el artículo 88 del Código de Procedimiento Penal.

¹⁸ Cfr. Cuaderno de Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, f. 22.

Del presente cargo se desprende que, el recurrente explica que en la sentencia impugnada se evidencia una vulneración de la norma contenida en el artículo 88 del Código de Procedimiento Penal, concretando su aseveración en señalar que su conducta es atípica, que no existe nexo causal y que los juzgadores efectuaron interpretación extensiva de esta norma, concluyendo que esto sobreviene también en una violación a la Constitución de la República del Ecuador.

Con la finalidad de solventar este requerimiento es necesario acotar no solo basta con argüir una causal y la norma vulnerada, sino también es necesario que se funde argumentos de soporte que justifiquen de qué manera no se aplicó o si solo lo fue en parte, acompañando del mismo cimientos que vayan guiados a inteligenciar a este tribunal la forma de subsanar el yerro y su influencia en la decisión final de la causa, requisitos que en este caso no concurrieron, provocando que la proposición jurídica devenga en incompleta.

Es importante mencionar que, al señalar que existe una vulneración de la Constitución de la República del Ecuador, es menester precisar la norma que ha sido afectada conjuntamente con un soporte estructurado y trascendente que provoque que la proposición jurídica sea completa y procedente.

2.6 Casación de oficio

Posterior a analizar la sentencia ejerciendo la facultad de la casación oficiosa que otorga el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal¹⁹, la misma que es un mecanismo que brinda a los jueces la posibilidad de rectificar errores que no han sido recurridos y que a consecuencia de estos generan inseguridad jurídica, con relación a la casación oficiosa, el autor Heliodoro Fierro-Méndez, dice lo siguiente:

"La casación oficiosa tiene por finalidad remediar situaciones procesales cuya trascendencia es la violación de derechos o garantías fundamentales, en los eventos en que el peticionario no lo solicite o equivoque el camino procedural de la casación."²⁰

Por lo que, este Tribunal procede a subsanar el yerro constante en el fallo impugnado; para lo cual, se vuelve preciso analizar lo plasmado en la resolución examinada, en específico de la materialidad probada tanto por el *a-quo* como por el *ad-quem*, considerando lo siguiente:

"(...) De conformidad a lo que determina el Art. 91 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, mediante la prueba material se ha demostrado la existencia de la infracción a través del informe de levantamiento del cadáver del señor Juan José Quilligana Sánchez quien era el conductor del automotor, de igual manera consta el informe de autopsia en el que se determinan las circunstancias de la muerte, producto de disparos por arma de fuego en su humanidad; consta el informe pericial de inspección ocular técnica del lugar, en el que se describe el lugar donde sucedieron los hechos, así como también la forma de como se le encontró el cadáver describiéndose los orificios perforativos producto de los impactos de bala no solo en el cuerpo sino también en diferentes partes del bus, y el choque que este sufrió luego de la muerte del conductor; consta el informe técnico pericial de reconocimiento de evidencias físicas realizadas en el bus y demás evidencias recogidas en el lugar como son

¹⁹ Art. 358.- Si la Corte Nacional estimare procedente el recurso pronunciará sentencia enmendando la violación de la ley. Si lo estimare improcedente, lo declarará así en sentencia y devolverá el proceso al inferior para que ejecute la sentencia. Si la sala observare que la sentencia ha violado la ley, admitirá la casación, aunque la fundamentación del recurrente haya sido equivocada.

²⁰ Heliodoro Fierro-Méndez, "La Casación Penal", Editorial Leyer, Bogotá, 2000, p. 42.

documentos y 3 balas disparadas (ojivas), es decir la materialidad de la infracción está plenamente demostrada.”²¹ [Sic]

En consecuencia, ahora con relación a la responsabilidad de los partícipes directos del ilícito, los juzgadores de apelación realizan la siguiente reflexión:

“(...) En cuanto a la responsabilidad de los procesados y recurrentes también está demostrada con el testimonio del señor Rubén Basurto García quien al momento de los hechos se desempeñaba como controlador de la unidad y quien de manera pormenorizada describe lo sucedido y lo más importante identifica a los ciudadanos involucrados en el delito y hoy recurrentes, situación que para los juzgadores existen varios indicios, relacionados, unívocos y directos sobre el nexo causal entre la infracción y la responsabilidad de los procesados de conformidad a lo que establece el art. 88 del Código de procedimiento Penal, más aún cuando el controlador ilustra al Tribunal al decir que las personas que se encuentran en la sala son los mismos que participaron en el ilícito (...)”²² [Sic]

Al continuar con el análisis, la Sala de Alzada subsume la conducta de los señores Isabel Ñañez Ávila y Joel Díaz Alvarado como autores del delito de tentativa de robo con muerte, tipificado y sancionado en los artículos 550 y 552 del Código Penal en concordancia con el artículo 16 ejusdem, los mismos que se encuentran plasmados bajo los siguientes textos:

“Art. 550.- El que, mediante violencias o amenazas contra las personas o fuerza en las cosas, sustrajere fraudulentamente una cosa ajena, con ánimo de apropiarse, es culpable de robo, sea que la violencia tenga lugar antes del acto para facilitarlo, en el momento de cometerlo, o después de cometido para procurar su impunidad.”

“Art. 552.- El máximo de la pena establecida en el artículo anterior, se aplicará al responsable si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

(...)

Si las violencias han causado la muerte, la pena será de reclusión mayor especial de dieciséis a treinta años.”

Ahora bien, al prever que el robo con muerte denunciado no se consumó y la acción no logró concretarse como delito fin, el mismo se ajustó a criterio del tribunal de alzada como tentativa, la cual se encuentra prevista en el artículo 16 del Código Penal, de la siguiente manera:

“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.

Si el autor desiste voluntariamente de la acción está sujeto solamente a la pena por los actos ejecutados, siempre que éstos constituyan una infracción diversa, excepto cuando la Ley, en casos especiales, califica como delito la mera tentativa.

Si voluntariamente impide el acontecimiento, está sujeto a la pena establecida para la tentativa, disminuida de un tercio o la mitad.

Las contravenciones solo son punibles cuando han sido consumadas.”

²¹ Cfr. Cuaderno de Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, f. 22.

²² Ibíd., f. 22 vta.

Sin embargo, de los hechos fácticos que no pueden ser alterados por este órgano jurisdiccional, se desprende que el día 24 abril del 2014 después de las 23:30, tres sujetos, dos de ellos identificados con los nombres de Isabel Náñez Ávila y Joel Díaz Alvarado, dispararon a sorpresa con un arma de fuego contra la vida del señor que en vida respondió a los nombres de Juan José Quilligana Sánchez, los mismos que provocaron su indefensión, para inmediatamente morir a causa de heridas en diferentes partes de su cuerpo que aumentaron deliberadamente el dolor de la víctima. Posterior al execrable hecho, los antes mencionados fueron aprehendidos y procesados en la presente causa.

Ahora bien, son justamente los argumentos expuestos en el párrafo anterior que se puede colegir que la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, cometió un error de derecho, subsumiéndose a lo establecido en la causal de indebida aplicación de la ley, la misma que es conceptualizada por el tratadista Luis Cueva Carrión de la siguiente manera:

*"Lo falso es lo contrario a la verdad, lo simulado. Estamos frente al caso de aplicación indebida de la ley cuando se la aplica en contradicción a sus preceptos, cuando la aplicación de la norma no corresponde a la forma jurídica de su ser; cuando aplicamos una norma que, jurídicamente, no corresponde al caso materia de la resolución, es decir, se yerra en la aplicación de la norma."*²³

Mientras que, el maestro Orlando Rodríguez Chocontá, citando a Álvaro Pérez Vives, señala que:

*"No se trata que una ley suficientemente explícita dejó de ser aplicada al caso pertinente; tampoco de que una ley oscura fue interpretada en el sentido menos conforme a su espíritu, sino lisa y llanamente que un texto, cuyo contenido nadie discute, ha sido aplicado a un caso que le es manifestamente extraño o se le ha hecho producir efectos no contemplados en la norma"*²⁴

Compartiendo el criterio del prenombrado autor, el vicio de indebida aplicación de la ley se perfecciona cuando el recurrente señala qué norma fue aplicada sin corresponder a la realidad fáctica y jurídica del caso, además de exponer la norma que debió haber sido tomada en cuenta, y por supuesto, cómo esta violación incide en la decisión sustancial de la causa.

En este caso, el juzgador elige como infracción al de tentativa de robo con muerte, tipificado y sancionado en los artículos 550 y 552 del Código Penal en concordancia con el artículo 16 ibídem, sin tomar en cuenta que los presupuestos fácticos se adecuan en otra conducta delictiva, la misma que se encuentra tipificada y sancionada en el artículo 450, numerales 1, 4, 5 y 7 del mismo cuerpo legal, misma que se encuentra puntualizada así:

"Art. 450.- Es asesinato y será reprimido con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, el homicidio que se cometá con alguna de las circunstancias siguientes:

1a.- Con alevosía; (...)

4a.- Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido;

5a.- Cuando se ha imposibilitado a la víctima para defenderse; (...)

7a.- Buscando de propósito la noche o el despoblado para cometer el homicidio; (...)"

²³ Luis Cueva Carrión, "La Casación en Materia Penal", 2da. Edición, Quito, 2007, p. 256.

²⁴ Orlando Rodríguez Chocontá, "Casación y Revisión Penal", Editorial Temis S.A, Bogotá, 2008, p. 239.

Concurriendo además, la circunstancia agravante prevista en el artículo 30, numeral 4 del Código Penal, en lo pertinente a *pandilla* por haber participación de tres personas al momento de suscitado el incidente. Esta agravante esta prevista así:

"Art. 30.- Son circunstancias agravantes, cuando no son constitutivas o modificatorias de la infracción, todas las que aumentan la malicia del acto, o la alarma que la infracción produce en la sociedad, o establecen la peligrosidad de sus autores, como en los casos siguientes: (...)"

40.- Ejecutar el hecho punible buscando de propósito el despoblado o la noche; o en pandilla; o abusando de la amistad o de la confianza que se dispense al autor; o con escalamiento o fractura; con ganzúas o llaves falsas y maestras; o con violencia; (...)" (Lo subrayado es propio de este tribunal).

Este Tribunal de Casación llega a determinar que la citada norma es la correcta en virtud de que en el caso en estudio, de los hechos declarados como probados por el *ad-quem*, se advierte que el delito fue llevado a cabo con la intervención de tres personas, habiendo actuado en comisión y desplegando actos que tienen la misma finalidad delictuosa, lo cual ocasiona que el supuesto fáctico se adecúe al artículo 30, numeral 4 del Código Penal, esta es ejecutar el hecho punible en pandilla; dicción que de acuerdo al artículo 601 del Código Penal, debe entenderse como:

"Art. 601.- Es pandilla la reunión de tres o más personas, con una misma intención delictuosa, para la comisión de un delito."

Por lo tanto, al haberse verificado el yerro desarrollado *ut supra*, se corrige el error de derecho por indebida aplicación de la tentativa de robo con muerte contenida en los artículos 550 y 552 del Código Penal en concordancia con el artículo 16 ibidem, debiendo aplicarse el delito de asesinato contenido en el artículo 450, numerales 1, 4, 5 y 7 del mismo cuerpo legal con la agravante genérica prevista en el numeral 4 del artículo 30 ejusdem.

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de Casación, de la Sala Especializada de lo Penal, Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, de la Corte Nacional de justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, por unanimidad:

RESUELVE

- 1)** Declarar improcedentes los recursos planteados por los señores Isabel Ñaíez Ávila y Joel Díaz Alvarado, por falta de fundamentación conforme lo expuesto en la parte motiva del fallo.
- 2)** Casar de oficio la sentencia dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos de fecha 02 de junio del 2015, las 14h24, y, corrigiendo el error de derecho en el que ha incurrido el precitado órgano jurisdiccional, al haber indebidamente aplicado los artículos 550 y 552 del Código Penal y 16 ibidem, debiendo emplear la norma correcta establecida en el artículo 450, numerales 1, 4, 5 y 7 del mismo cuerpo de leyes, en concordancia con el artículo 30 numeral 4 ejusdem; por lo tanto, se les declara culpables a los señores Isabel Ñaíez Ávila y Joel Díaz Alvarado, como autores del delito de asesinato tipificado y sancionado en la norma antes indicada, imponiéndoles por ello a cada uno la pena de veinte y cinco (25) años de privación de la libertad; sin embargo, en aplicación del principio de *non reformatio in pejus*, consagrado en el artículo 77, numeral 14 de la Constitución de la República del Ecuador, se conserva la misma pena impuesta por el Tribunal de Apelación.

- 3) Devuélvase el proceso al Tribunal de origen para la ejecución de la presente resolución.- **NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.**- F.- Dr. Miguel Jurado Fabara.- **JUEZ NACIONAL PONENTE.**- Dr. Oscar Enríquez Villarreal.- **CONJUEZ NACIONAL.**- f.- Dr. Edgar Flores Mier.- **CONJUEZ NACIONAL.**- Certifico.- F.- Dr. Carlos Iván Rodríguez García.- **SECRETARIO RELATOR:**

CERTIFICO: Las nueve (09) fojas que anteceden son iguales a su original

Quito, 23 de noviembre de 2017.

Dra. Ivonne Guamaní León
SECRETARIA RELATORA.

CASO No. 17721-2016-1602
RESOLUCIÓN No. 1234-2017
RECURSO: CASACIÓN
PROCESADO: GUIDO ROLANDO ALDAZ AMAGUAÑA, PEDRO ROBERTO MEDINA CAICEDO, PIERO ALEXANDRO JACHO ARAUJO, GERARDO VIRGILIO CATAGUA MEZA Y MARINO ALFONSO MONTES RIVAS
DELITO: DE SABOTAJE A SERVICIOS PÚBLICOS O PRIVADOS

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

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

JUICIO No. 17721-2016-1602

RECURSO DE CASACIÓN

DELITO DE SABOTAJE A SERVICIOS PÚBLICOS O PRIVADOS

LA FISCALÍA CONTRA GUIDO ROLANDO ALDAZ AMAGUAÑA, PEDRO ROBERTO MEDINA CAICEDO, PIERO ALEXANDRO JACHO ARAUJO, GERARDO VIRGILIO CATAGUA MEZA Y MARINO ALFONSO MONTES RIVAS

CONJUEZ PONENTE: Dr. Marco Maldonado Castro

VISTOS: jueves 27 de julio de 2017, las 15h37.-

PRIMERO.- Antecedentes

1.1. Antecedentes procesales

El Tribunal de Garantías Penales de Manta, provincia de Manabí, en fecha 5 de mayo de 2016, las 12h15, declaró a Guido Rolando Aldaz Amaguaña, Pedro Roberto Medina Caicedo, Piero Alejandro Jacho Araujo, Gerardo Virgilio Catagua Meza y Marino Alfonso Montes Rivas autores del delito de paralización de un servicio público, tipificado y sancionado en el artículo 346 del Código Orgánico Integral Penal —COIP—, por lo que les impuso la pena privativa de la libertad de un año y el pago de costas, daños y perjuicios. Inconformes con la decisión, Guido Rolando Aldaz Amaguaña, Pedro Roberto Medina Caicedo, Piero Alejandro Jacho Araujo, Gerardo Virgilio Catagua Meza y Marino Alfonso Montes Rivas interpusieron recursos de apelación.

La Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, en sentencia de 6 de octubre de 2016, las 10h46, desechó los recursos de apelación propuestos y confirmó la sentencia

subida en grado.

Por considerarse perjudicados con el fallo, Pedro Roberto Medina Caicedo, Piero Alejandro Jacho Araujo, Gerardo Virgilio Catagua Meza y Marino Alfonso Montes Rivas interpusieron recursos de casación.

En auto de 17 de octubre de 2016, las 14h39, la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, concedió el recurso de casación presentado por Gerardo Virgilio Catagua Meza para ante la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

Mediante auto de 20 de octubre de 2016, las 14h44, en consideración a la razón sentada por el actuario del despacho encargado, abogado Juan Pablo Hidalgo Giler, en la que señala que la sentencia expedida el jueves 6 de octubre de 2016, las 10h46, fue notificada el mismo día y el escrito de casación de Pedro Roberto Medina Caicedo, Pedro Alejandro Jacho Araujo y Marino Alfonso Montes Rivas, fue presentado el 14 de octubre de 2016, un día después del término legal para presentar dicho recurso, la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, negó el recurso de casación por extemporáneo, al no cumplirse lo prescrito en el artículo 350 del Código de Procedimiento Penal —CPP—. De este pronunciamiento, los procesados antes mencionados presentaron recurso de hecho.

El 23 de febrero de 2017, las 15h13, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito aceptó los recursos de hecho deducidos por Pedro Roberto Medina Caicedo, Pedro Alejandro Jacho Araujo y Marino Alfonso Montes Rivas.

Correspondió a este Juzgador conocer el recurso propuesto por Gerardo Virgilio Catagua Meza, el que sí fue concedido por la Corte de Apelaciones; por lo que, debe pronunciarse también sobre los recursos ahora de casación deducidos por Pedro Roberto Medina Caicedo, Pedro Alejandro Jacho Araujo y Marino Alfonso Montes Rivas.

1.2. Hechos acusados y probados.

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

El 30 de septiembre de 2010, aproximadamente a las 08h40, Guido Roldan Aldaz Amaguaña,

Pedro Roberto Medina Caicedo, Piero Alejandro Jacho Araujo, Marino Alfonso Montes Rivas, en la calle 113, cerca de donde funcionaba el Comando de Policía, en la ciudad de Manta, quemaron llantas y obstaculizaron la libre circulación del tráfico vehicular.

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

“De las normas enunciadas y revisado que ha sido el expediente penal de tratamiento, en forma exhaustiva y minuciosa, a más de los argumentos esgrimidos por los sujetos procesales, en la audiencia oral desarrollada en la sustanciación de esta causa, este Tribunal considera que al amparo del artículo 1 de la Constitución de la República y artículo 86 del Código de Procedimiento Penal; que con la prueba actuada pudo acceder al estado de certeza, en el sentido de que se enervó la condición constitucional de inocencia de los acusados GUIDO ROLANDO ALDAZ AMAGUANÁ, PEDRO ROBERTO MEDINA CAICEDO, PIERO ALEXANDRO JACHO ARAUJO, MONTES RIVAS MARINO ALFONSO y CATAGUA MEZA GERARDO VIRGILIO [...] probándose que cometieron el delito descrito en el artículo 346 del Código Orgánico Integral Penal, cuyos elementos objetivos y subjetivos se encontraban descritos en el artículo 158 del Código Penal vigente a la fecha del cometimiento del ilícito. Cumpliéndose efectivamente la finalidad de la prueba, como es demostrar la existencia del injusto penal y la responsabilidad de los acusados, atendiendo a los mandatos de los artículos 85 y 250 del Código de Procedimiento Penal [...]”

“La actividad de los señores Policías el día 30 de septiembre del año 2010, en horas de la mañana dificultó el normal desarrollo de sus actividades, es decir, prestar un servicio público, como es brindar la seguridad a la población. Servicio Público que el día 30 de septiembre del año 2010 sufrió un menoscabo, por la interrupción al libre tránsito con quema de llantas, en la que participaron los señores funcionarios de la Policía Nacional, en consecuencia, este Tribunal de alzada concluye que la existencia material de la infracción y la responsabilidad penal de los acusados han sido legalmente justificadas [...]” (Sic)

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 N° 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 N°. 060-2015, de 1 de abril de 2015, publicada en el Registro Oficial Suplemento N°. 476, de 9 de abril del mismo año, el Consejo de la Judicatura designó a las conjuezas y conjueces 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 17721-2016-1602, al Tribunal integrado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional; el doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional; y, el doctor Marco Maldonado Castro, Conjuez Nacional Ponente, de conformidad con los artículos 174 y 201.1 del COFJ, 6 de la Resolución N°. 02-2012 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial N°. 672, de 29 de marzo de 2012; y, oficio N°. 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 N°. 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 reformatoria 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, reservada 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 Gerardo Virgilio Catagua Meza, a través de su abogado defensor, doctor Pedro Emilio Moreira Sambache, en lo principal, manifestó:

4.1.1. En la sentencia recurrida se contravino expresamente el texto de la ley.

4.1.2. Al no haberse demostrado que realizó la conducta de “entorpecer” el servicio público se debe ratificar el estado de inocencia.

4.1.3. Existió indebida aplicación de la norma, ya que ninguno de los elementos de los considerandos quinto y sexto de la sentencia manifiestan sobre la finalidad y valoración de la prueba; como también se omitió utilizar el artículo 88 del CPP.

4.2. Fundamentación del recurso de casación.- los procesados Marino Alfonso Monte Rivas, Pedro Alejandro Jacho Araujo y Pedro Roberto Medina Caicedo, a través de su abogada defensora, doctora Jennifer Tatiana Marcia Montes, en lo principal, manifestaron:

4.2.1. Existió contravención expresa del artículo 158 del CP: en razón de que, el *ad quem* aplicó de manera errónea dos verbos rectores de dicho artículo. El término entorpecer no se encontraba tipificado al momento del cometimiento de la infracción; consecuentemente, se violentando el principio de legalidad.

4.3. Contestación del recurso.- La Fiscalía, a través de su delegada, la doctora Paulina Garcés Cevallos, contestó:

4.3.1. Los recurrentes sostienen tesis similar para reprochar la sentencia, esto es la aplicación del artículo 346 del COIP, pues consideran que se aumentó el verbo rector que es “entorpecer”, pero se aplicó dicho artículo en beneficio de los procesados, ya que correspondía aplicar el artículo 158 del CP.

4.3.2. Los recurrentes se confunden ya que la favorabilidad cabe sobre la sanción más no a los verbos rectores ni a los objetivos del tipo penal.

4.3.3. No se mencionó causal de casación ni como tampoco se determinó la sentencia que se recurre ni qué parte de la sentencia contienen los supuestos.

4.3.4. No es motivo de este recurso discutir si se justificó o no el verbo rector sino a confrontar el fallo del Tribunal de Apelación; toda vez que, los procesados no pidieron exclusión probatoria, lo que cabía a su tiempo.

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 decisarios”.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 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

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.

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.

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.

5.2. Sobre la materia del recurso de casación

Del análisis de los argumentos realizados por los recurrentes en la audiencia de fundamentación del recurso de casación, el Tribunal considera que los procesados sustentaron su pretensión impugnatoria en los siguientes cargos:

- a. Violación del artículo 158 del CP, pues se aplicó el artículo 346 del COIP, que contiene como verbo rector “entorpecer”, que no se logró configurar en la conducta de los procesados.
- b. Indebida aplicación de la norma, porque en la sentencia no se trata sobre la finalidad, valoración de la prueba y se omitió utilizar el artículo 88 del CPP.

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 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, el

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.

yerro del juzgador cuando 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 contraditorio, 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

5.3.1. Los recurrentes fundamentaron su recurso de casación en contravención expresa del artículo 158 del CP, pues, según ellos, no se perfeccionó el verbo rector “entorpecer”, por lo que se les tuvo que ratificar el estado de inocencia.

De los fundamentos, se desprende que los procesados, al invocar la causal de contravención expresa, lo que sugieren es que el *ad quem* no aplicó el artículo 158 del CP, pese a que después de la valoración probatoria los hechos guardan identidad con lo descrito en el delito mencionado; lo cual, es incomprensible para este Tribunal de Casación, ya que por el principio de favorabilidad en beneficio de los procesados el Tribunal de Apelación aplicó el artículo 346 del COIP, por cuanto la sanción prevista en el artículo 158 del CP es de reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años, mientras que la del artículo 346 del COIP comprende pena privativa de la libertad de uno a tres años; es decir, la norma que piden se aplique es más estricta y grave respecto su situación jurídica.

En este contexto, es irresponsable la defensa de los procesados en reclamar que se haya aplicado el principio de favorabilidad, fundamentando su recurso de tal manera que aumentaría la sanción impuesta a los recurrentes. Es por ello que el análisis de los Jueces de la Corte de Apelación es adecuado y sumamente garantista de los derechos de los procesados, toda vez que tienen la obligación de aplicar la sanción menos rigurosa a pesar de que su promulgación es posterior a la infracción.

Por otro lado, los casacionistas alegan que no se comprobó, en su actuar, el verbo “entorpecer” contenido en el artículo 346 del COIP y no en el 158 del CP, lo cual no puede configurar un cargo casacional, pues este argumento debía ir acompañado con una de las causales contenidas en el artículo 349 del CPP que se acomode a su pretensión, como también debía explicarse las razones por las que considera que el *ad quem* cometió una trasgresión a la ley, en qué parte de la sentencia se deslizó el error y cómo dicho error influyó en la decisión de los Juzgadores de instancia.

Ahora bien, como se explicó, los procesados alegan contravención expresa, que no tiene armonía con su pretensión. Al respecto, este Tribunal considera imprescindible señalar que, con relación a los aspectos técnicos que supone la interposición de un recurso de casación, la actividad que desempeñan los casacionistas es esencial, pues, no basta con que el medio de impugnación se active dentro del plazo previsto por la ley y con la simple invocación de los interesados, sobre la base de supuestas violaciones a la ley contenidas en una sentencia de segunda instancia, sino que a la fundamentación tiene que dársele la relevancia y especialidad que requiere, ya que, es un acto trascendental porque:

“(...) constituye el único medio y oportunidad de sustentación del recurso extraordinario. Mediante ella se adelanta el debate en derecho (*in iure*), sobre la discutida legalidad del fallo, sin que otorgue la ley nueva oportunidad para adicionarla o corregirla.

Mediante la demanda el recurrente, al formular los cargos, delimita el espacio de la Corte de Casación trazándole la materia de pronunciamiento; ésta sólo puede, en principio, considerar los cargos que se formule al amparo de cada causal y no podrá analizar causales distintas a las señaladas por el recurrente; es éste como demandante quien determina la amplitud de la demanda sin importar que la sentencia pueda ser casable por una causal no propuesta. Sin embargo, tratándose de nulidades, deberá la Corte declararlas de oficio. Así mismo podrá casar la sentencia cuando sea ostensible que atenta contra las garantías fundamentales (...).”⁷

Por otra parte, tampoco es razonable que el deber de fundamentar el recurso de casación pretenda ser suplido en virtud de la simple inconformidad de los recurrentes con el fallo de segunda instancia. De esa manera, era obligación de los impugnantes señalar la forma precisa en que, a su decir, se violó la ley en la sentencia, porque no se trata de un medio de impugnación cualquiera, sino de un recurso extraordinario de casación.

⁷ Op. cit., 37.

Entonces, los procesados debieron haber precisado, con argumentos sólidos y fehacientes, por qué la Corte de Apelación incurrió en contravención expresa al confirmar la sentencia que declaró su culpabilidad, cuando, según el impugnante, porque el artículo 158 del CP no contenía el verbo rector “entorpecer” debía ratificarse su estado de inocencia; lo que es improcedente, en el sentido que si para ellos el artículo antes mencionado no tiene relación con el artículo 346 del COIP, lo que tenían que haber hecho los Juzgadores de instancia es aplicar el artículo 158 del CP; no obstante, cabe aclarar que para que se configure el delito no es necesario que se comprueben todo los verbos descritos en el actuar de los procesados, ya que puede verificarse uno o varios para que se perfeccione el tipo penal.

Además, de la lectura del análisis realizado por el Tribunal *ad quem*, no es difícil advertir que la decisión es correcta, por cuanto sus reflexiones se sustentan en las pruebas aportadas durante el proceso, con respecto a la existencia material del delito y a la responsabilidad de los procesados, la cual, de las observaciones realizadas por la Corte de Apelaciones se encuadra de manera correcta en el artículo 346 del COIP.

De ahí que la decisión de rechazar el recurso de apelación y confirmar la sentencia que declara la responsabilidad de los casacionistas en el precitado delito, por encontrarse en la esfera de las potestades de los jueces de instancia, no incurre en violación de derecho alguno. Por lo tanto, el sustento legal del cargo invocado que plantean los recurrentes, con respecto a la violación del artículo 158 del CP, queda desvirtuado.

5.4. Prohibición de nueva valoración de la prueba

Otro de los argumentos expuestos por uno de los casacionistas, se refiere al hecho de que, a su decir, en la sentencia impugnada, el Tribunal *ad quem* no toma en cuenta “la finalidad y la valoración de la prueba” (Sic) y “omitió utilizar el artículo 88 del CPP”; no obstante, similar a lo expresado *ut supra*, el procesado no realizó una fundamentación apropiada, pues no adecua cada reproche a una causal de casación, no exterioriza las razones por las que estima que se cometió dichas transgresiones ni identifica cómo influyen en la decisión de la causa.

Además, se evidencia que en realidad lo que sugiere con este recurso es que el Tribunal de Casación valore nuevamente la prueba y los hechos, a fin de que su pretensión, en el presente contexto procesal, se adapte a su aspiración, esto es, quedar libre de responsabilidad.

Al respecto, se advierte que 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, en recientes fallos, ha ratificado el criterio de que las pruebas no pueden ser objeto de valoración en la casación, pues, en caso contrario, se estaría desconociendo el principio de independencia judicial.⁸ 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 intervenientes 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 (...).”⁹

Por consiguiente, los precitados argumentos que esgrimió el recurrente son desechados, pues, al buscar que este juzgador realice un pronunciamiento extralimitándose en el ejercicio de sus competencias, carecen de sustento jurídico.

SEXTO.- Resolución

⁸ Corte Nacional de Justicia. *Resolución N°. 050-2013*, pronunciada dentro del juicio N°. 430-2012.

⁹ Miguel Ángel Rodríguez Vázquez, *La casación y el derecho de recurrir en el sistema acusatorio* (Méjico D.F.: Instituto de Investigación Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México -UNAM-, 2013), 29 y 30.

Con fundamento en los antecedentes y considerandos, antes enunciados, tomando en cuenta que los casacionistas no han cumplido su obligación de fundamentar los recursos en los términos previstos en el artículo 349 del CPP, ni han 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 improcedentes los recursos de casación presentados por Pedro Roberto Medina Caicedo, Piero Alejandro Jacho Araujo, Gerardo Virgilio Catagua Meza y Marino Alfonso Montes Rivas. Ejecutoriado el fallo se remitirá al tribunal de origen para su ejecución. **Notifíquese y cúmplase.** - f.- DR. MIGUEL JURADO FABRA.- JUEZ NACIONAL.- f.- DRA. GLADYS TERÁN SIERRA.- JUEZA NACIONAL.- f.- DR. MARCO MALDONADO CASTRO.- CONJUEZ NACIONAL.- **Certifíco:** f).- DR. ROBERTO CARLOS TORRES CACERES.-**SECRETARIO RELATOR**

CERTIFICO: Las ocho (08) fojas que anteceden son iguales a su original.

Quito, 23 de noviembre del 2017.

DRA. IVONNE GUAMANÍ LEÓN

SECRETARIA RELATORA

CASO No. 17721-2016-0631
RESOLUCIÓN No. 1235-2017
RECURSO: CASACIÓN
PROCESADO: JUAN CARLOS BAQUE REYES Y ANA LUISA MACÍAS RENDÓN
DELITO: VIOLACIÓN

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

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

JUICIO No. 17721-2016-0631

RECURSO DE CASACIÓN

DELITO DE VIOLACIÓN

LA FISCALÍA CONTRA JUAN CARLOS BAQUE REYES Y ANA LUISA MACÍAS RENDÓN

CONJUEZ PONENTE: Dr. Marco Maldonado Castro

Quito, 28 de julio de 2017, las 10h39

VISTOS:

PRIMERO.- Antecedentes

1.1. Antecedentes procesales

El Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Machala, provincia de El Oro, con fecha 29 de septiembre de 2015, las 15h37, dictó sentencia condenatoria declarando a Juan Carlos Baque Reyes y Ana Luisa Macías Rendón, autores del delito de violación, tipificado y sancionado en los artículos 512.1 y 513 del Código Penal—CP—, por lo que les impuso la pena de veinticinco años de privación de la libertad a cada uno; como medidas de reparación ordenó que la víctima del delito reciba asistencia y tratamiento médico y psicológico, apoyo y orientación familiar y el pago de daños y perjuicios. De esta decisión, la procesada Ana Luisa Macías Rendón presentó recurso de apelación.

La Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, en fallo emitido el 31 de marzo de 2016, las 19h38, rechazó el recurso de apelación planteado y confirmó en todas sus partes la sentencia subida en grado. La procesada ciudadana Ana Luisa Macías Rendón, al no encontrarse conforme con esta sentencia, interpuso recurso de casación.

1.2. Hechos acusados y hechos probados.

Según la sentencia de la Corte de Apelaciones, la Fiscalía acusó a Ana Luisa Macías Rendón como autora por omisión del delito de violación, tipificado y sancionado en el artículo 512.1 del CP, al permitir que su conviviente Juan Carlos Baque Reyes, proceda a violar a su hija adolescente en reiteradas veces, desde que su hija tenía 11 años de edad.

El Tribunal *ad quem*, luego de la valoración probatoria, que es su facultad, concluyó que se demostró que la conducta de la señora Ana Luisa Macías Rendón, constituye delito de

violación por omisión, al no oponerse al actuar del sentenciado como autor directo en contra de la integridad sexual de su hija.

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 conjuezas y conjueces 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 17721-2016-0631, al Tribunal integrado por la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional; el doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional; 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 reformatoria 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 doctor José Astudillo Noblecilla, en representación de la procesada recurrente, Ana Luisa Macías Rendón, en lo principal, reclamó:

4.1.1. Impugna la sentencia de la Corte de Apelaciones que ratificó la sentencia del Tribunal de Juicio, mediante recurso de casación, porque existe “indebida aplicación de los artículos: 424, 82, 76.1.2.5.7.a) y j) de la Constitución de la República del Ecuador; 2 inciso tercero, 4, 18, 42, 44 y 512 del Código Penal; y, 25 y 27 de Ley Orgánica de la Función Judicial” [Sic].

4.1.2. Los juzgadores de segunda instancia hicieron “tabla rasa” de lo que dispone el CPP respecto a la validez de la prueba; puesto que no se tomó en consideración la prueba base, que es el examen psicológico a la menor agraviada.

4.1.3. Existen eximenes de la “antijuridicidad” que se demostraron en el proceso y que no fueron tomados en cuenta por la Corte de Apelaciones, pues su probó que su defendida fue obligada a cometer la infracción pues estaba amenazada de muerte por el coprocesado, lo que constituye fuerza mayor que no pudo resistir.

4.1.4. Asimismo, existen circunstancias atenuantes que no fueron tomadas en cuenta.

4.1.5. Solicita que se tome en cuenta lo expuesto por escrito.

4.2. Contestación del recurso de casación.- La Fiscalía, a través de su delegado, el doctor Raúl Garcés Llerena, contestó:

4.2.1. El recurso de casación es eminentemente técnico y especial, y es obligación de quien recurre indicar la causal y las normas por las cuales interpone su impugnación. En la audiencia, la defensa de la recurrente ni siquiera invocó el artículo 349 del CPP.

4.2.2. Si bien manifestó que existe indebida aplicación de la ley, no señaló cual es la norma incorrecta y cual sí debía haberse aplicado por el Juzgador *ad quem*.

4.2.4. Se realizó una enunciación general de los artículos “424, 82, 76.1.2.5.7 a) y j) de la Constitución de la República del Ecuador; 2 inciso tercero, 4, 18, 42, 44 y 512 del Código Penal; y, 25 y 27 de Ley Orgánica de la Función Judicial”; sin explicar de qué forma la Corte de Apelaciones cometió el yerro en su sentencia.

4.2.5. En el recurso de casación no procede revalorización de prueba, que es lo que precisamente ha pretendido la defensa técnica de la recurrente.

4.2.6. La Corte de Apelaciones aplicaron correctamente las normas que corresponden al caso; esto es, adecuaron la conducta de la procesada al delito de violación, tipificado y sancionado en el artículo 513 del Código Penal, pues se cometió sobre una menor de 12 años.

4.2.7. La recurrente permitió que el autor directo cometiera el delito con anuencia de ella, quien obligaba a su hija a tener relaciones con su conviviente, así lo manifestó la víctima en su testimonio urgente.

4.2.8. No se demostró que hayan existido amenazas en contra de la recurrente.

4.2.9. No cabe la aplicación de atenuantes por cuanto existen las agravantes contenidas en los numerales 1, 3, 7, 8 y 9 del artículo 30 del CP.

Concluyó solicitando que el recurso de casación propuesto sea declarado improcedente.

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

4.3.1. Sí existen agravantes, pero jamás se probó que su defendida haya sido autora del delito de violación.

4.3.2. La misma menor manifestó en su testimonio que fueron amenazadas de muerte.

4.4. Intervención por el procesado no recurrente.- el doctor Diego Jaya, defensor público, por el ciudadano Juan Carlos Baque Reyes, manifestó:

“Que más allá de lo que se ha mencionado en la presente audiencia su representado se encuentra con sentencia ejecutoriada, y al no haberse afectado los derechos del sentenciado en esta diligencia, no tiene nada más que acotar.”

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.

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.

5.1.3. 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.

5.2. Sobre la materia del recurso de casación

Del análisis de los argumentos realizados por la defensa técnica del procesado recurrente en la audiencia de fundamentación, el Tribunal considera que sus pretensiones impugnatorias se sustentaron en los siguientes cargos:

- a. Indebida aplicación de los artículos “424, 82, 76.1.2.5.7.a) y j) de la Constitución de la República del Ecuador; 2 inciso tercero, 4, 18, 42, 44 y 512 del Código Penal; y, 25 y 27 de Ley Orgánica de la Función Judicial”.
- b. No se aplicaron atenuantes.

Para responder a los reproches esgrimidos por la defensa técnica de la recurrente, se realizan las siguientes consideraciones:

5.2.1. Indebida aplicación de los artículos “424, 82, 76.1.2.5.7.a) y j) de la Constitución de la República del Ecuador; 2 inciso tercero, 4, 18, 42, 44 y 512 del Código Penal; y, 25 y 27 de Ley Orgánica de la Función Judicial”

La defensa técnica de la casacionista alegó como fundamento de su recurso de casación, violaciones respecto a varias normas, e invocó como causal de casación la indebida aplicación, respecto a todas ellas.

Para responder el primer reclamo de la recurrente, es necesario aclarar cuestiones generales de la interposición de un cargo de casación, para poder determinar si la queja expuesta por su defensa técnica respeta la naturaleza técnica, extraordinaria y limitada del recurso de casación.

El CPP, establece como causales de revisión:

“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, a partir de las reformas al CPP, publicadas en el Suplemento del Registro Oficial No. 555, de 24 de marzo de 2009, es medio de impugnación de las sentencias de apelación¹, y exige a quien reprocha la decisión de la Corte de Apelación, 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.

Si bien la defensa técnica de la recurrente identificó como sentencia impugnada la emitida por la Corte de Apelación, he indicó los cargos que imputa a la decisión judicial, yerra en los aspectos técnicos que exige la naturaleza técnica y limitada del recurso de casación.

En esta línea de análisis, es necesario indicar a la defensa técnica de la procesada que no toda inconformidad con la decisión judicial de segunda instancia es motivo para el recurso de casación; las causales del artículo 349 del CPP, están previstas para revisar las violaciones directas de la ley, por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación, y cada una de estas causales responde a errores *in iudicando*, que son excluyentes entre sí.

Así mismo, la revisión del relato fáctico fijado por la Corte de Apelación, es decir, cualquier pretensión que tenga como fin la alteración de los hechos considerados demostrados en la sentencia de segunda instancia, lo que requiere valoración probatoria, está prohibida expresamente en casación, conforme lo previsto en el último inciso del artículo 349 del CPP.

¹ Antes de tal reforma, el recurso de casación procedía contra sentencias del Tribunal de Juicio.(Nota del Tribunal)

En este sentido, el régimen procesal penal prohíbe a este Tribunal de Casación, emitir juicios de valor respecto al contenido o práctica de la prueba, tales reproches corresponden a la etapa de juicio o apelación en el ejercicio del contradictorio; esto en atención a las reglas de competencia, limitación propia de la casación ya que su objeto exclusivo de análisis son los errores de derecho en la sentencia.

Corresponde, entonces, a este Tribunal verificar si los cargos formulados por la defensa técnica de la recurrente han sido fundamentados 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; 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 estima acertado, y la influencia de tal error de derecho en la decisión de la causa.

Sin un argumento jurídico 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 quien recurre equivoque en la fundamentación.

Respecto al primer reclamo, la defensa técnica del procesado alegó textualmente que existe indebida aplicación de los artículos “424, 82, 76.1.2.5.7.a) y j) de la Constitución de la República del Ecuador; 2 inciso tercero, 4, 18, 42, 44 y 512 del Código Penal; y, 25 y 27 de Ley Orgánica de la Función Judicial”, sin expresar argumento jurídico alguno del porqué considera trasgredidas cada una de las normas que invocó.

Al contrario de lo que exige el recurso de casación, se centró en reclamar que no se probó la responsabilidad de la procesada, que sí se demostró circunstancias de hecho, que a su criterio le favorecen, como una supuesta amenaza. Estos argumentos exigen de este Tribunal juicios de valor respecto de los elementos probatorios para determinar un nuevo relato fáctico, distinto al fijado por la Corte de Apelaciones después de la valoración probatoria, que sí es su facultad. Estas actividades están vedadas por disposición expresa del artículo 349 del CPP y deben ser inadmitidas de plano.

Tal como fue expuesto el cargo que se atiende, la defensa del recurrente omitió realizar un análisis lógico, técnico y coherente sobre su reproche; simplemente expresó su inconformidad con los hechos de la sentencia de condena sin expresar razón normativa o técnica que sustente sus reclamos, de manera autónoma e individual por cada una de las normas que enunció.

Ni siquiera identificó la parte de la sentencia de la Corte de Apelaciones donde considera se cometió el error.

En consecuencia, su primer reclamo no se puede considerar debidamente fundamentado, pues ni siquiera se presentaron elementos con los que este Tribunal pueda analizar la pretensión impugnatoria.

Además de la falta de fundamentación de su recurso, la defensa técnica del procesado demuestra falta de técnica en su impugnación, pues se limitó a enunciar de manera general normas que estima violadas, sin relacionarlas con el caso en concreto. Ni siquiera desarrollo

un argumento de acuerdo a la causal invocada.

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 a 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.

Nada dijo la defensa tenía al respecto. Mas aún, las normas que consideró violadas por esta causal corresponden a normas generales de cumplimiento obligatorio en todas las causas sometidas a un proceso judicial; por lo que es incongruente que reclame que no se debían aplicar normas que corresponden a todos los procesos, lo que implicaría que exige del órgano juzgador una decisión que incumpla con las normas que le corresponden.

Inclusive exhorta un cuerpo legal derogado, la Ley Orgánica de la Función Judicial, que fue reemplazada con el Código Orgánico de la Función Judicial.

Con todo lo expuesto, a todas luces, su primer reclamo deviene en improcedente al no corresponder a la naturaleza técnica del recurso.

5.2.2. Sobre la aplicación de atenuantes

De manera lacónica y general, la defensa técnica de la recurrente expresó que no puede ser responsable del delito pues actuó bajo amenazas y solicitó que se le apliquen atenuantes, pues “existe circunstancias atenuantes que no han sido tomadas en cuenta, como son: el haber delinquido por temor y bajo amenazas y no haber fugado del lugar, ocultarse, si no que dio la cara para que se esclarezca el caso”.

Sus expresiones fueron contradictorias, pues por un lado reclama que no se le debió haber condenado; posteriormente acepta su participación en el delito, pero dice que fue bajo amenazas, pretendiendo que se considere que actuó bajo fuerza irresistible y por tanto no es responsable de la infracción; y, finalmente, acepta su responsabilidad y exige, con su recurso, que se le apliquen atenuantes. Tres posiciones que son, claramente, excluyen entre sí.

En su solicitud no invocó causal de casación alguna, tampoco invocó una norma trasgredida respecto a la aplicación de atenuantes, ni desarrollo un argumento lógico y jurídico respecto a su petición que resalte los parámetros que exige el recurso extraordinario de casación, por su naturaleza técnica y limitada, ya referidos anteriormente.

Por lo que su reclamo, además de incumplir con las exigencias de la naturaleza técnica y extraordinaria del recurso de casación, resulta incongruente, pues sus sustentos son ilógicos y discordantes; en consecuencia, su recurso no se encuentra debidamente fundamentado, y debe ser rechazado.

Pese a que su fundamentación ha sido errónea por anti técnica y contradictoria, lo que constituye motivo suficiente para rechazar su recurso, en atención al principio de tutela judicial efectiva, y el deber de motivación de las decisiones judiciales, previstos en los artículos 75 y 75.7.l) de la CRE; este Tribunal de Casación considera necesario aclarar la inquietud presentada por la defensa técnica de la recurrente.

De la sentencia de la Corte de Apelaciones, consta que consideró demostradas las agravantes

previstas en los numerales 1, 3, 7, 8 y 9 del artículo 30 del CP.

El artículo 72 del CP, establece:

Art. 72.- Cuando haya dos o más circunstancias atenuantes y **ninguna** agravante, no constitutiva o modificatoria de la infracción, las penas de reclusión serán reducidas o modificadas de la siguiente manera:

[...] (el énfasis nos corresponde)

Con base en el relato fáctico fijado por la Corte de Apelaciones, se desprende con facilidad que, luego de la valoración probatoria, y al considerar demostradas varias circunstancias agravantes, no es posible la aplicación del artículo 72 del CP.

En este sentido, el razonamiento de la Corte de Apelaciones es correcto, su construcción es lógica y de fácil entendimiento. Por lo que su último reproche resulta infundado.

SEXTO.- Resolución

Con fundamento en los antecedentes y considerandos antes enunciados, tomando en cuenta que la recurrente no ha cumplido su obligación de fundamentar su recurso en los términos previstos en el artículo 349 del CPP, ni ha explicado satisfactoriamente de qué manera la sentencia impugnada violó 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 lo previsto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, por unanimidad, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por Ana Luisa Macías Rendón.

Ejecutoriada esta sentencia devuélvase el expediente a la autoridad de origen para su ejecución. **Notifíquese y cúmplase.** f.- DRA. SYLVIA SÁNCHEZ INSUASTI.- **JUEZA NACIONAL.** f.- DR. MIGUEL JURADO FABARA.- **JUEZ NACIONAL.** f.- DR. MARCO MALDONADO CASTRO.- **CONJUEZ NACIONAL PONENTE.** Certifco: f.- DR. ROBERTO CARLOS TORRES CACERES.-**SECRETARIO RELATOR**

CERTIFICO: Las cinco (05) fojas que anteceden son iguales a su original.

Quito, 23 de noviembre del 2017.

DRA. IVONNE GUAMÁN LEÓN
SECRETARIA RELATORA

CASO No. 17721-2016-0804
RESOLUCIÓN No. 1237-2017
RECURSO: CASACIÓN
PROCESADO: BYRON ALBERTO PANIMBOZA DE LA CRUZ
DELITO: VIOLACIÓN
CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR
SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO
CASO No. 804-2016
RECURSO DE CASACIÓN

Quito, lunes 31 de julio del 2017; las 14h22.-

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 Byron Alberto Panimboza De La Cruz, procesado, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena, de 15 de abril de 2016, las 15h01; la cual, rechaza sus recursos de nulidad y apelación; confirma, en todas sus partes, el fallo dictado por el Tribunal de Garantías Penales de Santa Elena, de 14 de julio de 2014, las 12h17, que lo declaró autor del delito de violación sexual, tipificado y sancionado en los artículos 512.1 y 513 del Código Penal (CP); imponiéndole la pena de veinticinco años de reclusión mayor especial; con daños y perjuicios que considerar.

El Tribunal de Apelación, refiere en su sentencia –fallo impugnado- los siguientes hechos y medios probatorios aportados por los sujetos procesales en la audiencia de juzgamiento; es así que considera:

(...) Esta Sala ha realizado una revalorización de las pruebas actuadas en la audiencia de Juzgamiento, tanto la de cargo como las de descargo en aplicación a lo determinado en los artículos estipulados Del Código de Procedimiento Penal, y en aplicación a las reglas de la Sana crítica establecidas en el artículo 86 del mismo cuerpo legal, en el que indica: (...), por lo que llegando a la convicción de que el Tribunal ha hecho una correcta valoración de tales pruebas, por lo cual ha utilizado las reglas de la lógica, el sentido común, la experiencia, habiéndose comprobado en la audiencia la existencia material de la infracción con el testimonio rendido por la médica legista Dra. Dolores Mendoza, quien expreso que El día 15 de noviembre del 2013, realizo el examen a la menor HRB, de 13 años de edad, al momento de

el examen ginecológico, la menor HRB, en la entrevista se refirió que desde el año 2013, su padrastro Byron Panimboza de la Cruz, la molestaba y tocaba sus partes íntimas con los dedos de las manos, en varias ocasiones cuando su madre no se encontraba en la casa, manifestó que le había contado a sus compañeras del colegio que el día 14 de noviembre la obligó a tener relaciones sexuales en el baño y metiéndole los dedos de las manos amenazándola de muerte, en el examen ginecológico la menor HRB, de 13 años, presentaba MEMBRANA DE HIMEN CON PENETRACION RECIENTE CON SIGNOS DE INFLAMACION. REGION ANAL NORMAL y el reconocimiento del lugar de los hechos realizado y emitido por el agente policía Cbop. Nelson Armijos Paredes con el que se prueba la existencia del domicilio donde se perpetró el delito. Con respecto a la responsabilidad penal del procesado, esto ha quedado establecido con los testimonios rendidos de la adolescente HRB, quien expreso que el día de los hechos el recurrente BYRON PANIMBOZA DE LA CRUZ, aprovechándose que la madre se encontró ausente y como era su conviviente, ingreso al domicilio encontrándole ese momento en el baño procediéndole a tocarla y penetró sus dedos en la vagina saliéndole sangre. Rindió testimonio también la licenciada Victoria Terán, psicóloga de plantel educacional donde estudiaba la menor quien al percatarse que se encontraba en estado de Shock y llorando la llevo al departamento de orientación enterándose de lo sucedido por lo cual llamo a sus padres. En el mismo orden han declarado los agentes policiales que intervinieron en el procedimiento y el padre de la adolescente HRB, quienes son coincidentes en la versión de que la menor HRB sufrió de un ataque sexual por parte del recurrente aprovechando la ausencia de la menor (sic). La minoría de edad ha sido establecida en la audiencia mediante la presentación de la partida de nacimiento en la audiencia. (...)

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 2 de junio de 2016, las 10h43, dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena, mediante la cual se concede el recurso de casación interpuesto por Byron Alberto Panimboza de la Cruz, y dispone la remisión a la Corte Nacional de Justicia.
- Sorteo de la causa Nro. 17721-2016-0804, 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 Luis Enriquez Vilacrés, y Miguel Jurado Fabara, Jueces Nacionales.
- Auto de 4 de mayo de 2017, las 14h15, mediante el cual el Tribunal Casacional, avoca conocimiento de este recurso y convoca a la audiencia correspondiente.
- Audiencia oral, privada y contradictoria, en la que fueron escuchados la defensa técnica del recurrente, y la Fiscalía General del Estado.

¹ Ver sentencia que obra de fs. 122-128; cuaderno de 2^a instancia; cita a fs. 126 vta. y 127.

1.3.1.- Recurrente, Byron Alberto Panimboza De La Cruz

La abogada María Bacigalupo Alava, como defensa técnica del procesado recurrente; luego de manifestar que se presentó este recurso extraordinario de casación, acorde con lo que establece el artículo 2 de la Ley de Casación y dentro del término que señala el artículo 5 de la misma ley –ante lo cual y en aras de encaminar adecuadamente, la Jueza Nacional Ponente, aclara que la Ley de Casación no está prevista para juicios penales, y que se debe basar en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal (CPP)-; e identificar a la sentencia impugnada, señala que las normas por las cuales se presenta este recurso son: los artículos 5.4.5.; y, 457 COIP –el Tribunal aclara que este proceso penal se ha iniciado con el anterior Código de Procedimiento Penal, no se tramitó con el COIP, por lo tanto, las normas no pueden ser violadas a futuro, sino que se debe referir a aquella con las que se hizo el trámite y se juzgó a su defendido-; es así que, luego de aquello, esgrimió los siguientes cargos casacionales en contra de la sentencia impugnada.

- *“No haber aplicado lo que la ley determina con respecto a la presunción de inocencia que está establecida también en la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 76 numeral 2”*

Manifiesta, que dentro del Código de Procedimiento Penal, estaba claramente establecido que la casación se podía presentar cuando había violación a la ley en tres circunstancias; dentro de aquellas invoca lo referido, por cuanto dentro de la parte expositiva de la sentencia recurrida, los señores jueces de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena, consideran que en la etapa de juzgamiento se ha probado claramente la existencia del nexo causal entre la infracción y la responsabilidad del procesado en calidad de autor; cuestiona, cómo se puede alegar desde ya en la parte expositiva, en el acápite séptimo, que es ya responsable y partícipe de un delito; cuando ni siquiera han hecho la valoración y contraste de todo el elemento probatorio que existió dentro de este proceso.

Señala que, más adelante se dice, también, que se considera que no existe ninguna duda en la participación del procesado, por las pruebas presentadas en la audiencia de juzgamiento, lo cual, indica, que es seguir insistiendo en la parte expositiva de la sentencia, desde ya en la responsabilidad de su cliente; lo cual transgrede o afecta el principio de inocencia que debe prevalecer durante todo el proceso, incluso, hasta que exista una sentencia condenatoria ejecutoriada; indica, que es alarmante

evidenciar en una sentencia, que los jueces logren una absoluta certeza, más allá de toda duda razonable, de manera anticipada sin antes haber contrastado y valorado lo que las partes argumentaron en derecho en base a las pruebas que se practicaron en la etapa procesal pertinente.

El principio de inocencia, se encuentra determinado no solamente en la Constitución de la República, en el Código Penal y de Procedimiento Penal, sino también se halla establecido en tratados internacionales de derechos humanos que han sido aprobados por el Ecuador; y que por lo tanto, basado en la tutela de los derechos fundamentales con respecto a la dignidad del ser humano, se debió respetar tal presunción de inocencia antes de dar un criterio; señala, que ellos –refiriéndose al Tribunal de Apelación-, hicieron criterios anticipados, estaban prejuzgados antes de dar paso a todos los elementos que pudieran determinar que realmente su representado es responsable del delito que se le acusa.

Por otro lado –pero sin precisar un nuevo cargo o causal-, manifiesta que otra cosa que no se da en la sentencia, es la igualdad que debe haber, como un derecho constitucional, ante un juzgamiento; es decir, que durante todo el proceso siempre debe haber la igualdad en los sujetos procesales; en la sentencia, dice, se puede denotar, con meridiana claridad, que no hubo aquello, porque en los relatos y en todo lo que manifiestan los jueces de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena, dan a conocer de manera referencial las pruebas de descargo que le favorecieron a su cliente; empero, señala, que no se hace el análisis respectivo para poder llegar a la conclusión del porqué arribaron a esa resolución; que solamente lo ven como generalidad, y que, más sin embargo, los elementos de prueba que fueron presentados por la parte contraria si fueron tomados en consideración de manera minuciosa.

Incluso, precisa, que no se aplicó dentro de la obligación que tenían los jueces y que invocó dentro del recurso de apelación y de nulidad, el artículo 330 CPP, el cual, establecía 3 numerales para la nulidad, y dentro de ellos se señaló el numeral tercero; sin embargo, en la sentencia al resolver solo se hace referencia al numeral 1, solo se habla de la competencia, la cual no tiene nada que ver con el petitorio realizado con respecto a que se había violentado una cadena de custodia, y que por lo tanto se había violado la ley en el tratamiento de ese elemento de prueba (un calzón encontrado con mácula de sangre y que, dice, nunca fue llevado con cadena de custodia, ni ingresado a las bodegas de la Policía Judicial), es por ello que se pidió la nulidad de la sentencia; empero, se lo tomó como referencia para la condena de su representado.

Indica que, en esta desigualdad que se aplicó en el procedimiento, no se tomaron en cuenta las pruebas de descargo que fueron presentadas a favor de su representado; dentro de ellas, también, se dio paso a comentarios respecto a las mismas y las desechaban; dejando en total indefensión a su cliente, por lo tanto, dice, que ellos –los jueces-, no aplicaron lo que la ley determinaba en cuanto a la

valoración de las pruebas; se valieron de solo una prueba como era el testimonio de la presunta víctima, sin que se haya dado valor.

Se pregunta, ¿qué culpa tiene el acusado, si la Fiscalía no realiza las investigaciones necesarias para poder esclarecer los hechos; qué culpa se tiene, si la prueba de cargo está sobre la acusación, más no sobre la persona procesada?; no era necesario que su cliente demuestre su inocencia; Fiscalía debió haber entregado los elementos de convicción suficientes como para poder determinar la responsabilidad; si no se lo hizo, cuestiona, cómo se condenan con una sola prueba; incluso cuando se refiere a prueba indiciaria, recuerda, que es un conjunto de criterios que pueden llevar al juzgador a determinar realmente a través de la sana crítica, si alguien es o no responsable dentro de este delito; por lo tanto, colige, tampoco se aplicó en lo que tiene relación a la valoración de la prueba en su contexto general y más bien se valió de una sola prueba de manera aislada.

Concluye, que de una revisión minuciosa de la sentencia, se puede percatar que se han cometido errores, no está bien desarrollada en el sentido de las tres partes que la constituyen (expositiva, motiva y resolutiva); es decir, señala, las premisas de la unidad a una conclusión, y que aquella lleve a una resolución; no hay congruencia (sic) en lo que se dice en la parte expositiva, con relación a la parte resolutiva; ellos –los jueces-, se contradicen al decir que se hace una revalorización de todos los elementos probatorios, para luego quedarse con uno solo, sin que se conteste las peticiones con respecto a la nulidad y apelación presentada.

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

El doctor José García Falconí, delegado del señor Fiscal General del Estado, contestó a los argumentos del impugnante en la siguiente forma:

Indica, que en el presente caso existen dos sentencias que establecen la certeza del delito de violación tipificado en el artículo 512.1, y sancionado en el 513 CP, por un hecho que causa alarma social y que se cometió en el mes de noviembre de 2013.

Se ha interpuesto el recurso de casación, y como bien se lo ha señalado, es un recurso de alta técnica; no es apelación, no se puede hacer un alegato de instancia; se debe fundamentar cuál es la causal por la que el recurrente considera que se cometió errores de derecho; éste recurso, se basa no en la Ley de Casación civil, sino en el artículo 349 CPP, y es obligación del recurrente señalar la violación de la ley en la sentencia, por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o por errónea interpretación.

Se escuchó de una manera general el manifestar que se habían cometido varios errores, sin señalar cómo se violó la ley en la sentencia, ni cómo influyó aquello; más aún, se está pidiendo que se vuelva a valorar la prueba, lo cual no procede en esta clase de recursos.

Toda vez que se ha manifestado, que se ha violado el artículo 76.2 CRE, lo cual no ha acontecido, pues dicha norma señala que todas las personas son inocentes y serán tratadas como tal hasta que no haya una sentencia ejecutoriada, y el procesado goza de tal presunción, toda vez que todavía no existe sentencia condenatoria.

Fiscalía General del Estado, concluye, que por cuanto no se ha fundamentado de manera técnica como establece el artículo 349 CPP, el recurso de casación interpuesto por Byron Alberto Panimboza De La Cruz, solicita que se lo deseche, y se devuelva el proceso al tribunal de primera instancia a fin de que se ejecute la sentencia.

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; y los doctores Luis Enríquez Villacrés y Miguel Jurado Fabara, Jueces 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 el cargo planteado por el recurrente –indebida aplicación del art. 465.1 CP–; este Tribunal considera necesario reparar, así como se lo ha hecho en innúmeras 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 del cargo propuesto

2.3.1.- “*No haber aplicado lo que la ley determina con respecto a la presunción de inocencia ... [Art. 76.2 CRE]*”

Una vez que ha quedado ubicado el marco del recurso de casación; éste Tribunal Casacional repara que el cargo argüido, más allá de haber señalado, en lo medular: que se

² En cuanto a las causales casacionales éste órgano jurisdiccional ha señalado: “(...) **a)** *Error de omisión*, que es al que se refiere el mencionado 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, Sal Especializada de lo Penal, Penal Militar y Tránsito, Recurso de Casación Nro. 1389-2012. Merino Oñate y Chicaiza Maridueña vs Tercera Sala de lo Penal, Colusorio y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

ha violentado la presunción de inocencia (artículo 76.2 CRE); que desde un inicio (parte expositiva de la sentencia), los jueces le han tratado como que fuera culpable ya que consideran que con la prueba que se ha aportado es autor y que existe también el delito; que no ha existido igualdad procesal en el juzgamiento, por cuanto, los jueces se han limitado a dar respuestas y conocer solamente las pruebas de cargo, y las de descargo han sido tomados de manera general; que pese a que fuera invocado, en apelación y nulidad, el artículo 330.3, la Corte Provincial únicamente se ha referido sólo a la causal 1 de dicho artículo; que se han desechado sus pruebas sin darle un valor en su contexto; que sólo se valoró el testimonio de la víctima y se lo condena con una sola prueba; que se debe hacer una revisión minuciosa de la sentencia para percatarse de los errores; y, que en la valoración de la prueba no hay congruencia entre la parte expositiva y resolutiva de la sentencia.

Precisados que han quedado los argumentos del casacionista, los cuales en *strictu sensu*, no constituyen cargo casacional, pues no se precisa causal alguna de violación de las previstas en el artículo 349 CPP (contravención expresa, indebida aplicación, y/o errónea interpretación, causales que cada una hace referencia a un tipo de error de derecho en concreto y que tiene sus características propias); pues, por más que se ha hecho referencia al artículo 76.2 CRE, y en lo medular al principio de inocencia e igualdad; el núcleo sobre el cual gira, es su inconformidad para con la sentencia impugnada; empero, no se sustenta en cuanto a un error *in iure* en concreto de la sentencia.

Ahora bien, más allá de aquello, este Tribunal Casacional, en aras de despejar lo argüido por el recurrente, luego de haber revisado la sentencia impugnada, esto es, la dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena, de 15 de abril de 2016, las 15h01, la cual, confirma en todas sus partes el fallo emitido por el Tribunal de Garantías Penales de Santa Elena, de 14 de julio de 2014, las 12h17, que lo declaró autor del delito de violación sexual, tipificado y sancionado en los artículos 512.1 y 513 del Código Penal (CP), imponiéndole la pena de veinticinco años de reclusión mayor especial, con daños y perjuicios que considerar; encuentra que la sentencia reúne todos los requisitos para una adecuada motivación tanto en su parte expositiva, considerativa y resolutiva.

Con relación al principio de inocencia que se dice ha sido vulnerado, cabe reparar, que este Tribunal no tiene potestad para casar la sentencia sobre la base de tal alegación; más aún, cuando, aquello no es así, puesto que, se debe precisar, que hasta llegar a la etapa de juicio los administradores de justicia hablan solamente de una investigación y, con base a ella, de presunciones graves sobre la existencia del delito y sus responsables, sobre los cuales se

dicta un auto de llamamiento a juicio; es así que, en el momento en que cuando se pasa a la etapa de juicio, que con ello se evacúa la prueba en el Tribunal Penal, se dicta una sentencia en la que ya se puede hablar de la existencia del delito y de la responsabilidad, así como de la certeza que tiene el juzgador de instancia para condenar o ratificar la inocencia del procesado; por otro lado, tan es así que, no se ha violentado el principio de inocencia, toda vez que el encartado ha tenido el derecho a recurrir, e incluso, hasta el momento mismo del presente escenario casacional, ha seguido continuado bajo el cobijo de tal presunción, y así se lo ha considerado; obviamente hasta que no se pruebe lo contrario con sentencia debidamente ejecutoriada, tras la interposición de los recursos, en el caso de haber ejercido su derecho a la impugnación.

Respecto a la vulneración al derecho a la igualdad, también referido por el recurrente; se debe indicar que de igual manera, se trata de una alegación sin sustento jurídico, por la cual este Tribunal, tampoco, puede entrar a casar; toda vez que aquello, en el evento de haber sido así, pasaría por un tema de nulidad procesal, que no es el momento de hacerlo, y sobre todo, por el hecho de haberse señalado que, no han sido tomadas en cuenta las pruebas de descargo; más aún, cuando aquello, conforme obra de la sentencia impugnada, si consta analizado, y obviamente, el juzgador de instancia, a quien en efecto le corresponde la valoración del acervo probatorio, consideró que las pruebas de cargo son suficientes para condenarlo, que las descargo para absolverlo, y es por ello que dicta la sentencia de condena.

Finalmente; este Tribunal, debe insistir, en 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, y sus causales se circunscriben a que, en los cuestionamientos sobre la legalidad de la sentencia, se pretenda, a través de ellas, la reparación de los yerros en el fallo impugnado; así como, la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que intervienen en el proceso; y, unificar la jurisprudencia. En varias de sus resoluciones este órgano jurisdiccional, ha reiterado, que la casación debe interponerse únicamente con base y por los motivos previstos en la norma, ya que no cualquier clase de inconformidad con la sentencia, es susceptible de ser recurrida por esta vía; premisa, que es precisamente la que ha evidenciado y señalado la defensa técnica del recurrente para su alegación.

3.- RESOLUCIÓN

Conforme 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, por unanimidad, declara improcedente el recurso de casación planteado por Byron Alberto Panimboza De La Cruz, por falta de fundamentación jurídica; y, además, por no haberse justificado ninguna de las causales de violación de la ley establecidas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. Devuélvase el proceso al tribunal que dictó el fallo impugnado, para la ejecución de la sentencia. **Notifíquese y Cúmplase.-f.-** Dra. Gladys Terán Sierra.- **JUEZA NACIONAL PONENTE.-** f.- Dr. Luis Enríquez Villacrés.- **JUEZ NACIONAL.-** f.- Dr. Miguel Jurado Fabara.- **JUEZ NACIONAL.-** **Certifíco:** f.- DR. CARLOS IVÁN RODRIGUEZ GARCIA.-**SECRETARIO RELATOR**
CERTIFICO: Las cinco (05) fojas que anteceden son iguales a su original.

Quito, 24 de noviembre del 2017.

DRA. IVONNE GUAMANÍ LEÓN
SECRETARIA RELATORA

CASO No. 17721-2016-0291
RESOLUCIÓN No. 1238-2017
RECURSO: CASACIÓN
PROCESADO: HENRY WILSON CABRERA VILLAMAGUA Y TITO ESTEBAN CHICAIZA
VELASCO
DELITO: PECULADO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR
SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO
Juicio Nro. 291-2016
RECURSO DE CASACIÓN

Quito, lunes 31 de julio del 2017; las 09H03.-

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

Los procesados Henry Wilson Cabrera Villamagua y Tito Esteban Chicaiza Velasco, interponen recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Napo, el 14 de enero de 2016, a las 15h43, que modifica el fallo dictado por el Tribunal de Garantías Penales de la mencionada provincia, el 3 de diciembre de 2015, a las 09h27, en cuya parte resolutiva, inicialmente, se los declaró responsables penalmente en calidad de autores del delito tipificado y sancionado en el artículo 257 del Código Penal, imponiéndoles la pena modificada de cinco años de privación de la libertad, por existir en su conducta las atenuantes de los numerales 3 y 7, del artículo 29 *ejusdem*. En cuanto a la modificación ocurrida en el fallo de segundo nivel, se concretó en una reducción superior de la sanción impuesta a los procesados, de cinco a dos años de privación de la libertad, “... bajo el principio constitucional de proporcionalidad...”

En la sentencia de segundo nivel, el examen probatorio efectuado por el Tribunal de Apelación ha llevado a las siguientes conclusiones fácticas:

... los procesados Tito Esteban Chicaiza Velasco y Henry Wilson Cabrera Villamagua [...] poseían a su cargo y disposición los recursos-dineros públicos producto de la recaudación diaria, sea por impuestos, tasas, contribuciones especiales y otros que emite el Gobierno Autónomo Descentralizado de El Chaco [...] habiéndose demostrado que han incumplido su obligación de fidelidad y lealtad [...] ya que se ha establecido fehacientemente [...] que [su] accionar ha sido el de disponerse arbitrariamente de los dineros públicos, y que

lógicamente debían depositarse en su integridad en la cuenta corriente de la Institución Municipal, en el Banco Nacional de Fomento, pero por el contrario no lo hicieron...

Por sobre esto, en el fallo de segunda instancia también se especifica el valor total del perjuicio causado, así como los cargos desempeñados por los procesados:

... el valor no depositado [fue] de USD. 7270,10, del 1 de abril de 2005 al 30 de junio de 2009, [...] a las cuentas del Gobierno Autónomo Descentralizado de El Chaco, por parte de los responsables de realizar los depósitos, esto es el tesorero municipal Henry Wilson Cabrera Villamagua y el recaudador municipal Tito Esteban Chicaiza Velasco [...] [quienes] estaban obligados a cumplir [las] funciones fijadas en la Ordenanza de clasificación de puestos y escalafón de sueldos de los empleados del Gobierno Municipal de El Chaco...

Es por estas consideraciones que el Tribunal de Apelación llega a “... la absoluta convicción y por ende certeza de la culpabilidad [d]e los procesados Tito Esteban Chicaiza Velasco y Henry Wilson Cabrera Villamagua...”.

1.2 Sustanciación del recurso de casación

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

- Providencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Napo, que corre de fs. 42 del cuaderno de segundo nivel, mediante la que se acepta a trámite el recurso de casación interpuesto por los procesados Henry Cabrera Villamagua y Tito Chicaiza Velasco.
- Sorteo de la causa Nro. 291-2016, constante a fs. 1 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; y, los doctores Luis Enríquez Villacrés y Miguel Jurado Fabara, Jueces Nacionales.
- Audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, en la que fueron escuchados: el doctor Edgar Rodríguez, defensor privado de los procesados Henry Cabrera y Tito Chicaiza; el abogado Flavio Jiménez, defensor del acusador particular Duval García, Alcalde del Gobierno Autónomo y Descentralizado de El Chaco; y, el doctor José García Falconí, delegado del señor Fiscal General del Estado.

1.3 Cargos planteados en la fundamentación, por los recurrentes Henry Wilson Cabrera Villamagua y Tito Esteban Chicaiza Velasco

Durante la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, el abogado Edgar Rodríguez, defensor de los recurrentes, esgrimió los siguientes cargos en contra de la sentencia impugnada:

- **Sin especificar norma jurídica ni causal de casación**, solicitó que se declare la nulidad constitucional de la sentencia de segundo nivel, pues a su criterio, en ella no se encuentran normas procesales, sustantivas o doctrina internacional que justifique la imposición de la sanción.
- **Indebida aplicación de los artículos 32, 29 (numerales 3, 6 y 7) y 257 del Código Penal.**– A criterio de la defensa, el hecho de que los procesados hayan devuelto la cantidad de dinero que se les imputa haber sustraído del Gobierno Autónomo Descentralizado de El Chaco, antes del inicio de fase preprocesal de esta causa, es suficiente para que desaparezca la tipicidad subjetiva de su conducta, y por tanto, la sanción que pesa en su contra.
- **Sin especificar norma jurídica ni causal de casación**, pidió que se considere que los procesados estuvieron en indefensión, en tanto la audiencia de juzgamiento la llevó a efecto un defensor que no pudo contar con el tiempo y medios necesarios para prepararse, al haber sido contratado por los procesados el mismo día de la diligencia.

Como consecuencia de su argumentación, la defensa de los recurrentes solicitó que se case la sentencia y se ratifique el estado de inocencia de sus representados.

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

Durante la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, el doctor José García Falconí, delegado del señor Fiscal General del Estado, contestó a los argumentos del impugnante en la siguiente forma:

- La defensa no manifestó la causal de casación por la que considera vulnerada la ley, de aquellas contenidas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.
- La sentencia impugnada reúne los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, por lo que puede considerarse motivada, incluso se ha hecho por parte del Tribunal de Apelación un análisis del principio de proporcionalidad, en virtud del cual se rebaja la pena de los procesados.
- La devolución de dinero a la que hace alusión la defensa, solo sirve como atenuante y no como eximente de responsabilidad.

Por los argumentos expuestos, el delegado del señor Fiscal General del Estado solicitó que se declare improcedente el recurso de casación interpuesto por los procesados Wilson Cabrera y Tito Chicaiza.

1.4 Contestación del recurso por parte de la acusación particular

Durante la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, el abogado Flavio Jiménez, defensor del acusador particular Duval García, Alcalde del Gobierno Autónomo y Descentralizado de El Chaco, contestó a los argumentos del impugnante en la siguiente forma:

- En la sentencia se hace un análisis detallado tanto de la materialidad como de la responsabilidad de los procesados.
- No hay ninguna actitud positiva de los procesados, pues durante años ellos se aprovecharon sistemáticamente de los recursos públicos.
- La sentencia se encuentra debidamente motivada, a tal punto que inclusive se hace un análisis del principio de proporcionalidad, en virtud del cual es rebajada la pena de los procesados.
- No se menciona causal de casación por la que se proponga el actual recurso.
- Los procesados hicieron uso de todos los derechos que les asisten dentro de este proceso penal.

Por los argumentos expuestos, el defensor de la acusación particular solicitó que se declare improcedente el recurso de casación interpuesto por los procesados Wilson Cabrera y Tito Chicaiza.

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, 349 del Código de Procedimiento 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; y, los doctores Luis Enríquez Villacrés y Miguel Jurado Fabara, Jueces Nacionales.

2.2 Análisis de los cargos propuestos por el recurrente

2.2.1 Pedido de nulidad procesal por falta de defensa técnica

En su primer cargo, los impugnantes alegan que no contaron con el tiempo ni los medios suficientes para preparar su defensa, en tanto el abogado que los defendió en la audiencia de juzgamiento asumió el caso ese mismo día y por tanto se desempeñó de forma deficiente.

Al ser la vulneración al derecho a la defensa una situación que podría provocar la nulidad procesal, y por tener este órgano jurisdiccional capacidad para revisar este tipo de alegaciones sobre errores *in procedendo*, según lo dispuesto en el artículo 331 del Código de Procedimiento Penal, se ha efectuado una revisión de lo alegado por los impugnantes, respecto a su defensa técnica en la etapa de juicio, examen cuyas conclusiones se exponen *infra*.

En la misma audiencia de fundamentación del actual recurso, el defensor de los impugnantes señaló textualmente que el motivo por el que considera que se vulneró el derecho a la defensa, se constriñe a que debido al cambio de abogado "... no se podía preparar una defensa técnica, material, eficiente y no se podía presentar el elemento probatorio de que [sus defendidos] habían reparado el daño...", con la finalidad de obtener la atenuante prevista en el artículo 29.3 del Código Penal. Al respecto, este órgano jurisdiccional observa que tanto en la sentencia de primer nivel como en la de apelación, se ha determinado como cierta la existencia de tal circunstancia en la conducta de los procesados:

... [Sentencia de primer nivel:] declara a Tito Esteban Chicaiza Velasco y Henry Wilson Cabrera Villamagua [...] autores del delito de peculado tipificado y reprimido en el Art. 257 del Código Penal [...] con las circunstancias atenuantes del Art. 29 del cuerpo legal antes invocado, es decir las atenuantes de los numerales 3 y 7... [énfasis fuera del texto]

... [Sentencia de segundo nivel:] la devolución del dinero en diferentes depósitos y fechas por parte de los procesados ha sido considerado por el Tribunal de Garantías Penales de Napo como atenuantes acorde al Art. 29 numeral 3 y 7 del Código Penal.

Al tomar en consideración que uno de los principios que rige la nulidad es la trascendencia, según el cual no se puede declarar este efecto procesal "... si no se produce un perjuicio a la parte"¹, se observa que la petición de los procesados se torna improcedente, pues la atenuación de la pena que buscaban con la devolución del dinero fue aceptada en ambas sentencias de instancia.

Por sobre esto, el Tribunal de Casación también observa que el propio abogado de los recurrentes, manifiesta que el órgano jurisdiccional de primer nivel preguntó al defensor de ese entonces si se encontraba listo para llevar a cabo la audiencia de juicio, y "... [é]l dijo que en

¹ VESCOVI, Enrique. *Teoría General del Proceso*. Temis. Bogotá, Colombia. Año 2006. Pág. 264.

cuatro horas se pudo [...] prepara[r]...”; en tal sentido, se recuerda que la interpretación constitucional oficial ha manifestado:

... se debe garantizar [...] una defensa técnicamente ejercida, basada en la idoneidad profesional y en el cumplimiento de obligaciones pertinente, siendo de exclusiva responsabilidad de dicha defensa las actuaciones realizadas, independientemente de las facultades y deberes ejecutados por los órganos de administración de justicia [...] [que] de su lado, no pueden introducirse dentro de la esfera propia de las relaciones y obligaciones de los abogados patrocinadores y sus defendidos...² [énfasis fuera del texto]

En conclusión, dado que el propio abogado defensor que actuó en la audiencia de juzgamiento, en favor de los procesados, manifestó que tuvo el tiempo necesario para prepararse; y, que lo alegado por los ahora impugnantes no les ha causado el perjuicio que dicen haber sufrido, se declara improcedente el cargo de nulidad ahora analizado.

2.2.2 Pedido de nulidad por falta de motivación de la sentencia

En un segundo cargo, los impugnantes atacan a la sentencia impugnada por considerarla inmotivada, y para fundar tal afirmación, mencionan que en ella no se encuentran normas procesales, sustantivas o doctrina internacional que justifiquen la imposición de una sanción en su contra. Al respecto, se debe mencionar que ya en anteriores fallos se ha determinado que:

... para que la Corte Nacional de Justicia entre a resolver los cargos que el casacionista enuncia en contra de la sentencia del *ad quem*, se requiere que dicha sentencia esté completa, entendiendo por esto el que los fundamentos de hecho y de derecho del juzgador de último nivel se encuentren expresados en el fallo, independientemente de que dichos fundamentos sean correctos o incorrectos...³

Con este criterio, el Tribunal de Casación ha entrado a revisar lo relativo a la existencia de la motivación en la sentencia impugnada por quien recurre, en atención a lo establecido en el artículo 76.7.I) de la Constitución de la República, con ciertas especificidades propias de las competencias de este órgano jurisdiccional:

... el estudio de esta institución en la actual sede, al amparo del artículo 76.7.I) de la Constitución de la República, tiene sus límites, pues únicamente abarca los casos en los que ella “... de plano [...] es inexistente, o porque uno de los elementos que la presuponen, ya sea los fundamentos de hecho o de derecho, faltan al revisar el fallo del juzgador...”⁴.

Con estos límites, queda por fuera de la posibilidad de análisis del Tribunal de Casación, la corrección de los errores de hecho presentes “... en una sentencia en la que los argumentos del juzgador estén alejados de la

² CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. Sentencia Nro. 223-15-SEP-CC, de 9 de julio de 2015.

³ 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. 186-2012. *Estado ecuatoriano Vs. Vaca Portilla* (Tenencia de armas).

⁴ 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. 608-2013. *Estado Ecuatoriano Vs. Lasso et al.* (Plagio).

realidad fáctica que han demostrado las pruebas...”⁵, pues en este escenario, aunque errónea, la motivación existe y alterarla implicaría una nueva valoración de la prueba, prohibida por el artículo 349, segundo inciso, del Código de Procedimiento Penal. Así también, quedan por fuera del examen de motivación, las sentencias en las que lo cuestionado sea “... el sentido y alcance [d]e [...] las normas jurídicas que ha aplicado el órgano jurisdiccional al resolver el caso...”⁶, en tanto ello entra en el campo de estudio de los errores de derecho, que deben resolverse como cargos de casación, sin ser procedente el uso de la nulidad fijada por el antedicho artículo 76.7.I) de la Constitución de la República.⁷

En específico, la alegación de los recurrentes recae sobre la motivación jurídica dada por el juzgador de segundo nivel en su sentencia, ya que lo alegado es que no se ha mencionado ni normativa ni doctrina jurídica que sustente la decisión. Este tema toma relevancia, puesto que la propia jurisdicción constitucional ha resaltado que “[p]ara que determinada resolución se halle correctamente motivada, es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el Derecho le ofrece para adoptarla...”⁸; y, por tanto, se requiere de “... la observancia y aplicación por parte de los operadores de justicia de disposiciones constitucionales, legales y/o jurisprudenciales acordes con la naturaleza de la causa puesta a su conocimiento [énfasis fuera del texto]...”⁹.

Resaltado lo anterior, se debe manifestar que este Tribunal de Casación ha hecho la correspondiente evaluación de la motivación del fallo impugnado, del que se desprende lo siguiente:

- Se elabora un análisis de los elementos del tipo penal contenido en el artículo 257 del Código Penal (peculado), con relación a los hechos del caso.
- Se utiliza jurisprudencia, así como las obras de los autores Francisco Carrara y Carlos Creus para cimentar lo relativo a los elementos del tipo penal de peculado.
- Se menciona la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado para definir el concepto de recursos públicos, así como la sujeción de los funcionarios públicos al Sistema de Control, Fiscalización y Auditoría del Estado.
- Se cita la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, vigente al momento de ocurrir los hechos, con la finalidad de determinar las obligaciones que tenían todos los funcionarios públicos.

⁵ *Ibídem*.

⁶ *Ibídem*.

⁷ CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Sentencia que pone fin al recurso de casación firmado con el Nro. 834-2015. *Estado ecuatoriano Vs. Arroyo Simisterra (Violación)*.

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. Sentencia Nro. 198-14-SEP-CC, de 13 de noviembre de 2014.

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. Sentencia Nro. 130-16-SEP-CC, de 20 de abril de 2016.

- Se utiliza el artículo 29.3 del Código Penal para especificar que la reparación del daño es una atenuante y no un eximiente de la responsabilidad.
- Se cita al autor Luis Cueva Carrión respecto al dolo en la figura del peculado, así como también se menciona jurisprudencia y al autor Juan Bustos Ramírez, no solo para definir lo que se entiende por dolo, sino también para fortificar los criterios relativos a los elementos del tipo penal de peculado.
- Se hace un análisis del principio de proporcionalidad, basado en el artículo 76.6 de la Constitución de la República, así como en la obra de los autores Alessandro Baratta, Ramiro Ávila y Carlos Bernal Pulido.

En atención a lo expresado *supra*, el Tribunal de Casación observa el uso de legislación interna, así como de doctrina nacional e internacional, para dar cimento a la decisión del órgano jurisdiccional de segundo nivel, por lo que dentro de los límites establecidos en líneas anteriores, se determina que en el fallo impugnado existe motivación jurídica; y, por tanto, declara improcedente el cargo de los recurrentes analizado en este sub-numeral.

2.2.3 Indebida aplicación de los artículos 32, 29 (numerales 3, 6 y 7) y 257 del Código Penal

En su último cargo, los recurrentes expresan que al haber devuelto la cantidad de dinero que se les imputa haber sustraído del Gobierno Autónomo Descentralizado de El Chaco, antes del inicio de la fase preprocesal de esta causa, era imposible que se los declare culpables del delito de peculado.

Sobre lo argumentado por los impugnantes, este órgano jurisdiccional observa que de los hechos que se tienen como probados en esta causa por el Tribunal de Apelación, y que ya fueron citados en el numeral 1.1 de este fallo, se desprende que el delito cometido por los procesados se consumó al haber distraído, en beneficio propio, los dineros del Gobierno Autónomo Descentralizado de El Chaco, que debían ser depositados en la respectiva cuenta del Banco Nacional de Fomento, y que es por este hecho que están siendo juzgados en esta causa, sin importar que tras su ejecución hayan devuelto el dinero, pues al tenor del artículo 29.3 del Código Penal, tal actitud es entendida por la legislación vigente como una atenuante y no como una eximiente de responsabilidad.

En atención a lo dicho, y recordando que la actividad jurisdiccional de solución de conflictos intersubjetivos “... se debe hacer de *lege lata*, en estricta aplicación del principio de legalidad, sin que las aspiraciones o deseos personales del juez [o de las partes], sobre lo que debería

contener la legislación, se entrometan en la correcta aplicación del derecho”¹⁰, se declara improcedente este último cargo de los recurrentes.

2.3 Casación de oficio

Este órgano jurisdiccional ha observado que al momento de imponer la sanción respectiva a los impugnantes, el juzgador de segundo nivel ha hecho un análisis del principio de proporcionalidad, en el que desconoce la pena establecida para la infracción contenida en el artículo 257 del Código Penal, en la siguiente forma:

... consideramos que la pena mínima establecida para el tipo penal, 5 años de privación de su libertad en el delito que se juzga, es desproporcional para conseguir el objetivo deseado, cual es el de proteger la confianza en el sistema estatal y el accionar de sus funcionarios, teniendo en cuenta los procesados resarcieron o devolvieron a la entidad municipal lo que en forma abusiva se encontraba en su poder...

Efectivamente, la pena prevista en el mentado tipo penal es de “... reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años...”, y tras la aplicación de atenuantes, según el artículo 72, inciso cuarto, del Código Penal, la sanción se reduce a “... reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años...”, límite que debería haber sido respetado por el juzgador de segundo nivel, en virtud de que la aplicación del principio de proporcionalidad que puede hacer no se extiende a la modificación de la pena en abstracto.

Para aclarar lo dicho *supra*, nos valemos de la jurisprudencia de este órgano jurisdiccional, en la que se ha dicho que el principio de proporcionalidad puede ser aplicado en dos esferas del mundo jurídico-penal:

La primera de esas esferas es la legislativa, en ella, el principio de proporcionalidad es aplicado luego de que el legislador ha considerado, en aplicación del principio de lesividad, que una conducta resulta nociva para la sociedad, en cuanto vulnera un bien jurídico que ha sido protegido por el ordenamiento interno; razón por la cual, la [tom]a como un ilícito dentro del catálogo de delitos contenidos en las leyes penales. El ejercicio de proporcionalidad en este punto, se centra en la determinación de una pena “en abstracto” para el delito que ha sido tipificado por el legislador, la que debe guardar correlación con la magnitud del daño que se ha causado al bien jurídico protegido [...] La segunda esfera en la que se utiliza el principio de proporcionalidad es la jurisdiccional, al momento en que el juzgador se encarga de imponer una pena “en concreto” al procesado, atendiendo a todas las circunstancias que rodean a la comisión del ilícito, incluidas aquellas que resultan atenuantes o agravantes de la infracción¹¹.

¹⁰ 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. 1449-2012. *Estado ecuatoriano Vs. Jurado Vela (Tenencia de droga)*.

¹¹ 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. 1449-2012. *Estado ecuatoriano Vs. Jurado Vela (Tenencia de droga)*.

Según lo establecido, la primera esfera (pena en abstracto) es de competencia exclusiva del órgano legislativo, y es por ello precisamente que se ha dicho que:

Sobre esta determinación de la pena “en abstracto” que hace el legislador, utilizando un sistema de máximos y mínimos que en la doctrina es conocido como “determinación relativa de la pena”, no puede alejarse, bajo ningún supuesto, el juzgador, a menos de que compruebe la existencia de circunstancias atenuantes que le hagan posible la modificación de la pena a favor del encartado, de acuerdo a los parámetros que, de igual manera, ha establecido el órgano legislativo. Por lo expuesto, no es competencia de ningún juez o jueza de los tribunales de garantías penales, ni de los juzgadores encargados de resolver los diversos recursos que conforman la etapa de impugnación, realizar un análisis de proporcionalidad sobre la pena que el legislador ha establecido al tipificar [un] delito...¹²

En conclusión, y recordando además que casos como estos han sido resueltos por la Corte Constitucional con el mismo criterio vertido en este fallo¹³, se observa que el juzgador de segundo nivel ha vulnerado, por contravención expresa, el artículo 72, inciso cuarto, del Código Penal, por lo que en uso de las facultades oficiosas contenidas en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, se determina que la pena que debía imponérsele a los procesados era de cuatro años de reclusión mayor ordinaria.

Ahora bien, a favor de los procesados opera el principio *non reformatio in pejus*, contenido en el artículo 77.14 de la Constitución de la República, debido a que “... el juez que conoce una impugnación, no puede agravar la situación del impugnante, si [...] no exist[e] una impugnación presentada por la parte contraria en juicio...”¹⁴, lo que efectivamente ocurre en este caso, al no contarse con impugnación de la acusación pública o particular. En tal sentido, la pena a la que se condena a los procesados es la misma que consta en el fallo de apelación, efectuándose las consideraciones que constan *supra*, con la única finalidad de que en futuros casos no se presenten errores análogos al que ahora se corrige.

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 358 del Código de Procedimiento Penal: **a)** Declara improcedente el recurso de casación interpuesto por Tito Esteban Chicaiza Velasco y Henry Wilson Cabrera Villamagua; y, **b)** Casa de oficio la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Napo, el 14 de enero de 2016, a las 15h43, para corregir el error de derecho

¹² *Ibídem*.

¹³ Ver: CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. Sentencia N° 006-12-SCN-CC, de 19 de enero de 2012.

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. Sentencia Nro. 330-16-SEP-CC, de 12 de octubre de 2016.

cometido por los juzgadores de segundo nivel, al contravenir expresamente el texto del artículo 72, cuarto inciso, del Código Penal, y haberles impuesto a los procesados una pena de dos años de privación de la libertad, cuando la que correspondía era de cuatro años, en aplicación del mentado artículo, así como de los artículos 29 (numerales 3 y 7), 42 y 257 *ejusdem*. Sin embargo, por ser los acusados los únicos recurrentes, en aplicación del principio *non reformatio in pejus*, contenido en el artículo 77.14 de la Constitución de la República, se mantiene la sanción que se les ha establecido en el fallo de segundo nivel, instando a los juzgadores que lo dictaron a respetar, en las futuras causas que lleguen a su juzgamiento, los criterios vertidos en el numeral 2.3 de esta sentencia. Una vez ejecutoriado el fallo de casación, devuélvase el expediente al órgano jurisdiccional de origen **Notifíquese y Cúmplase.- F.- Dra. Gladys Terán Sierra.- JUEZA NACIONAL PONENTE.- F.- Dr. Miguel Jurado Fabara.- JUEZ NACIONAL.- F.- Dr. Luis Enríquez Villacrés.- JUEZ NACIONAL.- Certifco: f).- DR. CARLOS IVÁN RODRIGUEZ GARCIA.-SECRETARIO RELATOR**

CERTIFICO: Las seis (06) fojas que anteceden son iguales a su original.

Quito, 24 de noviembre del 2017.

DRA. IVONNE GUAMANÍ LEÓN
SECRETARIA RELATORA

CASO No. 17721-2016-1073
RESOLUCIÓN No. 1240-2017
RECURSO: CASACIÓN
PROCESADO: ROSA XIMENA PIEDRA PALACIOS
DELITO: USURA

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR,
PENAL POLICIA Y TRÁNSITO
JUICIO N° 1073-2016-MMA
DELITO DE USURA
RECURSO DE CASACIÓN**

JUEZ PONENTE: Dr. Miguel Jurado Fabara
RECURRENTE: Rosa Ximena Piedra Palacios (sentenciada)

Quito, lunes 31 de julio del 2017, las 10h50.-

VISTOS:

Celebrada la audiencia oral, pública y de contradictorio, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia procede a proferir el fallo por escrito y debidamente motivado con ocasión del recurso de casación propuesto por la señora Rosa Ximena Piedra Palacios, en contra de la sentencia de fecha 30 de junio del 2016, las 12h27, a través de la cual el *ad-quem* desecha los recursos de apelación y ratifica la sentencia venida en grado.

1. ANTECEDENTES

1.1 Reseña fáctica.-

El *Ad-quem* lo sintetizó de la siguiente manera:

“(...)SÉPTIMO: La fiscalía ha indicado que en el año 2005 el procesado Jorge Paulino Piedra Palacios les hizo un préstamo de veinte mil dólares a los señores Manuel Ulpiano Murillo Gómez y María Felicidad Peñaloza Cedillo con un interés mensual del cinco por ciento y con un plazo de seis meses, mismo que fue garantizado con una letra de cambio y una hipoteca abierta sobre una finca denominada “San José”, de 30.80 hectáreas, ubicada en la parroquia y cantón El Pangui, de propiedad de los deudores; que en el plazo convenido le pagaron la totalidad de la deuda con los intereses; y, que, en el presente caso, en el mes de junio de 2008, Jorge Paulino Piedra Palacios, padre de la hoy procesada y recurrente, les hace un nuevo préstamo por la cantidad de diez mil dólares, con el 4% de interés mensual y a plazo indefinido; que para ello le firmaron una letra de cambio y además seguía la hipoteca abierta antes indicada; que por motivos ajenos a la voluntad de los deudores solo lograron pagar la primer cuota mensual de \$ 400,00 sin poderle hacer ningún otro pago; que aproximadamente a los dos años, el procesado le hace firmar una nueva letra a Manuel Ulpiano Murillo Gómez, por el valor de \$ 9.500,00 equivalente a los intereses usurarios adeudados por el préstamo de los diez mil dólares; que inmediatamente después de firmar la segunda letra la señora Rosa Ximena Piedra Idrovo, hija del prestamista, procede a demandar ejecutivamente las dos letras de cambio, por lo que tuvieron que pagar \$10.000,00 del préstamo y \$9.500,00 de los intereses usurarios, más intereses y costas judiciales; que por esta razón considera que la procesada en contubernio con su padre han quebrantado lo dispuesto en los Arts. 583 y 584 del Código Penal con lo que ha

cometido el delito de usura, ilícito penal que ahora se encuentra establecida en el Art. 309 del COIP (...)” [Sic]¹

1.2 Actuación procesal relevante.-

- i.** El Tribunal de Garantías Penales con sede en Zamora, provincia de Zamora, con fecha 15 de octubre del 2015, las 14h43, declaró la culpabilidad de los señores Jorge Paulino Piedra Palacios y Rosa Ximena Piedra Idrovo por considerarlos autores del delito de usura, tipificado en el artículo 583 del Código Penal y sancionado en el artículo 484 ibidem, condenándolos con la pena de seis (06) meses de prisión correccional; y, multa de diecisésis (USD 16,00) dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.
- ii.** Los sentenciados inconformes con la decisión del *a quo* interponen recurso de apelación, cuyo conocimiento recayó en la Sala Primera y Única de la Corte Provincial de Justicia de Zamora; que el 30 de junio del 2016, las 12h27, resolvió desechar la impugnación propuesta, confirmando la sentencia venida en grado.
- iii.** La señora Rosa Ximena Piedra Idrovo presenta recurso de casación en atención a lo que disponen los artículos 349 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, ante esta Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

1.3 Extracto de la fundamentación y contestación del recurso de casación.-

Acorde con lo dispuesto en el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, se llevó a cabo la audiencia oral, pública y de contradictorio, en la que los sujetos procesales expresaron:

1.3.1 Síntesis de la fundamentación realizada por parte de la recurrente Rosa Ximena Piedra Idrovo, a través de su abogado defensor Diego Palacios Moreno:

- a)** Manifiesta que, recurre de la sentencia dictada por la Sala Primera y Única de la Corte Provincial de Justicia de Zamora, con fecha 30 de junio del 2016.
- b)** Indica que, existe errónea interpretación de la norma contenida en el artículo 583 del Código Penal, señalando que ella no conocía de los negocios usurarios de su padre, que ella no participó en el ilícito y que en la sentencia no se analizan los elementos objetivos y subjetivos del tipo.
- c)** Señala que, existe indebida aplicación del artículo 42 del Código Penal, debiendo aplicar el artículo 44 ibidem, porque no es autora, sino encubridora; por cuanto, ella resulta ser el medio para el cobro, más no colaboró con los negocios usurarios, no tuvo dominio del hecho típico, ni conocimiento y tampoco de la finalidad del delito.
- d)** Sostiene que, existe errónea interpretación de la norma contenida en el artículo 143 del Código de Procedimiento Penal, ya que el testimonio de la procesada es un medio de prueba a su favor y debe ser analizado en su contexto y no como lo hicieron en el considerando noveno del fallo.
- e)** Dice que, la sentencia recurrida no está motivada por tener inconsistencias en el análisis de la teoría del delito.

¹ Cfr. Cuaderno de Corte Provincial de Justicia de Zamora, fs. 50 vta. – 51.

1.3.2 Síntesis de la fundamentación realizada por parte del señor doctor Raúl Garcés Llerena, Representante de la Fiscalía General del Estado.

- a) Expone que, las causales son excluyentes entre sí y que no puede guiar una misma pretensión por dos causales diferentes.
- b) Señala que, se está requiriendo que se revalorice prueba que ya fue actuada en las instancias correspondientes, las mismas que condujeron a que se pruebe la responsabilidad de Rosa Ximena Piedra Idrobo.
- c) Afirma que, existe una indebida aplicación del artículo 42 del Código Penal, indicando que ella no es autora sino encubridora; y, esto conlleva a que esté aceptando el cometimiento del delito.
- d) Estima que, hay contradicción al solicitar que se anule la sentencia y que se ratifique su estado de inocencia.

1.3.3 Réplica del abogado defensor Diego Palacios Moreno, en representación de la recurrente Rosa Ximena Piedra Idrobo:

Arguye que, al recurrir por la indebida aplicación del artículo 42 del Código Penal no acepta responsabilidad y que ella no ha participado en lo más mínimo.

1.3.4 Intervención del señor doctor Pablo Corrales, en representación del procesado no recurrente Jorge Paulino Piedra Palacios:

Manifiesta que, no se ha vulnerado derechos del no recurrente; por lo que, no tiene nada que alegar.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

2.1.1 El Consejo de la Judicatura mediante Resolución N° 08-2015 de fecha 22 de enero de 2015, aprobó la integración de la Corte Nacional de Justicia, misma que ejerce jurisdicción a nivel nacional, de conformidad con el artículo 182, último inciso, de la Constitución de la República del Ecuador y 172 del Código Orgánico de la Función Judicial.

2.1.2 La Sala 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 N° 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 N° 01-2015 y 02-2015 de 25 de febrero de 2015.

2.1.3 Posterior al sorteo de Ley, el Tribunal queda conformado por el señor doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional Ponente, de conformidad con el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial; señor doctor Luis Enríquez Villacrés, Juez Nacional; y, señora doctora Zulema Pachacama Nieto, Conjueza Nacional, quien actúa en reemplazo del señor doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional, según oficio N° 0568-SG-CNJ-ROG de 24 de abril del 2017, suscrito

por el señor doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

2.2 Trámite

De conformidad con la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial N°. 180 de 10 de febrero de 2014, corresponde aplicar las normas vigentes al tiempo del inicio del proceso, que para el caso, *in examine*, son las contenidas en el Código Penal y Código de Procedimiento Penal.

2.3 Validez Procesal

El recurso de casación ha sido tramitado en virtud de lo dispuesto en los artículos 349 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con lo estipulado en el artículo 184 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, al no haberse advertido causal que pueda nulizar o afectar al mismo, en consecuencia se declara su validez.

2.4 Reflexiones sobre el recurso de casación

La casación desde sus orígenes ha sido entendida como un medio que asegura la sujeción de los juzgadores al imperio de la legalidad sustancial y procesal, lo cual permite una correcta aplicación y observancia del derecho positivo en las resoluciones judiciales. *Prima facie* debemos partir de que el recurso de casación es extraordinario y de carácter formal y, su importancia reside en que el Tribunal de Casación solo puede pronunciarse sobre la legalidad de la sentencia (*errores in iudicando*), por lo que las juezas y jueces están impedidos de realizar un nuevo examen de la prueba actuada, limitados a enmendar los posibles errores de derecho cometidos en el acto de juzgar.

Como bien señala Fabio Calderón Botero:

“el error in iudicando es de derecho cuando expresa un falso juicio de valor sobre la norma. Ese juicio erróneo puede recaer sobre su existencia, su selección o su hermenéutica. Se entiende que afecta su existencia, el error de tener como vigente un precepto no promulgado o previamente derogado; que altere su selección, el haberse equivocado en la escogencia de la norma para regular una situación dada; y, por último, que desvirtúe su hermenéutica, el interpretar incorrectamente su sentido (...)”²

En nuestra opinión, el recurso de casación en la forma prevista en nuestra ley positiva, está encaminado a corregir yerros intelectivos que se presentan en el plano normativo, es decir, errores de puro derecho, mismos que son atribuibles a los tribunales de segunda instancia, con base a un defecto cognoscitivo que se avizora en el raciocinio que realiza el juzgador.

Bajo este escenario, atendiendo a las características del instituto de la casación de ser limitado y extraordinario, su procedencia se circunscribe a la violación de la ley, bajo tres premisas:

- a) *Contravención expresa de su texto*, cuyo significado literal alude a “*obrar en contra de lo que está mandado*”, es decir, desatender lo que la norma prescriptiva manda, prohíbe o permite, cuya violación en el plano jurídico se sintetiza en los siguientes presupuestos: i) desconocimiento de la existencia de la norma; y, ii) falta de consideraciones su ámbito

² Fabio Calderón Botero, Casación y Revisión en Materia Penal, 2^a ed., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1985, p. 14.

material de la validez: tiempo y espacio. Siendo así la contravención expresa de la ley, como bien afirma, Manuel de la Plaza, citado por Fabio Calderón Botero “*por obvias razones, es el menos frecuente, porque implica desconocimiento total de circunstancias que el juez debe conocer; y, eventualmente puede implicar dolo o inexcusable ignorancia*”;

b) Indebida aplicación, misma que se verifica cuando el juzgador en su fallo deja de aplicar la norma atinente al caso, vale decir, aquella que regula el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, y en su lugar emplea una norma que no es obligatoria ni exigible para el caso en concreto, lo que se conoce en la jerga jurídica como “*error de subsunción*”; y,

c) Errónea interpretación, atribuible básicamente a un defecto hermenéutico, que se presenta en los siguientes supuestos: i) el juzgador selecciona el precepto legal correcto pero le atribuye un significado jurídico equivocado; ii) al momento de aplicar la norma legal se reduce su radio de acción y alcance y; iii) al desentrañar su significado la tarea intelectiva del juzgador le orienta a derivaciones dilatadas o limitadas.

Bajo estos presupuestos, al acudir a sede de casación el recurrente debe respetar los hechos y la valoración probatoria realizada por los juzgadores de instancia, derivando su argumentación a cuestiones de pleno derecho, es decir un examen de legalidad en la aplicación de la ley penal.

2.5 De la fundamentación del recurso y vulneraciones legales invocadas por la recurrente

Cuando la Corte de Casación, analiza las pretensiones expuestas por los recurrentes, concentra su estudio en comprobar el cumplimiento de las exigencias formales propias de este medio impugnatorio, en aras de preservar el carácter extraordinario del recurso de casación.

En este sentido, el artículo 349 del estatuto procesal vigente a la fecha del hecho, comina a que el casacionista señale la causal correspondiente, exponiendo los cargos en sustentación del recurso, el motivo, el sentido del ataque y los argumentos que servirían del fundamento para construir su pretensión.

Como se puede evidenciar, la recurrente ha esgrimido varios argumentos, ante lo cual es menester analizarlos de manera individualizada, por lo cual podemos sustraer los cargos propuestos:

- Falta de motivación de la sentencia de segundo nivel.
- Indebida aplicación de la norma contenida en el artículo 42 del Código Penal.
- Errónea interpretación de la norma contenida en el artículo 583 del Código Penal.
- Errónea interpretación de la norma contenida en el artículo 143 del Código de Procedimiento Penal.

Luego de confrontados los fundamentos del recursos de casación y la sentencia del Tribunal de Alzada con el ordenamiento jurídico vigente para el caso, corresponde a este Tribunal restringir su examen al cuestionamiento realizado en la fundamentación oral en los siguientes términos:

2.5.1 Análisis de la fundamentación del recurso de la señora Rosa Ximena Piedra Idrobo

2.5.1.1 De la falta de motivación en la sentencia de segundo nivel

La casacionista en su intervención señala que la sentencia recurrida no se encuentra motivada por no contener un análisis de las categorías dogmáticas del delito denunciado; por lo que, es imperativo que este Tribunal de Casación realice las siguientes consideraciones:

Como es sabido, el postulado de motivación constituye el eje sobre el cual se asegura la recta administración de justicia, siendo una garantía que permite efectivizar los derechos y controlar la dialéctica jurídica propuesta en la sentencia.

En este rumbo podemos decir que:

“la motivación es un balance escrito de la sentencia, de los fundamentos de hecho y de derecho que llevan al juez a la conclusión (por lo que podría calificarse de diario de viaje de la lógica judicial) y constituye el trámite indispensable para introducir al lector dentro del pensamiento del juez, con el objeto de darle la posibilidad de controlar si en el camino de sus silogismos ha existido, en cualquier punto, una caída o una desviación del camino recto. La motivación legal ha de ser de este modo el espejo revelador de los errores del juzgador”³.

Por tanto la motivación de las decisiones judiciales como exigencia, goza de respaldo constitucional y puede ser satisfecha a través de una argumentación plausible, que refleje la utilización de métodos de interpretación, a fin de alcanzar una de las máximas del Garantismo penal “mejor motivación, mayor legitimidad”.

Bajo estos derroteros y como antesala a exponer la *ratio decidendi* de la decisión adoptada por este Tribunal pluripersonal, es importante destacar que, el juzgador al momento de confeccionar el andamiaje del fallo, debe explicar y justificar las razones de *factum* y de *iure* que le asisten para arribar a una conclusión.

En este contexto, la Corte Constitucional del Ecuador en sentencia No. 025-14- SEP-CC, caso No. 0157-12-EP de fecha 12 de febrero de 2014, ha sido constante en precisar que:

“(...) La explicación como tal se refiere a la descripción de las causas que han provocado la aparición del fallo o parte dispositiva, que es su efecto, mientras que la justificación se refiere a las bases jurídicas en las que se apoya la decisión de la sentencia, es la forma de expresar o manifestar y, por supuesto, defender el discurso justificativo (...)”

En tal sentido, el deber del juzgador al dictar una resolución está encaminado a plasmar las razones y motivos que le llevaron a actuar de una forma determinada, así como precisar las razones jurídicas o fundamentos de *jure*, en los cuales se denote que se ha obrado conforme la ley, la justicia y el derecho.

Ahora bien, con respecto al cargo que expone que en el fallo recurrido no se analizaron las categorías dogmáticas del delito de usura, la Sala Primera y Única de la Corte Provincial de Justicia de Zamora, en el considerando DÉCIMO, desarrolla su disquisición en los siguientes términos:

“(...) DÉCIMO: La conducta protagonizada por la procesada se encuentra debidamente tipificada y sancionada con las normas jurídicas antes señaladas, por lo que la misma es típica, antijurídica y culpable, en tal virtud constituye un delito penal.- La conducta es típica porque se encuentra descrita,

³ Piero Calamandrei, Proceso y Democracia, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1990, p. 118.

subsumida, en la hipótesis que contiene el Art. 583 del Código Penal, aplicable al caso; *antijurídica*, porque es contraria a derecho, ya que viola, atenta contra bienes y derechos jurídicos penalmente protegidos, en este caso contra el derecho a la propiedad; y *culpable*, porque la procesada la ha realizado con conciencia y voluntad, esto es, que conocía que el acto es penalmente reprochable, que no estaba ni está permitido hacer préstamos usureros, pero a pesar de dicho conocimiento quiso participar en el ilícito, y lo hizo, con lo que se causó perjuicio al patrimonio económico de los acusadores.- No existe prueba en el proceso que demuestre lo contrario, ni de que existen causas de justificación o eximencia de la responsabilidad penal y/o de inimputabilidad penal de la justiciable, por lo que la declaratoria de culpabilidad y la pena que ha impuesto el Tribunal *a quo* son las que corresponden a su actionar (...)"⁴

Para posteriormente, con base a lo expuesto, concluir así:

"(...) Por lo expuesto y los fundados argumentos de los Jueces de primera instancia, rechazando el recurso de apelación interpuesto, la Primera y Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Zamora, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, CONFIRMA, en todas sus partes la sentencia condenatoria venida en grado (...)"⁵

Por lo que, se demuestra que el *ad-quem* de manera efectiva realiza un análisis de las categorías dogmáticas del delito denunciado, adecuando su razonamiento a los presupuestos fácticos y de derecho, explicando cómo se llegó a tal conclusión con basamento lógico de lo actuado.

Analizada que ha sido la sentencia dictada por los juzgadores de la Corte Provincial de Justicia de Zamora, y de acuerdo a lo expuesto, se considera que, ésta cumple con una motivación fáctica, jurídica y pertinente, en virtud de que los hechos han sido narrados con claridad, y tanto la teoría del caso de la Fiscalía General del Estado, como la de los defensores técnicos de los apelantes, así como las pruebas aportadas por los mencionados sujetos procesales, han sido confrontadas y valoradas de acuerdo a las reglas de la sana crítica, enlazando con el nexo causal la materialidad del delito y la responsabilidad de los señores Jorge Paulino Piedra Palacios y Rosa Ximena Piedra Idrobo mostrándose concordante con la sentencia dictada por el Juez *a quo*, en cuanto a que los hoy procesados, han adecuado su conducta al tipo penal de delito de usura, tipificado en el artículo 583 del Código Penal y sancionado en el artículo 584 ibidem, como autor y coautora respectivamente; por lo que, al haber esgrimido un cargo genérico que no está guiado a dar soporte a argumentos de una falta de motivación de la sentencia *ad-quem*; por ende, no se acepta el razonamiento exteriorizado por la casacionista.

2.5.1.2 De la indebida aplicación de la norma contenida en el artículo 42 del Código Penal, siendo la debida la contenida en el artículo 44 ibidem.

La recurrente en su tesis ha señalado como modalidad de error *in iudicando* a la indebida aplicación de la ley, misma que es conceptualizada por el tratadista Luis Cueva Carrión de la siguiente manera:

⁴ Cfr. Cuaderno de Corte Provincial de Justicia de Zamora, f. 59.

⁵ Ibíd., f. 59vta.

“Lo falso es lo contrario a la verdad, lo simulado. Estamos frente al caso de aplicación indebida de la ley cuando se la aplica en contradicción a sus preceptos, cuando la aplicación de la norma no corresponde a la forma jurídica de su ser; cuando aplicamos una norma que, jurídicamente, no corresponde al caso materia de la resolución, es decir, se yerra en la aplicación de la norma.”⁶

Mientras que, el maestro Orlando Rodríguez Chocontá, citando a Álvaro Pérez Vives, señala que:

“No se trata que una ley suficientemente explícita dejó de ser aplicada al caso pertinente; tampoco de que una ley oscura fue interpretada en el sentido menos conforme a su espíritu, sino lisa y llanamente que un texto, cuyo contenido nadie discute, ha sido aplicado a un caso que le es manifiestamente extraño o se le ha hecho producir efectos no contemplados en la norma”⁷

Compartiendo el criterio del prenombrado autor, el vicio de indebida aplicación de la ley se perfecciona cuando el recurrente señala qué norma fue aplicada sin corresponder a la realidad fáctica y jurídica del caso, además de exponer la norma que debió haber sido tomada en cuenta, y por supuesto, cómo esta violación incide en la decisión sustancial de la causa.

La tesis principal sostenida por la casacionista afirma que ha existido indebida aplicación de la norma contenida en el artículo 42 del Código Penal, que dice:

“Art. 42.- Se reputan autores los que han perpetrado la infracción, sea de una manera directa e inmediata, sea aconsejando o instigando a otro para que la cometiera, cuando el consejo ha determinado la perpetración del delito; los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución; los que han determinado la perpetración del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas, imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo; los que han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción; y los que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el acto punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin.”

Al respecto, es de considerar que el mencionado artículo establece las circunstancias por las cuales una persona puede adecuar su participación como autora del ilícito, ante la cual, el jurista Santiago Mir Puig, considera que:

“El autor es un sujeto que se encuentra en una relación especialmente importante respecto de alguno de los hechos previstos como delitos en la Parte Especial o que constituyen fases de imperfecta ejecución de los mismos. Según la doctrina dominante, dicha relación especial concurre cuando el sujeto realiza como propio alguno de los hechos mencionados. Autor es, en este sentido, el sujeto a quien se puede imputar uno de tales hechos como suyo (...)”⁸

Bajo la misma línea argumentativa, esta Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, considera en cuanto al autor que:

“Autor: El autor de un hecho criminal es el que física, directa e inmediatamente ejecutó el hecho criminal o instigó o aconsejó, vale decir es el sujeto activo sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción. Todo

⁶ Luis Cueva Carrión, “La Casación en Materia Penal”, 2da. Edición, Quito, 2007, p. 256.

⁷ Orlando Rodríguez Chocontá, “Casación y Revisión Penal”, Editorial Temis S.A, Bogotá, 2008, p. 239.

⁸ Santiago Mir Puig, “Derecho Penal, Parte General”, Décima Edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2016, p.376-377.

comportamiento que tenga importancia causal en el resultado es integrante de la autoría.”⁹

La recurrente alega que debió aplicarse, en lugar de la citada disposición, el artículo 44 del Código Penal, arguyendo que no es autora del delito de usura, y que su participación fue como *encubridora* del hecho, ya que no tuvo dominio del hecho y tampoco conocimiento del ilícito. El mencionado apartado prevé lo siguiente:

“Art. 44. Son encubridores los que, conociendo la conducta delictuosa de los malhechores, les suministran, habitualmente, alojamiento, escondite, o lugar de reunión; o les proporcionan los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido; o los favorecen, ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, o inutilizando las señales o huellas del delito, para evitar su represión y los que, estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de las señales o huellas del delito, o el esclarecimiento del acto punible, ocullen o alteren la verdad, con propósito de favorecer al delincuente.” (Lo resaltado fuera del texto original).

Como podemos evidenciar, este artículo se remite a las circunstancias en las que puede concurrir el sujeto activo a fin de encuadrar su participación como encubridor del ilícito; para lo cual, es necesario que la recurrente haya precisado cual o cuales de estas condiciones son las que se ajustan a los hechos probados y que se encuentran plasmados en el fallo en examen; no obstante, de los basamentos argüidos en la fundamentación de la presente impugnación, no se han desarrollado cimientos que se ajusten a una de estos escenarios.

Inclusive, se aseveró que la recurrente no conocía del accionar que desarrollaba el señor Jorge Piedra Palacios (sujeto activo), volviendo incongruente su razonamiento, en virtud de que un requisito esencial para adecuar su participación como encubridora es conocer la conducta delictuosa del malhechor.

De manera que, a pesar de que el cargo casacional es completo y concuerda con los presupuestos formales que debe reunir una proposición jurídica en este recurso extraordinario y técnico, el mismo no contiene un soporte argumentativo que inteligencie a este órgano jurisdiccional en cuál de las circunstancias mencionadas se encuadran a su participación como encubridora del delito de usura; por lo que, este cargo genérico concluye en improcedente.

Al volverse estéril el cargo esgrimido; y, en atención a los argumentos expuestos *ut supra*, resulta inoficioso analizar el requerimiento de principio de favorabilidad solicitado por un supuesto conflicto de leyes contenidas en los artículos 42 y 44 del Código Penal; por ende, no se efectúa tal discernimiento.

2.5.1.3 De la errónea interpretación de la norma contenida en el artículo 583 del Código Penal.

Ahora bien, en lo que respecta a la causal de errónea interpretación de la ley, a criterio del profesor Orlando Rodríguez Chocontá, la misma se conceptualiza así:

“Un error de entendimiento, de significado, de interpretación equivocada de la norma seleccionada y aplicable que le hace producir consecuencias al caso concreto que no tiene, le da más o menos alcance del que realmente tiene, o le da efectos que le son contrarios. Así el juez selecciona correctamente la norma y adecua al caso, pero al interpretar el precepto le atribuye un sentido que no tiene o le asigna efectos distintos o contrarios a su contenido.”

⁹ Corte Nacional de Justicia, Jurisprudencia Ecuatoriana. Ciencia y Derecho; periodo enero 2015 – diciembre 2015, Quinta Edición, p.316.

No es el juez que no haya seleccionado correctamente la norma; no es que esta no se al aplicable al caso, sino que selecciona correctamente y es aplicable, la interpreta erróneamente, en una clara felonía a su teología.”¹⁰

Mientras que el autor Germán Pabón Gómez, citando a Juan Carlos Hitters anota:

“La interpretación errónea se lleva a cabo cuando no se le da a la disposición su verdadero sentido, haciendo derivar de ella consecuencias que no resultan de su contenido; por equivocación en la indagación de su acepción. Es decir, se elige bien la normativa pero se le asigna un significado distinto al que realmente tiene. Estamos en presencia de un error en la base jurídica o premisa mayor (...) No se trata de ya de un déficit sobre la existencia, subsistencia o delimitación del alcance de la norma sino sobre su contenido.”¹¹ (Lo resaltado fuera del texto)

Por lo que, el vicio de errónea interpretación de la ley se perfecciona cuando el recurrente ubica en el fallo el supuesto yerro, señalando cual es el alcance que le dio el juzgador y de qué forma debía interpretarse la norma vulnerada; y, por supuesto, cómo esta violación incide en la decisión sustancial de la causa.

De esta manera, este cuerpo colegiado procede al estudio del cargo presentado, ubicando en primer lugar que la petición tiene relación con la vulneración del artículo 583 del Código Penal¹², que tipifica el delito de usura, cargo que lo sustenta en su no participar en el ilícito y que en la sentencia no se analizan los elementos objetivos y subjetivos del tipo, pasando por alto exteriorizar a este Tribunal de Casación el alcance equívoco, extralimitado o insuficiente que ha dado el juzgador de segunda instancia a la norma jurídica invocada, omitiendo cumplir con un requisito trascendental propio de la naturaleza de esta modalidad *in iudicando*, deviniendo en una proposición incompleta que no se estructura para trámite.

Es importante mencionar que, con relación a la alusión de que no se analizan los elementos objetivos y subjetivos del tipo, esta pretensión ya se encuentra resuelta en el considerando 2.5.1.1 de la presente resolución, en el que se desprende que si se han analizado las categorías dogmáticas del delito de usura; por lo que, no es necesario que se reitere con las mismas conclusiones.

2.5.1.4 De la errónea interpretación de la norma contenida en el artículo 143 del Código de Procedimiento Penal.

La casacionista manifiesta en su intervención que existe errónea interpretación de la norma contenida en el artículo 143 del Código de Procedimiento Penal¹³, arguyendo que el testimonio es un medio probatorio que debe ser analizado a su favor y en todo su contexto; omitiendo inteligenciar a este tribunal en que parte de la decisión judicial se encuentra el yerro, sin concatenar su basamento con pretensiones guiadas a demostrar cual fue el alcance incorrecto que el Tribunal de Alzada le dio a la norma vulnerada; y,

¹⁰ Orlando Rodríguez Chocontá, “Casación y Revisión Penal”, Editorial Temis S.A, Bogotá, 2008, p. 240.

¹¹ Germán Pabón Gómez, De la Casación Penal en el Sistema Acusatorio, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011, p. 195 – 196.

¹² Código Penal, Art. 583.- Es usurario el préstamo en el que, directa o indirectamente, se estipula un interés mayor que el permitido por ley, u otras ventajas usurarias.

¹³ Código de Procedimiento Penal, Art. 143.- Valor del testimonio.- El acusado no podrá ser obligado a declarar en contra de sí mismo, pero podrá solicitar que se reciba su testimonio en la etapa del juicio, ante el tribunal de garantías penales. Su testimonio servirá como medio de defensa y de prueba a su favor, pero de probarse la existencia del delito, la admisión de culpabilidad hecha en forma libre y voluntaria, dará al testimonio del acusado el valor de prueba contra él. Si así lo solicite de manera expresa el acusado, su testimonio podrá prestarse bajo juramento. En todo caso, antes de comenzar la declaración, se debe comunicar detalladamente al acusado el acto que se le atribuye, un resumen de los elementos de prueba existentes y del tipo de infracción que se le imputa.

por consiguiente el modo de subsanar el error; por lo cual, no ha cumplido con un requisito trascendental propio al recurso por su naturaleza extraordinaria y eminentemente técnica, limitándose a hacer observaciones sobre la valoración probatoria efectuada por los administradores de justicia, aspirando que se entre nuevamente a revisar hechos y valorar prueba constante en la sentencia del *ad quem*, lo cual, se encuentra vedado conforme lo establecido en el inciso segundo del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, que señala:

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

Este criterio es desarrollado por la Corte Constitucional, que al identificar los límites del recurso de casación, manifiesta:

"(...) 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, ya que si esto fuera así se desconocería la independencia interna de los jueces y tribunales de garantías penales garantizada en la Constitución de la República en el artículo 168 numeral I (...)"¹⁴

Es por esto que, no cabe insistir en esta clase de peticiones, sobre todo cuando se encuentra prohibido expresamente, pues acorde a lo señalado rebasaría las atribuciones otorgadas por la ley, para el conocimiento y resolución de este recurso; por lo que, no se aceptan los razonamientos exteriorizados por los impugnantes.

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de Casación, de la Sala Especializada de lo Penal, Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, de la Corte Nacional de justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, por unanimidad:

RESUELVE:

- 1)** Declarar improcedente el recurso planteado por la señora Rosa Ximena Piedra Idrobo, por falta de fundamento conforme lo expuesto en la parte motiva del fallo.
- 2)** No hay mérito para casar de oficio la sentencia impugnada.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen para la ejecución de la presente resolución.- **NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.-F.-** Dr. Miguel Jurado Fabara.- **JUEZ NACIONAL PONENTE.- f.-** Dr. Luis Enriquez Villacrés.- **JUEZ NACIONAL.- f.-** Dra. Zulema Pachacama Nieto.- **CONJUEZA NACIONAL.-** Certifico: f.- DR. CARLOS IVÁN RODRIGUEZ GARCIA.-**SECRETARIO RELATOR**

CERTIFICO: Las seis (06) fojas que anteceden son iguales a su original.
Quito, 28 de noviembre del 2017.

DRA. IVONNE GUAMANÍ LEÓN
SECRETARIA RELATORA

¹⁴ Sentencia de la Corte Constitucional N°. 001-2013-SEP, Caso N°. 1647-11-EP de 06 de febrero de 2013.

CASO No. 17721-2016-0979
RESOLUCIÓN No. 1241-2017
RECURSO: CASACIÓN
PROCESADO: CARLOS JULIAN BRIONES PASMAY
DELITO: VIOLACIÓN

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR
SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO
CASO No. 979-2016
RECURSO DE CASACIÓN

Quito, lunes 31 de julio del 2017, las 14h29.-

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 Carlos Julian Briones Pasmay, procesado, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial del Guayas, de 21 de junio de 2016, las 10h52; la cual, rechaza su recurso de apelación, y confirma en todas sus partes el fallo dictado por el Décimo Tribunal de Garantías Penales, de dicha jurisdicción, de 25 de septiembre de 2015, las 09h07, que lo declaró culpable, como autor responsable del delito de violación sexual, tipificado y reprimido en los artículos 512.1. y, 513 del Código Penal (CP); imponiéndole la pena de 20 años de reclusión mayor especial.

En el fallo impugnado –esto es el dictado por el Tribunal de Apelación-, se considera que:

(...) **QUINTO:** Revisado los autos se desprende las teorías del caso y pruebas aportadas por el sujeto procesal incorporada y practicada en la audiencia de juicio.- 5.1.) Fiscalía General del Estado ha referido que: "... el hecho fáctico se da el 04 de junio de 2014, teniendo como denunciante a la señora Johanna Elizabeth Calderón Neira, quien detenta la calidad de madre de la víctima, menor de la iniciales E.J.B.C., de 13 años de edad a la fecha del cometimiento del hecho fáctico; el lugar de los hecho es el hostal denominado "La Embajada", ubicado en las calles Aguirre 1522 y Antepara, cerca a la piscina olímpica de esta ciudad de Guayaquil; el tipo penal por el que ha sido llamado a juicio es el delito de violación tipificado en el Art. 512 con sus numerales y sancionado en el Art. 513; teniendo como procesado al señor Carlos Julián Briones Pasmay alias Lolo; el hecho fáctico se da, señores Jueces, el día 04 de junio de 2014, a eso de las 19h00, el menor de iniciales E.J.V.C., de 13 años de edad quien se dedicaba a vender botellas de agua en las cuatro manzanas, llega a su domicilio ubicado en las calles 13ava número 1217 y

Maldonado, de esta ciudad de Guayaquil, aquel día llega a la casa, toca su puerta, su abuelita materna, quien vivía en su domicilio, la señora Italia María Calderón Neira, le abre la puerta, llega el menor se desploma al entrar a la casa, su abuelita en compañía de otro nieto menor de edad, lo cogen en peso y lo suben al otro piso de la casa, porque estaba inconsciente el menor, luego la señora, de ver a su nieto, revolcado, que estaba sucio, comienza a sacarle la pantaloneta y se percata la señora de que el niño; luego le saca al bóxer y se percata de que el bóxer tenía sangre, además su nalguita estaba con tierra, el niño estaba todo sucio, por lo que la señora que había sido enfermera, se percate de este hecho, le abre su nalguita y encontró sangre en su interior, llamado calzoncillo o bóxer del menor, por lo que se asusta y en ese momento llega la madre del menor, la señora denunciante Johanna Elizabeth Calderón Neira, en compañía del señor Carlos León Dicau, quienes llegan, asimismo ellos también se asustan de ver al niño en el estado que estaba, inconsciente, ya la señora le había dado unos traguitos de agua; el señor Carlos León Dicau, en compañía de madre del menor la señora Johanna Elizabeth Calderón Neira, se acercan al menor. A subirlo a la cama y se percata que el menor, en sus manos y en su boca, tenía olor a semen, su cara estaba sucia, sus piernas sucia[s], se percata del estado que el menor se encontraba, estado de inconsciencia, la madre lógicamente se asusta, llama a un amigo policía, llaman al 911 y le presta auxilio al menor, llega el paramédico, lógicamente sube lo inyecta en el ombligo y lo reanima al menor, cuando el menor es reanimado logra recobrar su conocimiento y le dice a la mamá, que "Lolo lo ha violado", por favor mamá, son las palabras específicas que le dice "mételo preso a Lolo", el menor es trasladado a una casa asistencial de esta ciudad donde no lo quieren atender porque no había la denuncia presentada, luego su señora madre acude a la fiscalía, estamos hablando del día 04 de junio del 2014, toma contacto con el señor fiscal de turno y procede a presentar la denuncia y al realizar examen proctológico al menor de edad, previo su consentimiento; este es el hecho fáctico que la fiscalía presenta y que probará en esta audiencia; señores Jueces también es mi deber hacerles conocer que el menor meses posteriores al hecho fáctico fallece el 09 de septiembre de 2014, pero el hecho fáctico por el cual la fiscalía inició el proceso es por el hecho del 04 de junio del 2014 por la denuncia de su señora madre representante del menor. (...)¹

El Tribunal de Apelación refiere, en su sentencia, –ver considerando quinto, numerales 5.3 (con sus subnumerales que van del 5.3.1 al 5.3.20), 5.4, y 5.5 (con sus subnumerales que van del 5.5.1 al 5.5.6)-, entre otros, los siguientes medios probatorios aportados por los sujetos procesales, en la audiencia de juzgamiento:

- Testimonio del doctor Luis Armando Ruiz Jama, médico legista que practicó el examen proctológico al menor, quien indicó: que la pericia la realizó el 04 de junio de 2014, a las 23h10, observando que los pliegues y mucosas anales a niveles de las horas 5, 6, 11, 12, 1, 2, y 3 se encontraban borradas totalmente, y a nivel de las horas 6, 9, 12 y 3 se observan cuatro laceraciones recientes, que van de uno por medio centímetro de bordes equimóticos rojos; tonalidad anal disminuida, determinando que en el menor quien tenía 13 años, 06 meses, las lesiones descritas en el área anal son ocasionadas por roce, fricción o penetración de objeto vulnerante duro, por esa vía, en forma antigua y reciente; solicitó valoración psicológica y de especialista en enfermedades de transmisión sexual; precisó, que las lesiones antiguas significan que, por vía anal, anteriormente ha tenido relaciones sexuales; y, que en cuanto a las lesiones recientes, sin ser durante las 24 horas, las heridas van a estar con bordes edematosos, equimóticos sangrantes, pero que cuando las observó se

¹ Ver sentencia que obra de fs. 78-85; cuaderno de 2^a instancia; cita a fs. 79.

encontraban con bordes equimóticos y rojos, es decir, ya habían pasado unas 24 a 48 horas; que lo pliegues se borran por la relación sexual continua; y, que las lesiones fueron producidas por un miembro viril en erección.

- Testimonio de Alfonso Salazar Tenorio, agente investigador, quien manifestó que realizó su informe el 12 de diciembre de 2014, delegado por el fiscal; precisó que inicio las indagaciones trasladándose hasta la calle Villavicencio, entre Cuenca y Febres Cordero, tomó contacto con el menor CFJW quien ayudó con una entrevista escrita con la presencia de su madre e indicó que era amigo y conocido desde hace mucho tiempo con el joven víctima; el muchacho era sano, no consumía ningún tipo de sustancia, pero conoció a un señor del barrio llamado Lolo cuyos nombres son Carlos Julián Briones Pasmay, el cual lo había llevado a vender agua por el sector, y el dinero que era ganancia de la venta, él lo manipulaba y era quien lo tomaba.

El testigo señala que también colaboró el señor Limones Salame Michael, quien era administrador de un hotel ubicado en las calles Cuenca y Guaranda, el cual había observado que el tal Lolo había querido ingresar al menor al hotel, en horario aproximado de las 22h00, pero que no le habría permitido el ingreso; precisando que dicha persona tenía el control y el dominio sobre el menor.

Finalmente manifestó que la señora María Elena Basurto Flecher –quien también rinde su testimonio-, le indicó que una noche había observado al señor Lolo ingresándolo al menor al hotel Malibú, lo cual precisó que fue corroborado por el administrador del hotel.

- Testimonio de Italia María Calderón Neira, abuela del menor, quien señaló: "...al bebe lo violaron cuantas personas no sé, pero Lolo lo llevó por que él lo fue a ver a la casa y ese día él se lo llevó, y después regresó el bebe, perdido el conocimiento y mareado y con sus calzoncillo manchado de sangre todo sucio y solamente decía Fue Lolo."
- Testimonio de Carlos Julian Briones Pasmay, procesado, quien manifestó: "...Es mentira todo lo que se ha dicho de mí, yo no le hice eso a J..., a quien quería como hermano, nosotros vendíamos agua juntos, yo hasta le presté dinero para que él comprara agua y vendiera en las calles, cuando pasó lo que pasó y que dice la familia, yo estaba internado por droga, nosotros lo que si hacíamos era consumir droga, nada más y cuando me enteré por que J.E me dijo, él me comentó que todo lo que había dicho la mamá era mentira, que él en ningún momento había dicho que yo lo había violado, y que se había puesto molesto por que lo había llevado a la policía y eso es lo que tengo que decir, soy inocente."

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 30 de junio de 2016, las 15h19, dictada por la Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, mediante la cual se concede el recurso de casación interpuesto por el procesado Carlos Julián Briones Pasmay, y dispone la remisión a la Corte Nacional de Justicia.
- Sorteo de la causa Nro. 17721-2016-0979, 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; y los doctores Jorge M. Blum Carcelén, y Miguel Jurado Fabara, Jueces Nacionales.

- Auto de 5 de enero de 2017, las 11h09, mediante el cual el Tribunal Casacional, avoca conocimiento de este recurso, y convoca a la audiencia correspondiente.
- Mediante oficio suscrito por el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, se llama a la doctora Zulema Pachacama Nieto, Conjueza Nacional, para que asuma el despacho del doctor Jorge M. Blum Carcelén, ante la licencia concedida.
- Audiencia oral, reservada y contradictoria, en la que fueron escuchados tanto la defensa técnica del recurrente, como el representante de la Fiscalía General del Estado.

1.3.- Cargos planteados en la fundamentación, por el recurrente Carlos Julian Briones Pasmay

Durante la audiencia oral, reservada y contradictoria de fundamentación del recurso, el doctor Wilson Camino, Defensor Público, como defensa técnica del recurrente, esgrimió los siguientes cargos en contra de la sentencia impugnada.

- ***“Contravención expresa de los artículos 250, 252 y 304.a) del CPP”***

La defensa considera que en el presente caso existe contravención expresa de los referidos artículos, mismos que señalan que para que haya condena, se debe demostrar la certeza, la materialidad y la responsabilidad del procesado; señala, que en este caso, en el considerando 6.2 de la sentencia atacada, el Tribunal manifiesta que se ha probado la materialidad de la infracción y la responsabilidad del procesado; pero, dice, que la responsabilidad no está probada y no se puede establecer que su defendido sea el responsable de este ilícito.

Se hace mención a los hechos y que los mismos han sucedido el 4 de junio de 2014, fecha de la denuncia; pero el adolescente ofendido, fallece en el mes de septiembre de 2014, luego de más de tres meses de sucedidos los hechos; durante todo ese tiempo no se receptó el testimonio urgente del fallecido; señala, que esta Corte, ha establecido en muchas de sus sentencias, que el testimonio de la víctima es la parte más importante para establecer una responsabilidad; por lo que, la defensa considera que al no haber ese testimonio urgente, hay duda con relación a la responsabilidad de su defendido, porque nunca se rindió este testimonio.

Indica, que no se haya realizado el testimonio urgente en los tres meses, no es responsabilidad atribuida a la defensa; y, al no haberse establecido con certeza la responsabilidad, como indican las normas anotadas, existe la duda razonable que beneficia a su defendido.

Pretensión

Pide, que se case la sentencia corrigiendo el error del fallo del tribunal *ad quem* y, ratificando el estado de inocencia de su defendido, como lo indicó el Tribunal de Garantías Penales, en su momento.

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

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

Manifiesta, que se ha planteado la contravención de los artículos 250, 252 y 304.A CPP, sin embargo no se ha podido determinar ni justificar cómo es que estos artículos han sido violados; la sola enunciación de las normas no puede demostrar un error de derecho, esto tiene que ser determinado y explicado al Tribunal, cómo se han violado tales artículos.

Indica, que se ha pasado a temas de características probatorias; se dice que en el período entre el 4 junio de 2014 y el 9 de septiembre de 2014, que fallece la víctima, no se receptó el testimonio urgente, eso es verdad, no se receptó, sin embargo se recogió el testimonio de las personas que lo recibieron inicialmente en su casa y luego lo trasladaron a un hospital, que dan cuenta que el adolescente en su estado de semi inconciencia, manifestó todo el tiempo, con absoluta certeza, que quien lo violó fue Lolo; habiéndose identificado, luego, de acuerdo con la investigación policial, que Lolo era el sobrenombre que utilizaba Carlos Julián Briones Pasmay; además, existe incluso una testigo presencial que miró como Lolo llevaba al adolescente a un motel donde entraban; el muchacho del motel da cuenta que iban continuamente, que en la última ocasión a pedido de la madre no los dejaban entrar porque se trataba de un menor de edad de trece años; que claramente, antes de morir, determinó que Lolo es la persona que lo violó.

Señala, que no existe un fundamento en la argumentación que se ha planteado, porque si vamos al tema de que si no existe el testimonio urgente, existen otras pruebas que pueden dar cuenta del cometimiento del hecho; los testimonios de la madre y abuela que son quienes lo reciben, su hermano que ayuda a subirlo, de otras personas que lo trasladaron al hospital, se da cuenta que quien lo violentó sexualmente es Briones Pasmay Carlos Julián, que es la personas que lo indujo al consumo de la droga H, que es la que finalmente lo llevó a la muerte.

Concluye que, una vez que no ha existido fundamentación, sino sólo una enunciación de artículos, solicita se deseche el recurso por falta de fundamentación.

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 (CRE); 160.1 y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ); y, 30.2 y 349 del Código de Procedimiento Penal (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; la doctora Zulema Pachacama Nieto, Con jueza Nacional quien actúa ante la licencia concedida al doctor Jorge Blum Carcelén; y, el doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional.

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

2.2.- Consideraciones acerca del recurso de casación

Previo a despejar el cargo planteado por el recurrente; este Tribunal considera necesario reparar, así como se lo ha hecho en innúmeras 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.

² En cuanto a las causales casacionales éste órgano jurisdiccional ha señalado: “(...) **a)** *Error de omisión*, que es al que se refiere el mencionado 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]

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 del cargo propuesto

2.3.1.- Contravención expresa de los artículos 250, 252 y 304.A CPP

Para sustentar esta alegación, la defensa del recurrente, en lo medular, ha señalado: que existe contravención expresa de las referidas normas; pues, para que haya condena debe demostrarse tanto la materialidad de la infracción como la responsabilidad; que a la víctima de este delito no se le tomó el testimonio urgente; y, que por no haberlo hecho existe la duda respecto a la responsabilidad del procesado.

Así planteada la alegación, misma que, acorde con la causal casacional referida, estriba en el denominado error de omisión el cual se configura cuando, dada una circunstancia fáctica por probada, el juzgador no aplica la norma jurídica correspondiente; cuando se alega esta causal, lo que el recurrente indica es que una norma del ordenamiento jurídico no ha sido aplicada por el juzgador; es por ello, que en este sentido, es menester que en la alegación se haga una comparación entre la narración de los hechos que hace el juzgador y el supuesto fáctico de la norma, si ambos coinciden y la norma jurídica no fue considerada para resolver, se encontrará configurado el error; caso contrario no.

³ CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sal Especializada de lo Penal, Penal Militar y Tránsito, Recurso de Casación N° 1389-2012. Merino Oñate y Chicaiza Maridueña vs Tercera Sala de lo Penal, Colusorio y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

Ahora bien, ubicado el marco en el cual se debió desarrollar y/o fundamentar la causal alegada por la defensa del recurrente casacionista; y, dado que en lo argumentado no se han precisado tan siquiera cómo, dónde, ni por qué se dice que subyace el error de derecho invocado; pues, más allá de quedar en un comentario general que refleja la inconformidad para con el fallo de la sala *ad quem*, el núcleo central de lo argüido pasa por temas atinentes con la revaloración probatoria, lo cual se encuentra vedado para el escenario casacional por expresa prohibición del artículo 349, inciso 2º, CPP.

Este Tribunal Casacional, de la revisión de la sentencia impugnada -sin necesidad de entrar a valorar la prueba-, encuentra que lo solicitado por el abogado de la defensa del recurrente, al hablar de la responsabilidad, precisamente lo que se pretende es que se vuelva a valorar el acervo probatorio; resulta claro el pedido sobre la valoración de la misma, pues se pretende que este Tribunal realice su examen a partir de la revisión probatoria en torno a la responsabilidad y el valor que le han dado los juzgadores de instancia a los testimonios, en concreto, al testimonio de la víctima que no existe; todo lo cual, conforme quedó indicado no es pertinente.

Por otro lado, este órgano jurisdiccional, encuentra que la sentencia está motivada en extenso, y sobre todo precisa abundante prueba tanto de la materialidad como de la responsabilidad; ahora bien, es cierto que no existe el testimonio de la víctima, y que esta Corte se ha pronunciado señalando que es importante, más no indispensable para poder condenar a una persona, por este tipo de delitos que atentan a la libertad e indemnidad sexual; por cuanto existe prueba indiciaria y directa, en este caso, sobre el cometimiento de la infracción; es así que la víctima de este delito refirió a sus familiares que quien le agredió y abusó sexualmente fue “Lolo”, que de las investigaciones realizadas por parte de Fiscalía, este individuo se llama Carlos Julian Briones Pasmay; varios indicios probados hacen una presunción cierta de que el procesado es el que cometió el delito por el que ha sido juzgado.

Así planteado el cargo *in examine*; al no haberse realizado ningún tipo de argumentación jurídica, más allá de hacer referencia a la duda; este Tribunal repara que, acorde con el texto de la sentencia ahora recurrida, se evidencia que para ninguno de los juzgadores de instancia, existe la menor duda sobre la existencia del delito, y la responsabilidad del procesado, es así que se señala:

(...) 6.2) Este Tribunal de la Sala Penal considera que se ha probado la materialidad de la infracción, así como la responsabilidad penal del procesado, al analizar las pruebas aportadas en la audiencia de juicio, y con la prueba de cargo aportada por Fiscalía, esta Sala da pleno valor probatorio al examen pericial médico legista realizado por el Doctor Luis Armando Ruiz Jamá, a la víctima de iniciales V.C.E.J, constatado en el informe por escrito como en el testimonio rendido por este profesional en la audiencia de Juzgamiento, demostrándose que en el menor de iniciales V.C.E.J, se le observó los pliegues y mucosas anales a nivel de las horas cinco, seis, once, doce, una, dos y tres, borradas totalmente, y a nivel de las horas seis, nueve, doce y tres, se observó cuatro laceraciones recientes, que van de uno por medio centímetro de bordes equimóticos rojos, si comparámos con la carátula del reloj, tonalidad anal disminuida, determinando que el menor reconocido, de 13 años 06 meses, presento las lesiones descritas en el área anal, ocasionadas por roce, fricción o penetración de objeto vulnerante duro, por esta vía en forma antigua y reciente; también indicó que las lesiones antiguas significa que, por la vía anal, anteriormente ha tenido relaciones sexuales; en cuanto a las lesiones recientes nos menciona que hay que clasificarlas, si son durante veinticuatro horas estas heridas van a estar con borde edematoso, equimóticos sangrantes, pero ya cuando las observé estaban bordes equimóticos y rojos, es decir más o menos habían pasado unas veinticuatro a cuarenta y ocho horas; que los pliegues se borran por la relación sexual continua; que las lesiones fueron producidas por un miembro viril en erección. En tal sentido este Tribunal de alzada llega a la conclusión que el menor de edad de sexo masculino tuvo acceso carnal, por el hecho de haber las lesiones descritas en el área anal son ocasionadas por roce, fricción o penetración de objeto vulnerante duro, por esta vía, en forma antigua y reciente, además que la lesiones fueron producidas por un miembro viril en erección, según se establece de la pericia médica legal. Esta Sala considera también que la responsabilidad penal del acusado se encuentra probada, teniendo en consideración, como ha señalado en reiteradas sentencias el máximo organismo de Justicia, la Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional de Justicia, se trata de delitos ocultos, generalmente se busca por parte del sujeto activo del delito, que no exista testigos, entre otras razones porque estos delitos sexuales son muy severamente sancionados; (...) Esta Sala no tiene duda de que el acusado de nombres CARLOS JULIAN BRIONES PASMAY, ha mantenido acceso carnal con el adolescente iniciales V.C.E.J, cuando tenía la edad de 13 años, por tanto es autor del delito de violación sexual en una persona menor de 14 años de edad como determina el Art. 512 numeral 1 del Código Penal.- (...)

Es por ello que no prospera este cargo.

Finalmente, este Tribunal debe insistir en que, el recurso de casación, como un medio de impugnación extraordinario, a diferencia de los ordinarios, que se ejercen en las instancias, tiene finalidades específicas determinadas en la ley, y sus causales se circunscriben a que, en los cuestionamientos sobre la legalidad de la sentencia, se pretenda, a través de ellas, la reparación de los yerros en el fallo impugnado; así como, la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que intervienen en el proceso; y, unificar la jurisprudencia; ya en reiteradas, de sus resoluciones, este órgano jurisdiccional, ha precisado que la casación debe interponerse únicamente con base y por los motivos previstos en la norma, ya que no cualquier clase de “inconformidad” con la sentencia, es susceptible de ser

recurrida por esta vía; lo cual, precisamente, es la premisa que se evidencia y señala el abogado defensor del recurrente, para su alegación.

3.- RESOLUCIÓN

A la luz de lo que 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, por unanimidad, declara improcedente el recurso de casación planteado por el recurrente Carlos Julián Briones Pasmay, al no haberse justificado ninguna de las causales de violación de la ley establecidas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. 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.- Dra. Zulema Pachacama Nieto.- CONJUEZA NACIONAL.- F.- Dr. Miguel Jurado Fabara.- JUEZ NACIONAL.- Certifco: f).- DR. CARLOS IVÁN RODRIGUEZ GARCIA.-SECRETARIO RELATOR**

CERTIFICO: Las cinco (05) fojas que anteceden son iguales a su original.
Quito, 28 de noviembre del 2017.

DRA. IVONNE GUAMANÍ LEÓN
SECRETARIA RELATORA



CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR



REGISTRO OFICIAL®
ÓRGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR



CORPORACIÓN
DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES



LA CORTE CONSTITUCIONAL INFORMA A LA CIUDADANÍA EN GENERAL QUE
LA ÚNICA INSTITUCIÓN AUTORIZADA PARA HACER USO DE LOS DERECHOS
DE AUTOR Y DEL USO DE LA MARCA REGISTRADA "REGISTRO OFICIAL" ES LA
CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, CON QUIEN SE HA
SUSCRITO UN CONVENIO