

Acción Extraordinaria de Protección Nro. 1788-21-EP

Señores Jueces de la Corte Constitucional del Ecuador, doctores Hernán Salgado Pesantes, Teresa Nuques Martínez y Daniela Salazar Marín.

En su despacho.-

Los suscritos jueces doctores FERNANDO HUMBERTO GUERRERO CORDOVA, MARCO BORIS AGUIRRE TORRES Y LEONARDO ENRIQUE BRAVO GONZALEZ, en nuestra calidad de Jueces Provinciales de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja; en el Caso relacionado con la Acción Extraordinaria de Protección presentada por el Carlos Hilario Galarza Pardo a ustedes respetuosamente señalamos:

1.- En el proceso penal número 11282 2019 01892 que se tramitó en la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja, en contra de Carlos Hilario Galarza Pardo, portador de la Cédula Nro. 1104915523, por ROBO previsto en el inciso primero del artículo 189 del Código Orgánico Integral Penal; este tribunal de apelación luego de escuchar los argumentos de la fundamentación de apelación del recurso interpuesto por el procesado Galarza Prado, confirmo la sentencia venida en grado, apegados en lo que señala la Constitución, Tratados Internacionales y la Ley, por lo que nos ratificamos en los fundamentos de hecho y de derechos constantes en la sentencia que hoy se cuestiona.

2.- Es verdad que al final de la sentencia, por un error de digitación se ha mencionado el numeral 5 del artículo 45 del Código Orgánico Integral Penal, siendo lo correcto numeral 5 del artículo 47 del Código Orgánico Integral Penal ya que la infracción se cometió con la participación de dos o más personas; pero consideramos que la sentencia tiene que observársela en todo su contexto, e indicamos que en la sentencia recurrida, se explica específicamente en el párrafo **6.6.1.1**, lo siguiente: “...Ya hemos señalado que el Tribunal a quo al emitir su sentencia con acierto reconoce la existencia de la materialidad de la infracción, así, como la responsabilidad del procesado Carlos Hilario Galarza Pardo, en el cometimiento de la misma; y, bien hizo al sentenciar al procesado Galarza Pardo, en calidad de autor, por el cometimiento del delito de robo, por haber infringido lo prescrito en el artículo 189, inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, con la agravante del numeral 5 del artículo 47 del mencionado cuerpo legal, esto es haber actuado dos o más personas, por esto es, que el procesado Carlos Hilario Galarza Pardo debe responder por el delito de Robo porque su conducta se subsume a la hipótesis fáctica prevista en el mencionado artículo, considerando además la pena máxima prevista en el artículo 189, inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, prescribe que “...La persona que mediante amenazas o violencia sustraiga o se apodere de cosa ajena, sea que la

violencia tenga lugar antes del acto para facilitarlo, en el momento de cometerlo o después de cometido para procurar impunidad, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años... La pena máxima es de siete años, más el tercio que indica el artículo 44, por cuanto existe la agravantes, que sería dos años cuatro meses, suman los nueve años cuatro meses de pena impuesta...". Por lo que está claro, que al procesado y ahora sentenciado se le aplicó la norma legal correspondiente. Además indicamos, que esta alegación no se la realizó cuando se fundamentó el recurso de apelación, como tampoco se propusieron los recursos de aclaración y ampliación que están contemplados en la ley.

3.- Sobre la PROPORCIONALIDAD DE LA PENA, debemos indicar que:

La pena en abstracto le corresponde al legislador, ya que es él, el único que establece las penas, conforme lo determina de manera muy clara el numeral 6 del artículo 76 de la Constitución de la República, cuando nos señala textualmente que: "...La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza..."

En el presente caso, la norma legal nos indica, a los juzgadores la pena que se ha de imponer "... **Art. 187. Robo.**-La persona que mediante amenazas o violencias sustraiga o se apodere de cosa mueble ajena, sea que la violencia tenga lugar antes del acto para facilitarlo, en el momento de cometerlo o después de cometido para procurar impunidad, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años..."

Como se señaló esta disposición legal ha establecido que el robo con violencia será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años, y cuando existe agravante se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio, por así establecerlo el artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal, que nos indica "...44.- **Mecanismos de aplicación de atenuantes y agravantes.**- Para la imposición de la pena se considerarán las atenuantes y las agravantes previstas en este Código. No constituyen circunstancias atenuantes ni agravantes los elementos que integran la respectiva figura delictiva.

Si existen al menos dos circunstancias atenuantes de la pena se impondrán el mínimo previsto en el tipo penal, reducido en un tercio, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción.

Si existe al menos una circunstancia agravante no constitutivas o modificatorias de la infracción, se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio...

4.- Tenemos que tener presente, que las normas jurídicas gozan de la presunción de constitucionalidad como lo manifiesta el numeral 2 del artículo 76 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que nos indica: "... **Art. 76.- Principios y reglas generales.**- El control abstracto de constitucionalidad se regirá por los principios generales del control constitucional previstos por la Constitución y las normas constitucionales, la jurisprudencia y la doctrina. En particular, se regirá por los siguientes principios:... ...2. **Presunción de**

constitucionalidad de las disposiciones jurídicas.- Se presume la constitucionalidad de las disposiciones jurídicas...”

Por lo que los juzgadores deben aplicar las disposiciones jurídicas en este sentido, ya que le corresponde la determinación de la pena en concreto, pero dentro de los márgenes establecidos por el legislador.

Sobre la individualización de la pena, el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 54, prescribe: “...**Individualización de la pena.-** La o el juzgador debe individualizar la pena para cada persona, incluso si son varios responsables en una misma infracción, observando lo siguiente:

1. Las circunstancias del hecho punible, atenuantes y agravantes.
2. Las necesidades y condiciones especiales o particulares de la víctima y la gravedad de la lesión a sus derechos.
3. El grado de participación y todas las circunstancias que limiten la responsabilidad penal...”

5.- Sobre la **LEGALIDAD DE LA PENA**, señalamos que este Tribunal de apelación, no ha impuesto una pena ilegal, se impuso la pena sin habernos salido de la banda que corresponde.

En abstracto, la pena la establece el legislador a través de la norma, pero si como se manifiesta es desproporcionada abstracto, ha de considerarse que los juzgadores debemos respetar el principio de legalidad por el derecho a la seguridad jurídica previsto en el Art. 82 de la Constitución.

6.- Lo señalado no obsta para ser notar que la proporcionalidad en abstracto no solamente debe ser analizada en relación al valor de las cosas, sino teniendo en cuenta que el ROBO, es considerado como un delito pluriofensivo, por lo que en esta clase de delitos el Bien Jurídico protegido o vulnerado, lo constituye la **PROPIEDAD, pero también la integridad física (para el caso de robo con violencia), que pone en riesgo la vida**, que según nuestra constitución consta en el numeral 26 del artículo 66, denominado “...derecho a la propiedad...” y “...derecho a la inviolabilidad de la vida...”. Siendo por esto que el ROBO con violencia se sanciona con pena privativa de libertad de cinco a siete años, que es mayor a la pena para el caso de robo con fuerza.

Entonces, la pena mayor para el caso del robo con violencia (en relación con la pena para el robo con fuerza) encuentra justificación en que se afecta la integridad física por el uso de la violencia, poniendo inclusive en riesgo su vida.

Por lo anterior, vemos que el legislador no hace depender del valor de las cosas la pena en abstracto, al establecer la pena de 5 a 7 años de privación para el caso del robo con violencia, sino de la afectación general a la propiedad, y, de manera fundamental, de la afectación de la integridad física de la víctima.

Luego, la pena con la cual se sanciona el delito de robo con violencia (5 a 7 años), responde a los presupuestos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido

estricto, pues no se puede negar que la misma es una medida adecuada y óptima para proteger los bienes jurídicos tutelados, esto es propiedad e integridad física, a la par que se hace necesaria, y en cuanto a la proporcionalidad propiamente dicha, es lógico que la restricción al derecho a la libertad y la necesidad de la imposición de la pena frente a un ataque a la propiedad e integridad física, conlleva la protección mayoritaria de estos derechos.

En este orden consideramos también que la pena señalada (de 5 a 7 años) no desconoce la condición de *ultima ratio* del derecho penal.

En todo caso, la proporcionalidad de la pena en abstracto es de competencia del juzgador al momento de establecer los correspondientes tipos penales.

En este caso, como señalamos, la pena de 5 a 7 años en abstracto, no se ha establecido en relación a la menor o menor afectación de los bienes jurídicos tutelados. Sin embargo, es el juzgador quien debe considerar el valor de las cosas y la gravedad de violencia utilizada para establecer la proporcionalidad de la pena en concreto, pero dentro de la banda por el principio de legalidad y derecho a la seguridad jurídica, de lo cual se sigue que al juzgador no le está permitido, a pretexto del principio de proporcionalidad, imponer penas menores o mayores a la establecida en el correspondiente tipo penal.

No obstante, el problema se complica, cuando se trata de penas únicas, establecidas directa o indirectamente a través de fórmulas numéricas, como en el caso de las agravantes, en tanto y en cuanto el artículo 44 del COIP prescribe que debe aumentarse un tercio de la pena máxima de la prevista en el tipo penal. Decimos esto porque cuando las penas son únicas, se impide al Juzgador el ejercicio de la proporcionalidad en el caso concreto, sobre todo cuando se trata de varios procesados en donde si bien pueden tener el mismo grado de responsabilidad, su conducta individual puede ser menos lesiva, lo cual exige una menor pena frente a los otros, impidiendo también considerar sus circunstancias personales. Por ello consideramos que fundamentalmente el aumento de la pena en el caso de las agravantes en el caso del inciso 3 del artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal, (la máxima en abstracto, aumentada en un tercio), debería darse en relación a la pena en concreto y no en abstracto como se prevé actualmente en el mencionado artículo.

En fin, consideramos que la pena impuesta en el caso que nos ocupa, es una pena que respeta estrictamente el principio de legalidad, más allá de que la pena que ha previsto el legislador para el robo con violencia y con agravantes, pueda aparecer desproporcionada en abstracto, lo cual no es de responsabilidad de los juzgadores.

Finalmente debemos decir que la acción extraordinaria de protección, como bien lo ha reiterado la misma Corte Constitucional en varios de sus fallos, solo es procedente cuando en una sentencia se hubiese vulnerado derechos constitucionales, que en el presente caso no existen, así pues, la sentencia ha respetado todos y cada uno de los derechos constitucionales que les asisten, tanto

a la persona procesada como a la víctima. En consecuencia, consideramos que la presente acción no debe ser admitida, por carecer de fundamento para su procedencia.

Para notificaciones posteriores, señalamos los correos electrónicos
Fernando.Guerrero@FuncionJudicial.gob.ec;
Marco.Aguirre@FuncionJudicial.gob.ec; y,
Leonardo.Bravo@FuncionJudicial.gob.ec.

Atentamente.-

Dr. Fernando Humberto Guerrero Córdova
JUEZ PROVINCIAL

Dr. Marco Boris Aguirre Torres
JUEZ PROVINCIAL

Dr. Leonardo Enrique Bravo González
JUEZ PROVINCIAL.