



# REGISTRO OFICIAL

ÓRGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

Administración del Sr. Ec. Rafael Correa Delgado  
Presidente Constitucional de la República

## EDICIÓN ESPECIAL

**Año II - Nº 301**

**Quito, viernes 10 de  
abril de 2015**

**Valor: US\$ 1.25 + IVA**

**ING. HUGO DEL POZO BARREZUETA  
DIRECTOR**

Quito: Avenida 12 de Octubre  
N23-99 y Wilson

Edificio 12 de Octubre  
Segundo Piso  
Telf. 2901 - 629

Oficinas centrales y ventas:  
Telf. 2234 - 540  
3941 - 800 Ext. 2301

Distribución (Almacén):  
Mañosca Nº 201 y Av. 10 de Agosto  
Telf. 2430 - 110

Sucursal Guayaquil:  
Malecón Nº 1606 y Av. 10 de Agosto  
Telf. 2527 - 107

Suscripción semestral: US\$ 200 + IVA  
para la ciudad de Quito  
US\$ 225 + IVA para el resto del país.  
Impreso en Editora Nacional

36 páginas

[www.registroficial.gob.ec](http://www.registroficial.gob.ec)

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

### SUMARIO:

Págs.

**FUNCIÓN JUDICIAL Y  
JUSTICIA INDÍGENA**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
SALA PENAL**

**Recursos de casación seguidos contra las siguientes  
personas:**

|  |           |
|--|-----------|
| <b>352-2007 Juan Carlos Hernández Nasamues y otro.....</b> | <b>1</b>  |
| <b>168-2008 Lcdo. Carlos Antonio Falconí Carrillo.....</b> | <b>3</b>  |
| <b>325-2009 Estuardo Alfredo Reyes Conforme .....</b>      | <b>8</b>  |
| <b>625-2009 Verónica Inés Espinoza Enríquez.....</b>       | <b>12</b> |
| <b>607-2010 Carmen Lucila Osorio Trávez .....</b>          | <b>14</b> |
| <b>640-2010 Guillermo González.....</b>                    | <b>18</b> |
| <b>764-2010 Luis Antonio Pucha Chuqui.....</b>             | <b>21</b> |
| <b>926-2010 Patience Cole Oriri.....</b>                   | <b>24</b> |
| <b>235-2011 Franklin Stalin Lopez Briones.....</b>         | <b>27</b> |
| <b>314-2011 Dr. Rodrigo Rafael Paredes Carrera.....</b>    | <b>33</b> |

---

**No. 352-2007**

**Ponente:** Dr. Jorge M. Blum Carcelén, Msc. (Art. 141 COFJ).

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**

**SALA PENAL**

Quito, 27 de febrero de 2012, las 09h00.

**VISTOS:** Los sentenciados JUAN CARLOS HERNANDEZ NAS-AMUES y MARIO FERNANDO PANTOJA SOLARTE, interponen Recurso de Casación de la sentencia expedida el 10 de abril de

2007, por el Tribunal Penal del Carchi, que los condena a seis años de reclusión menor, como autores y responsables del delito de robo calificado, que tipifica y reprime los artículos 550, en concordancia con los artículos 551 segunda circunstancia y 552 numerales 1, 2 y 3 del Código Penal.- Aceptado al trámite el presente recurso, mediante auto dictado el 11 de Febrero de 2008 la Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, dispuso que los recurrentes fundamenten el recurso interpuesto, habiéndolo realizado mediante escrito del 22 de Febrero de 2008 y constando del cuaderno procesal el Dictamen Fiscal emitido el 1 de diciembre de 2008 por el señor Dr. Washington Pesantez Muñoz, Fiscal General del Estado, mediante providencia de sustanciación del 17 de febrero de 2009 se dispuso que pasen los autos a la Sala para resolver, por lo que luego del sorteo pertinente, habiéndose puesto al despacho en esta fecha, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal y siendo el estado de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA:** El Consejo de la Judicatura de Transición, posesionó a las Juezas y Jueces Nacionales el 26 de enero de 2012. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión de 30 de enero de 2012, conformó sus ocho Salas Especializadas conforme dispone el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183. La Sala Especializada de lo Penal tiene competencia para conocer los recursos de casación en materia penal según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, éste cuerpo legal en la Segunda Disposición Transitoria dispone que: “en todo lo relativo a la competencia, organización y funcionamiento de la Corte Nacional de Justicia, este Código entrará en vigencia a partir de la fecha en que se posesionen los nuevos jueces nacionales elegidos y nombrados de conformidad con lo establecido en la Constitución y este Código”, habiéndose mediante sorteo designado este Tribunal y al juez ponente, de conformidad con los arts. 185 de la Constitución de la República y 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, por lo que los suscritos, al tenor de las normas antes referidas y las del art. 349 del Código de Procedimiento Penal, somos competentes para conocer y resolver el recurso de casación penal planteado. **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL:** Examinado el trámite del presente Recurso de Casación, no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna que pudiera invalidar o acarrear su nulidad, por cuanto fue presentado dentro del plazo establecido en el Art. 350 del Código de Procedimiento Penal, habiéndose fundamentado el recurso por parte de los recurrentes y emitido el dictamen respectivo el señor Fiscal General del Estado, por lo que este Tribunal de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, lo declara válido. **TERCERO.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO:** Los recurrentes Juan Carlos Hernández Nasamues y Mario Fernando Pantoja Solarte expresan en el recurso de casación y en la fundamentación del mismo, que se les ha violado las garantías constitucionales y las reglas del debido proceso, pese a su condición de extranjeros, por una falsa aplicación de la ley y por haberla interpretado erróneamente, ya que los miembros del Tribunal Penal del Carchi no han procedido a realizar una correcta valoración de los hechos y circunstancias que motivaron la presente causa, acogiéndose en todas sus partes el dictamen fiscal, el mismo que se basa en simples conjeturas, desmereciendo las pruebas de descargo que presentaron, refiriéndose expresamente al considerando segundo de la sentencia recurrida, indicando que el miembro policial que les leyó sus derechos, jamás compareció a rendir testimonio propio, contraviniendo lo establecido en el Art. 129 del Código de Procedimiento Penal, que no designaron a un abogado de su confianza para que los patrocinara en la defensa, violentándose los Art. 71 y 73 del adjetivo penal y respecto al considerando cuarto de la sentencia refieren que el Tribunal Penal del Carchi, han valorado como prueba en su contra, las erróneas actuaciones, las confusas versiones y testimonios rendidos por los policías antinarcóticos, solicitando se las examine, sosteniendo que dicho Tribunal para dictar sentencia inobservaron las pruebas que demuestran que no han participado en los hechos, ya que son condenados por desaciertos policiales y sin que se haya justificado la participación en el asalto y robo que se les atribuye, requiriendo de este Tribunal de Casación que se examinen las cintas magnetofónicas de los testimonios propios de los agentes policiales, para que se les case la sentencia. **CUARTO.- DICTAMEN FISCAL:** La Fiscalía General del Estado, manifiesta que la sentencia dictada en contra de los recurrentes, tiene como antecedente el Parte Policial de fecha 4 de mayo de 2006, poniéndose en conocimiento que fueron interceptados el guardia Marco Gordon, su cónyuge Ximena Pozo y su hija Sofia, por un sujeto quien los intimidó con un arma de fuego e ingresó a las bodegas del CONSEP, para de inmediato también ingresar otros cinco sujetos con armas blancas y de fuego, procediéndolos a maniatar, al guardia con cinta de embalaje, preguntando por el lugar donde se encontraba la droga, manifestándole la cónyuge que se encontraba en la bodega, por lo que los asaltantes han forzado las seguridades de la puerta para sacar las barras de aluminio, cuyo interior contenía droga, dándose a la fuga en una camioneta placas PVI-750 la que fue localizada y detenida en Rumichaca el 19 de mayo de 2006 junto con el conductor Jeremías Camacho Rincón, quien frecuentemente ingresaba desde Colombia hasta el sector El Carrizal en Tulcán, al domicilio de la familia Males Guerrero, por lo que mediante un operativo del GOE con antinarcóticos de la Policía Nacional se procedió a la detención de Juan Carlos Hernández, Mario Fernando Pantoja, Heint Guerrero, entre otros, así como en el interior del domicilio se han encontrado ocho sacos de yute conteniendo paquetes de plástico negro llenos de cocaína, talegas de yute, plástico negro y material decomisado, que investigado se estableció que era parte del asalto y robo realizados a las bodegas del CONSEP. La Fiscalía General del Estado, establece que en los considerados tercero y cuarto de la sentencia, se establece la existencia material de la infracción, como la responsabilidad penal de los acusados, describiendo en el dictamen las pruebas actuadas en la audiencia de juzgamiento que llevaron a dicho Tribunal a emitir la sentencia condenatoria, destacando que las pruebas pedidas, ordenadas y practicadas en la etapa del juicio han sido valoradas como corresponde, estimando que no procede el recurso de casación interpuesto. **QUINTO.- ASPECTOS JURIDICOS:** Al tenor de lo dispuesto en el art. 349 del Código de Procedimiento Penal, el Recurso de Casación, es un medio impugnatorio, que tiene por objeto corregir los errores de derecho que pudiera incurrir el inferior en la sentencia, por lo que constituye un recurso extraordinario de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia, como lo señala el Art. 10 inciso segundo del Código Orgánico de la Función Judi-

cial, sin que esté permitido a los juzgadores de Casación valorar la prueba actuada, que dio lugar a la sentencia que se impugna.- Cabe señalar, que los “errores de derecho”, son corregibles mediante casación y que debe limitarse a examinar si en el fallo impugnado se ha aplicado correctamente la ley, fundamentado en las causales que contiene el Art. 349 del adjetivo penal, cuando la sentencia recurrida ha violado la ley, por **a)** por contravenir expresamente a su texto; **b)** por haberse realizado una falsa aplicación de ella; y, **c)** por haberla interpretado erróneamente. Ya que la primera circunstancia implica contrariar su contenido y al hacerlo sería una violación directa.- La segunda, la falsa aplicación, puede darse aplicándola en un caso que no le corresponde.- La tercera, la interpretación errónea, podría dar lugar a ir más allá del contenido de la norma, contrariando su espíritu, su alcance, originándose un falso raciocinio. Por ello el Tratadista Fabio Calderón Boteiro, en su obra Casación y Revisión en materia penal, expresa que el recurso de casación...“es un juicio técnico jurídico, de puro derecho sobre la legalidad de la sentencia, también conocido por la doctrina como error in iudicando...”, que precisamente es el error de derecho en la sentencia. **SEXTO.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:** Lo que pretenden los casacionistas Juan Carlos Hernández Nasamues y Mario Fernando Pantoja Solarte con el recurso interpuesto, es que se analice la prueba actuada en la audiencia de juzgamiento y las actuaciones de todo el proceso penal, lo que está vedado para este Tribunal de Casación, ya que el análisis debe circunscribirse a examinar los errores de derecho incurridos en la sentencia, emitida por el Tribunal Penal del Carchi, ya que como lo afirma la Fiscalía General del Estado y del análisis realizado por los suscritos, consideramos que las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas en la audiencia de juicio han sido valoradas a la luz de la sana crítica, estableciéndose la culpabilidad de los acusados, esto es la materialidad de la infracción y prueba plena de la participación de los ahora sentenciados, en el hecho delictivo que originó este proceso, concluyendo el Tribunal inferior que actuaron en pandilla, en la noche, destruyendo las seguridades de la bodega del CONSEP, donde se almacena distinto tipo de evidencias de causas penales, entre ellas la droga incautada, quienes armados, sometieron al guardia y su familia, para ejecutar el evento delictivo, previamente planificado, notándose la peligrosidad de sus partícipes, llegando el Tribunal a la convicción de la existencia del delito y de la participación de los procesados, por lo que en la sentencia no existe violación a la ley, ni quebrando de las garantías constitucionales, ni de las reglas del debido proceso, ya que se ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 304.1 del Código Procesal Penal, que exige para emitir una sentencia condenatoria y declarar la culpabilidad, se debe tener la certeza de que está comprobada la existencia material del delito y que el procesado es responsable del mismo; mientras que el artículo 85 del mismo cuerpo de normas establece que la prueba debe estar encaminada a establecer dos aspectos fundamentales del drama penal, la existencia material del delito que consiste en la subsunción de la conducta al tipo penal, objetivo que se logra con la prueba material de la infracción o sea los resultados vestigios e instrumentos con que se cometió, y por otra parte y no menos importante, la responsabilidad del procesado, o sea la prueba de su participación en el ilícito, todo esto para condenarlo o absolverlo, en concordancia con el Art. 79 coincidente con el Art. 250 ibidem,

que dice “Las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los Tribunales de Garantías Penales correspondiente. Las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción fiscal alcanzarán el valor de prueba una vez que sean pedidas, ordenadas, practicadas e incorporadas al juicio conforme las disposiciones contenidas en el código procesal”; este es el requisito sine qua non que nos permite valorarlas en la etapa del juicio y que se ha cumplido en esta causa.- Este Tribunal de Casación deja constancia, que la presente causa se encontraba en mora del despacho atribuible a los Magistrados que nos antecedieron en la Sala Penal desde la fecha que ingresó la causa a este órgano jurisdiccional.- Por las consideraciones antes indicadas, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA**, por improcedente, se desecha el recurso de casación planteado por Juan Carlos Hernández Nasamues y Mario Fernando Pantoja Solarte y devuélvase el expediente al inferior.- El Secretario Relator de la Sala Penal, obtendrá copias certificadas de todo el proceso y lo pondrá al despacho pertinente, a fin de tratar el recurso de revisión propuesto por Darío Leonardo Erazo Tatamuez, conforme el auto dictado el 11 de febrero de 2008, a las 14h30.- Notifíquese y cúmplase.

f.) Dres. Jorge M. Blum Carcelén, Msc., Juez Nacional Ponente,

Fdo.) Dres. Wilson Merino Sánchez, Paúl Iñiguez Ríos, Jueces Nacionales.

#### **Certifico.**

f.) Dr. Honorato Jara Vicuña, Secretario Relator.

Asiento por tal que las tres (3) copias que anteceden, son iguales a su original. Quito, 31 de julio de 2012. Certifico.

f.) Dra. Martha Villarroel Villegas, Secretaria Relatora (E).

---

**No. 168-2008**

**Ponente:** Dr. Jorge M. Blum Carcelén, Msc. (Art. 141 Código Orgánico de la Función Judicial).

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**

**SALA PENAL**

Quito, 22 marzo de 2012, las 11H30.

**VISTOS:** El Ing. Oswaldo Illanes Ibarra, Director Regional 6 de la Contraloría General del Estado, encargado, interpone Recurso de Casación de la sentencia absoluta, expedida el 20 de febrero de 2008 por el Tribunal Segundo de lo Penal de Chimborazo, con la que absuelve al acusado Lcdo. Carlos Antonio Falconí Carrillo. Aceptado

al trámite el recurso de casación, habiéndose fundamentado el recurso por parte del Ab. Carlos Pólit Faggioni, en calidad de Contralor General del Estado y contestada dicha fundamentación por el señor Carlos Falconí Carrillo y el Dr. Alfredo Alvear Enríquez Director Nacional de Asesoría Jurídica, Subrogante del señor Ministro Fiscal General del Estado, mediante providencia del 26 de agosto de 2008, el Magistrado de Sustanciación de la Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia, dispuso que pasen los autos a la sala para resolver, por lo que practicado los sorteos de los integrantes de este Tribunal de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia y del Juez Ponente, cumpliéndose con el trámite previsto para esta clase de recurso, al tenor de lo dispuesto en el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal y siendo el estado de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA:** El Consejo de la Judicatura de Transición, posesionó a las Juezas y Jueces Nacionales el 26 de enero de 2012. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión de 30 de enero de 2012, conformó sus ocho Salas Especializadas conforme dispone el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183. La Sala Especializada de lo Penal tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, éste cuerpo legal en la Segunda Disposición Transitoria dispone que: “en todo lo relativo a la competencia, organización y funcionamiento de la Corte Nacional de Justicia, este Código entrará en vigencia a partir de la fecha en que se posesionen los nuevos jueces nacionales elegidos y nombrados de conformidad con lo establecido en la Constitución y este Código”, habiéndose mediante sorteo designado a este Tribunal y al juez ponente, de conformidad con los Arts. 185 de la Constitución de la República y 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, por lo que los suscritos, al tenor de las normas antes referidas y las del Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, luego del sorteo pertinente, somos competentes para conocer el recurso de casación penal planteado. **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL:** Examinado el trámite del presente Recurso de Casación, no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna que pudiera invalidar o acarrear su nulidad, por cuanto fue presentado dentro del plazo establecido en el Art. 350 del Código de Procedimiento Penal, habiéndose celebrado la audiencia que trata el Art. 352 del Código de Procedimiento Penal, donde el recurrente fundamentó el recurso, habiendo también comparecido el señor Fiscal General del Estado, por lo que este Tribunal lo declara válido. **TERCERO.- FUNDAMENTACION DEL RECURSO:** El recurrente Ab. Carlos Pólit Faggioni, en calidad de Contralor General del Estado, al fundamentar el recurso de casación planteado, expresa que las normas de derecho, que se han infringido al expedirse la sentencia del Tribunal Segundo de lo Penal de Chimborazo es el artículo 24 numeral 2 de la Constitución Política, los artículos 4 y 257-4 del Código Penal, los artículos 117, 86, 88 y 304-A inciso primero del Código de Procedimiento Penal; las causales en las que fundamenta el recurso son: **Aplicación Indevida** del numeral 2 del Art. 24 de la Constitución, Art. 4 del Código Penal y el inciso primero del Art. 304-A del Código de Procedimiento Penal; **Falta de Aplicación** de los artículos 117, 86, 88 del Código de Procedimiento Penal y Art. 257.4 del Código Penal.

Sobre los hechos materia del juzgamiento, el recurrente expresa, que se presentó denuncia por parte de la Dirección Regional 6 de la Contraloría General del Estado, en base al informe de auditoría financiera practicada a la Casa de la Cultura Ecuatoriana, Núcleo de Chimborazo, del Cantón Riobamba, Provincia de Chimborazo, por el período entre el 1 de junio de 1999 al 31 de diciembre de 2003, signado con el No. DR.VI.60-04 del cual se determinan indicios de irregularidades en la adquisición de un pantalla infocus. Respecto a los fundamentos de la sentencia recurrida, el Tribunal sustenta su sentencia absolutoria en siete principales consideraciones, descritas en el considerando noveno, siendo estas: a) Que el acusado se desempeñaba como Presidente de la Casa de la Cultura Ecuatoriana Núcleo de Chimborazo; b) que el acusado suscribe el cheque y la orden de pago con el que se adquiere a la empresa CPU System Cia. Ltda. Representada por Gil Xavier Wandemberg Falconí, la pantalla de precisión; c) que los acusadores no demuestran durante el juicio y conforme a derecho, que las otras dos facturas sean falsas o carecen de autenticidad, pues no se han reconocido las firmas de los otorgantes de aquellas, y de los oficios que las desacreditan; d) que tampoco se ha justificado el supuesto grado de parentesco a fin de aplicar la prohibición referida en la letra d) del Art. 56 de la Ley de Contratación Pública; e) que los acusadores han admitido que no existe perjuicio, lo que elimina el dolo; f) que los representantes del Ministerio Público y abogado de la Contraloría confunden los elementos que configuran el delito de peculado; y, g) que en definitiva no está demostrada la existencia del delito acusado. La Contraloría señala como normas infringidas, indicando que las disposiciones legales que el Tribunal Penal toma en consideración para dictar sentencia absolutoria a favor del procesado, están determinadas en la parte resolutive Décima y son: ... “los incisos finales del numeral dos de Art. 24 de la Constitución Política del Estado, 4 del Código Penal y el inciso primero del Art. 304.A del Código de Procedimiento Penal, que consagran el principio universal del indubio pro reo, que favorecen al procesado y que esto presupone que cuando medie duda racional sobre la real concurrencia de los elementos configurativos de tipo penal, como en el presente caso, en el que exista duda sobre el carácter inculpativo de las pruebas de cargo, corresponde absolver al acusado y el Tribunal aplica indebidamente dichas normas, que determinan que no se aplique el artículo 117 del Código de Procedimiento Penal, ya que no se ha considerado la prueba testimonial aportada en audiencia de juicio y referida en el considerando sexto; con lo que no se valora la prueba aportada, conforme el Art. 86 y 88 del mismo cuerpo legal, en relación con el cheque y el comprobante de pagos girados por el acusado; que se desestimen documentos originales de declaraciones que desvirtúan las facturas originales, de declaraciones que nunca fueron cuestionadas como para exigir su reconocimiento de firmas y rúbricas y sobre todo que no se considere la propia declaración del encausado, quien acepta haber realizado la adquisición, sin observar ningún procedimiento; y, en cuanto a la supuesta falta de verificación de la filiación, consta las tarjetas índices certificadas, obtenidas por el Equipo de Auditoría y adjuntas al informe de examen especial, que el acusado es hermano de padre de la madre del representante de CPU SYSTEM, relación que es ratificada por el acusado conforme su declaración que consta a fojas 91 y

vta. Además de la **errónea aplicación del principio pro reo**, ha implicado la no aplicación del artículo 257.4 del Código Penal, pues se ha cumplido con todos los presupuestos que exige esta norma: funcionario público (titular de la Casa de la Cultura, Núcleo Riobamba); aprovechamiento de la función (Presidente con facultad de contratación); favoreció a una persona directamente relacionada con él (sobrino); inobservando no solo las prohibiciones, sino también los procedimientos de la Ley de Contratación Pública, causando perjuicio, que únicamente ha sido advertido por el inicio de la auditoría y el reclamo del equipo de control, que de no ser así, bien puso no ser resarcido, lo cual tampoco subsana el hecho delictivo. Destaca la Contraloría General del Estado, que la sentencia adopta una decisión contradictoria o incompatible con la prueba, por los evidentes yerros en la aplicación de las normas que regulan la valoración de las pruebas, **lo cual causa perjuicio para el Organismo Superior de Control por el precedente que se sienta, cuando se pretende aprovecharse de su cargo, asume que su acto es inimputable, por haber resarcido el perjuicio irrogado; situación que únicamente merece ser considerado como atenuante y no eximente.** Solicita la Contraloría General del Estado, que el presente recurso se sujete a las circunstancias descritas por el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. **CUARTO: CONTESTACIÓN A LA FUNDAMENTACION: 4.1)** El Lcdo. Carlos Falconí Carrillo, en el escrito que contesta la fundamentación realizada por la Contraloría General del Estado, sostiene que se han invocado normas que han sido infringidas y que corresponden a la Constitución, al Código Penal y al Código de Procedimiento Penal, mientras que las causales en que funda el recurso corresponden a “aplicación indebida” y “falta de aplicación”, con lo que solicita a este Tribunal de Casación, que se declare improcedente el recurso interpuesto, pues el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, se refiere cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, por contravenir expresamente su texto; por haberse hecho falsa aplicación de ella y en fin por haberla interpretado erróneamente, por lo que las causales invocadas, no corresponden en lo más mínimo a las previstas en el procesal penal, por lo que no se ha fundamentado en debida forma el recurso. Por otra lado, se pretende hacer una síntesis de los hechos materia del juzgamiento y se lo hace en forma subjetiva, sacando expresiones, frases y pronunciamientos del contexto general de la sentencia, intentando provocar interpretaciones extensivas de la realidad procesal y del contenido de la sentencia y bajo este mismo acápite, bajo el título de normas de derecho infringidas, se pretende aislar el contexto general de las tablas procesales, manifestando que no se ha hecho una verdadera aplicación del indubio pro reo, cuando al leer el pronunciamiento del Segundo Tribunal Penal de Chimborazo, se aprecia que el principio constitucional está plenamente acogiendo el principio universal de “presunción de inocencia”. También refiere Carlos Falconí Carrillo, que el organismo de Control del Estado manifiesta que no se ha dado una correcta aplicación a la sana crítica por parte del Tribunal Segundo Penal de Chimborazo, cuando se refiere a las pruebas y que tampoco se lo hace en su contexto, señalando que las presunciones del nexo causal se han cumplido en su integridad, en sus tres elementos, cuando en el expediente obra la diminuta prueba que ha sido aportada por la Contraloría, que no es otra que informes par-

ciales, incompletos, dirigidos, parcializados, que intentan encontrar una supuesta culpabilidad sobre un hecho administrativo aislado de él y que la supuesta afiliación que trata el recurrente, jamás fue comprobada conforme a derecho, ya que no existen pruebas al respecto, pues solo existen fotocopias de tarjetas índices, que sirvieron como elementos de descargo, ya que en el escrito que contesta, se introduce una nueva afirmación, la misma que no es sustentada conforme en derecho se requiere, pues se dice que el compareciente es hermano de padre de la madre del representante legal de CPU SYSTEM, situación contraria a lo que se expuso en la audiencia de juzgamiento ante el Tribunal Penal. También sostiene la Contraloría, que ha existido por parte de los administradores de justicia, una errónea aplicación del Art. 257-A del Código Penal, ya que al decir de ellos se ha cumplido con los presupuestos exigidos en dicha norma, pero jamás se ha demostrado la supuesta filiación, como tampoco se ha llegado a determinar la existencia del delito, como es el dolo, que no fue demostrado en la causa y que ahora se pretende argüir, que esta situación recaería únicamente en el plano de circunstancias atenuantes del delito; invoca en su favor la disposición del Art. 351 del Código de Procedimiento Penal, donde se establece las personas capaces para interponer Recurso de Casación en materia penal, hecho que debe ser analizado por este Tribunal, con el objeto de rechazar el recurso interpuesto. Manifiesta también la Contraloría, que no se valorado por parte del Tribunal Penal de Chimborazo, los medios probatorios en forma adecuada, cuando se evidencia del trámite de la causa, como en la sentencia, que se ha cumplido con todos los requisitos que la ley prescribe para estos efectos, considerando que el Tribunal Segundo de lo Penal de Chimborazo ha actuado conforme a derecho y al amparo jurídico de las disposiciones legales emitiendo sentencia absolutoria en su favor, solicitando desechar el recurso interpuesto por la Contraloría, a fin de que se ejecutorie la sentencia. **4.2)** Por su parte, la Fiscalía General del Estado, en la contestación a la Fundamentación que hace la Contraloría General del Estado, manifiesta que el Director Regional 6 de dicha entidad de control, interpone recurso de casación de la sentencia pronunciada por el Tribunal Segundo de lo Penal de Chimborazo, mediante la cual absuelve al acusado Carlos Antonio Falconí Carrillo, por considerar que no está demostrada la existencia de la infracción, o al menos, existe duda razonable sobre su configuración, en aplicación del principio universal del indubio pro reo, contenido en los incisos finales del numeral 2 del artículo 24 de la Constitución Política del Estado, en concordancia con el artículo 4 del Código Penal y el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal. Analiza también lo expresado por el señor Contralor General del Estado en su fundamentación, respecto de las normas de derecho que se han infringido por el juzgador en la sentencia, al existir una aplicación indebida del numeral 2 del Art. 24 de la Constitución, Art. 4 del Código Penal y el inciso primero del Art. 304-A del Código de Procedimiento Penal; y, una falta de aplicación de los Art. 117, 86 y 88 del Código Adjetivo Penal y del Art. 257-4 del Código Penal. La Fiscalía señala que el Tribunal Segundo de lo Penal de Chimborazo ha efectuado una ponderación de toda la carga probatoria actuada en la audiencia de juzgamiento, pruebas que en su conjunto le permiten concluir que no se ha comprobado conforme a derecho la existencia del delito contem-

plado en el Art. 257.4 del Código Penal, con lo siguiente:

a) Declaraciones del Econ. Hugo Ramiro Martínez Cevallos e Ing. Néstor Oswaldo Illanes Ibarra, funcionarios de la Regional VI de la Contraloría General del estado, manifestando el primero, que en cumplimiento a la orden de trabajo No. 00393 A.DR.VI de 15 de marzo de 2004 y el memorando de 22 del mismo mes y año, realizó un examen de auditoría financiera a la Casa de la Cultura Benjamín Carrión, Núcleo de Chimborazo, por el período del 01 de junio de 1999 al 31 de diciembre de 2003, tiempo en que ejercía la Presidencia el Lcdo. Carlos Falconí Carrillo, detectando la adquisición de una pantalla de presión, pagada mediante cheque No. 1451 de 4 de marzo de 2002 por el valor de 220,7, girador por Mireya Sigcho y Carlos Falconí, Tesorera y Presidente de la entidad, contra la cuenta corriente del Banco del Pichincha, sucursal Riobamba, a la orden de C.P.U. Systems Cia. Ltda., se adjuntaron tres proformas que no correspondían a la realidad, pertenecientes a C.P.U. Systems, Electrocom e Intcomex, que al verificar la autenticidad de las mismas, se determinó, a excepción de la primera, las otras dos nunca han emitido tales cotizaciones para la Casa de la Cultura Núcleo del Chimborazo; y que, además, en base a los datos obtenidos, se llegó a establecer presunciones de que el Gerente General y representante de la empresa donde se adquirió el bien, podría ser familiar del acusado, teniendo presente que la pantalla de proyección, si se encontraba inventariada como bien de la Casa de la Cultura en Riobamba. El segundo testimonio indica, que no practicó el examen especial, pero si participó como supervisor, aplicando las disposiciones legales reglamentarias, pero que se ratifica en el contenido del informe del Econ. Hugo Martínez. b) El testimonio de Galo Patricio Portilla Ramos, perito que practicó el reconocimiento del lugar de los hechos en el edificio donde funciona la Casa de la Cultura Benjamín Carrión, Núcleo de Chimborazo. c) Con la declaración del Lcdo. Carlos Falconí Carrillo, determinando que por la adquisición de la pantalla de presión no existe perjuicio a la entidad, que el beneficio es comprobable, ya que se está usando, está bien y además devolvió el valor pagado por su compra por parte del proveedor, expresando que dispuso la adquisición y pago de la pantalla, siendo de manera transparente, sin beneficiarse personalmente, ni beneficiar a nadie, ya que no hubo dolo en el manejo de los treinta mil dólares mensuales que tiene como presupuesto de la institución, y que de la convocatoria, como de la presentación de proformas, se encargó el equipo de coordinación. d) El Testimonio del Arq. Franklin Miguel Cárdenas Mazón, actual Presidente de la Casa de la Cultura Benjamín Carrión, da razón de la existencia de la pantalla, indicando que se encuentra en la bodega de la institución, ordenando que no se la use, porque es propiedad del Lcdo. Carlos Falconí, ya que devolvió el dinero pagado por la adquisición, recalando que con su accionar jamás ha causado perjuicio económico a la entidad. e) Testimonio de Mireya Mercedes Sigcho Barzola, Tesorera desde 1983, corrobora lo manifestado por el acusado, agregando que existió un depósito devolutivo en dinero, por el valor del bien, desconocimiento en primera instancia su origen, pero por comentarios posteriores supo que lo había efectuado Carlos Falconí Carrillo. f) Los testimonios de Jorge Washington Zavala Trujillo y Lupe Noemí Calero Cazorla, quienes se refieren a la excelente conducta del acusado, que no es peligroso. g) la Fis-

calía como la Contraloría sostienen que se ha demostrado la materialidad de la infracción y la responsabilidad penal del acusado, **puesto que ha violentado el literal d, del artículo 56 de la Ley de Contratación Pública, cuando dispuso la adquisición de una pantalla, mediante compra a su sobrino Xavier Wandenberg Falconi, gerente y representante legal de la empresa C.P.U. Systems Cia. Ltda., que se acusa, no por el bien mueble en si mismo, sino por la forma dolosa de adquirirlo, utilizando proformas falsas para hacer posible la concesión y que es el mismo acusado quien reconoce que dispuso por su cuenta la adquisición.** La Fiscalía indica que respecto a la conducta típica descrita en el artículo innumerado cuarto del Art. 257 del Código Penal, se debe tener presente que el Estado sancionará...**“a los empleados o servidores públicos que, aprovechándose de la representación popular o del cargo que ostentan, se favorezcan o hayan favorecido a persona natural o jurídica, para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les hubiesen concedido contratos o permitido la realización de negocios con el Estado o cualquier otro organismo del sector público”.** Que en este caso, la disposición legal infringida para la concesión del contrato es el literal d, del artículo 56 de la Ley de Contratación Pública, que establece que no puede celebrar contratos con una entidad del sector público, como es el Caso de la Casa de la Cultura Benjamín Carrión, los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, de los funcionarios o empleados públicos que hayan intervenido en la etapa precontractual y que con su acción u omisión pudieren resultar favorecidos, que en este proceso se determina es la persona del Gerente General de C.P.U. System Cia. Ltda., sobrino del acusado Carlos Falconí, con lo que a criterio de la Fiscalía y en virtud de las pruebas evacuadas en la audiencia de juicio, se determina que la culpabilidad del recurrente, no ha logrado ser desvirtuada, bajo el argumento que ha esgrimido en su defensa en la etapa de juzgamiento, comprobándose plenamente la adecuación perfecta de su conducta a la descripción típica del artículo innumerado cuarto del Art. 257 del Código Penal. Sostiene la Fiscalía que por los reiterados fallos de la Corte Suprema de Justicia, que ha indicado, que ante los errores de derecho incurridos por el Juzgador, en cualquiera de las formas establecidas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal y siendo éstos evidentes, que la sentencia ha infringido la ley en la valoración de las actuaciones procesales, carecen de validez, por haberse apartado el órgano sentenciador en la valoración de las reglas de la sana crítica y en aras de una correcta administración de justicia, **la Fiscalía considera que el delito contemplado en el artículo innumerado cuarto, después del Art. 257 del Código Penal, ha sido cometido por Carlos Falconí Carrillo, sin que la devolución del valor del bien adquirido, sin observación a las normas de la contratación pública implique eximente de responsabilidad, determinándose además una clara intención de favorecer a la compañía C.P.U. System Cia. Ltda., al haberse adjuntado el expediente contractual, cotizaciones de otras empresas que jamás fueron emitidas para la Casa de la Cultura, Núcleo de Chimborazo, estima que en aplicación de la parte final del artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, se case la sentencia del Segundo Tribunal Penal de Chimborazo, con la finalidad de enmendar la violación de la**

ley en el mentado fallo, por haberse comprobado conforme a derecho la materialidad del delito y la responsabilidad de Carlos Falconí Carrillo. **QUINTO: ASPECTOS JURIDICOS:** Al tenor de lo dispuesto en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, el Recurso de Casación, es un medio impugnatorio, que tiene por objeto corregir los errores de derecho que pudiera incurrir el inferior en la sentencia, por lo que constituye un recurso extraordinario de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia, como lo señala el Art. 10 inciso segundo del Código Orgánico de la Función Judicial, sin que esté permitido a los juzgadores de Casación valorar la prueba actuada, que dio lugar a la sentencia que se impugna.- Cabe señalar, que los “errores de derecho”, son corregibles mediante casación y que debe limitarse a examinar si en el fallo impugnado se ha aplicado correctamente la ley, fundamentado en las causales que contiene el Art. 349 del adjetivo penal, cuando la sentencia recurrida ha violado la ley, por a) por contravenir expresamente a su texto; b) por haberse realizado una falsa aplicación de ella; y, c) por haberla interpretado erróneamente. Ya que la primera circunstancia implica contrariar su contenido y al hacerlo sería una violación directa.- La segunda, la falsa aplicación, puede darse aplicándola en un caso que no le corresponde.- La tercera, la interpretación errónea, podría dar lugar a ir más allá del contenido de la norma, contrariando su espíritu, su alcance, originándose un falso raciocinio. Por ello el Tratadista Fabio Calderón Boteiro, en su obra Casación y Revisión en materia penal, expresa que el recurso de casación...“es un juicio técnico jurídico, de puro derecho sobre la legalidad de la sentencia, también conocido por la doctrina como error in iudicando...”, que precisamente es el error de derecho en la sentencia. **SEXTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA: Diccionario jurídico virtual, de Lexis S.A. Portal Jurídico del Ecuador, Pág. 39,** se refiere al PECULADO como la sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos por aquel a quien está confiada su custodia o administración. En la actualidad, este delito se denomina malversación de caudales públicos. En este mismo sentido el doctor Luis Cueva Carrión en su obra “PECULADO”, Tomo I, Teoría, práctica y jurisprudencia, pág. 81, señala: “Lo esencial del peculado no radica en la sustracción, distracción, malversación o cambio de vínculo de los bienes públicos, sino, ante todo y sobre todo, en faltar a la fidelidad que todo servidor público tiene para con los bienes que están a su cargo y responsabilidad...”, por lo tanto los intereses tutelados son: el empleo de los fondos públicos conforme lo dispone la ley y la necesidad de contar con funcionarios probos, esto ya fue señalado por Maggiore, quien manifestó que por esta razón Carrara no vacilaba en clasificar el peculado entre los delitos contra la fe pública; El delito de peculado, tipificado en el artículo 257 del Código Penal, tiene una estructura específica que amerita un detenido análisis: 1) Según la doctrina, en la configuración del Peculado, debe darse la confluencia de tres elementos esenciales: Sujeto activo: la calidad de funcionario público del autor o el estar incluido entre aquellas personas que la ley equipara al agente estatal; Objeto: la naturaleza de los bienes (públicos o equiparados); Relación funcional: que estos bienes hayan sido confiados a la persona en razón de su cargo o de su tarea. (Delitos propios de los funcionarios públicos, Marco Antonio Terragni, Ediciones Jurídicas CUYO, p.211).- 2) En

el tipo penal previsto en nuestra legislación, en el artículo 257 del Código Penal, el núcleo o verbo rector es el “haber abusado” por parte del funcionario, de dineros públicos o privados y en general de efectos que los representen, piezas títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, bien por desfalco, disposición arbitral o cualquier otra forma semejante; o sea que los intereses que se tutelen son, por un lado, el empleo de los fondos públicos destinados a determinados fines y cuya distracción produce serios perjuicios al aparato estatal con la siguiente afectación al bien común y, por otro, los bienes que también pueden ser del dominio de los particulares, sin que la distinción entre bien público y bien privado, sea esencial para la adecuación típica. 3) abusar según el diccionario de la lengua es “usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien”. Desfalcar, según el diccionario Cabanellas: “Usar uno o tomar para sí el caudal que esta obligado a custodiar”, “Substracción, retención indebida o uso privado de caudales o valores por la persona que tiene la obligación de custodiarlos de devolverlos o de servirse de ellos para fines específicos”; en términos sencillos, “el abusar de fondos públicos por desfalco” debe entenderse como el “llevarse consigo los dineros públicos mediante actos volitivos puestos en ejecución por el agente, con dolo a mala fe; y, más precisamente una forma planificada de llevarse los fondos públicos, en perjuicio del Estado”. la “Disposición arbitraria” se debe entender de conformidad al diccionario de la lengua española como, la facultad de enajenar o gravar los bienes, o como, la colocación o situación de las cosas, procediendo libremente usando de esta facultad en forma injusta irracional o ilegal, y, por tanto, “la disposición arbitraria de los fondos públicos se entiende que es el uso indebido o impropio que se hace de los caudales públicos que se encuentran bajo su custodia”.-El artículo innumerado cuarto, después del Art. 257 del Código Penal, establece ... “que la misma pena señalada en los artículos anteriores se impondrá a las personas elegidas por votación popular, a los representantes o delegados y a los funcionarios, empleados o servidores públicos que aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les hubiesen concedido contratos o permitido la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público”...y con el análisis de la sentencia emitida por el Tribunal Penal que se recurre, se puede establecer que los juzgadores, no han aplicado en debida forma la sana crítica, como lo establece el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal, rompiendo las reglas del análisis lógico y el juzgador, en forma incoherente concluye en la parte resolutive del fallo, afirmando desde un su generis punto de vista, que existe duda sobre el carácter inculpativo de las pruebas de cargo, para terminar absolviéndolo, sin sustento legal, ya que con el mismo testimonio rendido en la audiencia de juicio por el acusado, se establece con certeza, que efectivamente fue la persona que contrató y dispuso el pago de una pantalla de presión, cuyo objeto mueble lo adquirió como Presidente de la Casa de la Cultura Benjamín Carrión, Núcleo de Chimborazo, para beneficiar o favorecer a la compañía C.P.U. System Cia. Ltda., cuyo representante legal es su sobrino señor Gil Xavier Wandemberg Falconí, para lo cual utili-

zó facturas falsas o que carecen de autenticidad, violentando la letra d del Art. 56 de la Ley de Contratación Pública, que le prohibía hacerlo a través de su pariente, y el hecho de haber devuelto, en dinero, el costo del objeto adquirido, no lo libra de responsabilidad, ni puede tenerse a dicho hecho, como el desvanecimiento de su conducta infraccional, que por sí, constituye delito, para que se lo exima de responsabilidad, como erróneamente lo hizo el Tribunal a quo, que emitió en su favor sentencia absolutoria, reconociéndolo su estado de inocencia, cuando de las pruebas actuadas en la audiencia de juzgamiento, se había probado la materialidad de la infracción y se obtuvo la certeza de la participación del acusado de ser autor de la infracción que se juzga, violentándose la norma procesal contenida en el Art. 250 del Código de Procedimiento Penal, que así lo dispone, tanto más que de las pruebas presentadas por la Contraloría General del Estado, a través de testimonios y prueba documental se justificó plenamente dicha materialidad de la infracción, como la culpabilidad del acusado, con lo que hizo una errónea interpretación del innumerado cuarto a continuación del Art. 257 del Código Penal, y también del artículo 4 de la referida norma sustantiva penal, en lo referente a considerar el indubio pro reo, ya que de las actuaciones analizadas en la sentencia, no cabe la consideración de la duda respecto al accionar del acusado, evidenciándose del Examen de Auditoría Financiera, practicado por los funcionarios de la Contraloría Regional 6, a la Casa de la Cultura Benjamín Carrión, Núcleo de Chimborazo, en el período del 01 de junio de 1999 al 31 de diciembre de 2003, tiempo en que ejercía la presidencia el Lcdo. Carlos Falconí, se llegó a establecer presunciones, de que favoreció con el contrato a un pariente, superándose el presupuesto de procedibilidad necesario para este tipo de acciones penales, transformándose dicho Examen de Contraloría en prueba, al ser presentada y actuada en la tercera etapa del proceso penal, precisamente donde adquiere la calidad de prueba en contra del acusado, desvaneciendo su principio de inocencia, para darle la calidad de culpabilidad por su ilícito accionar, que no pudo ser desvanecido por el hecho de devolver el monto de lo pagado a la entidad, aunque constituya un valor ínfimo, ya que se lo juzga, es por la forma dolosa con la que actuó para adquirirlo, utilizando para ello proformas falsas y beneficiando a quien por ley estaba prohibido, quebrantando la confianza dispensada por el Estado, en el buen manejo que debía tener con los fondos públicos, correspondiendo haberlo con probidad, con honestidad y en forma legal, adecuando su conducta al delito de peculado, porque tenía la facultad para disponer de ellos o la posibilidad de hacerlo, como lo hizo el acusado, beneficiando a su sobrino, por lo que se acepta el recurso de casación y las fundamentaciones realizadas por el casacionista como organismo de Control y la realizada por la Fiscalía General del Estado, desechándose las argumentaciones del acusado, por no contar con sustento legal. Por las consideraciones antes indicadas, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA**, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, por las evidentes violaciones de la ley que contiene el fallo recurrido, se casa la sentencia dictada por el Tribunal Segundo de lo Penal de Chimborazo y por el mérito de la prueba

introducida en la audiencia de juicio, se condena al Lcdo. Carlos Antonio Falconí Carrillo, cuyas generales obran de autos, como autor del delito tipificado en el innumerado cuarto a continuación del Art. 257 del Código Penal, imponiéndole la pena de un año de prisión y multa de ciento noventa dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, quedando imposibilitado de ejercer cargo público. Devuélvase el proceso al inferior para los fines pertinentes. Se aclara que la mora en el despacho corresponden a los funcionarios que estaban a cargo del mismo, desde la fecha que ingresó a este órgano jurisdiccional. Actúe el Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator. Notifíquese y cúmplase.

f.) Dr. Jorge M. Blum Carcelén, Msc., Juez Nacional Ponente.

fd.) Dres. Wilson Merino Sánchez, Paúl Iñiguez Ríos, Jueces Nacionales.

Certifico.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

Asiento por tal que las tres (6) copias que anteceden, son iguales a su original. Quito, 31 de julio de 2012. Certifico.

f.) Dra. Martha Villarroel Villegas, Secretaria Relatora (E).

---

#### No. 325-2009

**Ponente:** Dr. Jorge M. Blum Carcelén, Msc. (Art. 141 Código Orgánico de la Función Judicial).

#### CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

#### PRIMERA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL

Quito, 22 de marzo del 2012, a las 11H40.

**VISTOS:** El Tribunal Segundo de lo Penal de Los Ríos, el 23 de marzo del 2007, dicta sentencia condenatoria contra el procesado Estuardo Alfredo Reyes Conforme, imponiéndole la pena de **dieciséis años de reclusión mayor especial**, por considerarle autor del delito tipificado y reprimido en el Art. 450, numerales 1 y 9 del Código Penal, en relación con el Art. 451 *Ibidem*, sentencia de la cual interpone recurso de casación el procesado **ESTUARDO ALFREDO REYES CONFORME**. Siendo el estado procesal el de resolver, para hacerlo, se considera: **PRIMERO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA:** El Consejo de la Judicatura de Transición posesionó a las Juezas y Jueces Nacionales el 26 de enero de 2012. Por su lado, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión de 30 de enero de 2012, conformó sus ocho Salas Especializadas, conforme lo dispone el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial. La Sala Especializada de lo

Penal tiene competencia para conocer el recurso de casación según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, que en la segunda disposición transitoria dispone que: *“en todo lo relativo a la competencia, organización y funcionamiento de la Corte Nacional de Justicia, este Código entrará en vigencia a partir de la fecha en que se posesionen los nuevos jueces nacionales elegidos y nombrados de conformidad con lo establecido en la Constitución y este Código.”* En tal virtud y por el sorteo de ley contemplado en el Art. 196 ibidem, en nuestras calidades de jueces nacionales, avocamos conocimiento de la presente causa, cuya ponencia correspondió al doctor Jorge M. Blum Carcelén, conforme lo previsto en el Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial.- **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL:** Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad; por lo que se declara la validez de esta causa penal.- **TERCERO.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN:** El recurrente, en su escrito de fundamentación del recurso de casación de fs. 68 a 70 del cuadernillo para resolver el recurso de casación, en lo principal manifiesta: Que la ley que ha sido violada por el Tribunal Segundo de lo Penal en sentencia, es el Art. 305 y 315 del Código de Procedimiento Penal y Art. 450 del Código Penal; que el Tribunal Segundo de lo Penal de los Ríos con sede en Quevedo, le ha llamado a audiencia oral pública para sancionar un supuesto delito por ocultamiento de cosas robadas; que sus versiones sin justificación han sido desacreditadas; que los testimonios rendidos a su favor en el Tribunal no se dieron valor; no se valoraron los certificados de antecedentes penales; no se valoraron las firmas de los moradores del Recinto San Marcos, Cantón el Empalme; no se tomaron en cuenta sendos certificados de honorabilidad; no se tramitó el petitorio de detener a Héctor Cevallos Rivas; el policía Darwin Guerrero Meza, concurrió al Tribunal, pero sin documentos; existen dos dueños del camión Hiño placas PFB-846; no comparecieron a la audiencia el denunciante Luis Villacís, ni el “versionista” José Estrada Ayala; se denuncia que Segundo López Sangoquiza fue herido por armas de fuego en el asalto, pero en la autopsia consta que su muerte fue por arma corto punzante; que la policía de Portoviejo lo torturó para que se declare culpable del asalto y robo; que los nombres del fallecido inician cambiados; no rindió versión en la etapa de instrucción el Dr. Manuel León Maldonado; que no es propietario, ni inquilino de la casa donde se ocultaban las cosas robadas; que se ha presentado voluntariamente a la audiencia del Tribunal Penal; que se está cometiendo una barbaridad jurídica y que no tiene lugar en el tiempo ni en el espacio el acusarle de asesinato y ocultación de cosas robadas, que no le aplicaron atenuantes, pese haber justificado en el proceso. Concluye solicitando se case la sentencia y se le condene por el delito por el cual se inició la instrucción fiscal, esto es, por ocultamiento de cosas robadas y no por el delito de asesinato. **CUARTO.- OPINION FISCAL:** El doctor Jorge W. Germán Ramírez, ex - Ministro Fiscal General del Estado, luego de un relato extenso de los hechos en la parte pertinente de su dictamen señala lo siguiente: “... **TERCERO.-** Examinada la sentencia impugnada, cuya casación se reclama, en orden a determinar si en ella se ha violado la Ley en cualquiera de las formas previstas en el

Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, que es la esencia del recurso; observo que la misma guarda conformidad con la ley y en el considerando tercero el Tribunal Penal estima se encuentra comprobada **la existencia material de la infracción** con la prueba presentada por el Fiscal: 3.1. Declaración del perito médico Dr. Manuel Ubaldó León Maldonado el mismo que dijo haber practicado la autopsia en el cadáver de quien en vida fue Segundo Leopoldo López Sangoquiza, el que presentaba restos de ditritos vegetales y piedra a nivel de la cara, dos heridas cortopunzantes a nivel del tórax lateral izquierdo, borde posterior axilar, las mismas que eran penetrantes a cavidad torácica, existiendo laceración pulmonar con sus vasos respectivos, un hemotórax de unos 2500 c.c., aproximadamente lo que le llevó a un Shock hipovolémico por hemorragia aguda y a la muerte, heridas ocasionadas con arma corto punzante, probablemente cuchillo. 3.2. La perito designada para la diligencia de reconocimiento de la evidencia física señora Rosa Ligia Párraga Mendoza, al declarar en la audiencia ante el Tribunal Penal con juramento dijo: Que la evidencia consistía en un vehículo clase camión, marca Hiño, modelo OH, color blanco, cajón de madera y tol corrugado de seis llantas, de placas PFB-846 en el piso de la cabina lado izquierdo, una mancha color café, presumiblemente sangre, un pequeño hundiimiento en la carrocería metálica del cabezal, conteniendo en el interior del cajón del camión 140 cajas de cerámica para piso, color blanco, marca faboce, de la medida de 34 x 34, cada metro con el valor de siete dólares. Declaraciones con las que se justifica la muerte violenta de quien en vida fuera Segundo Leopoldo López Sangoquiza y la existencia del camión y cerámica sustraídos, cuyas características ya se encuentra indicando la perito designada para el efecto, por lo que puede aseverarse que el resultado material de la infracción se encuentra probado conforme a derecho, cuanto más si ha sido prueba pedida, ordenada, practicada e introducida al juicio, conforme lo señalan los Arts. 79 y 83 del Código de Procedimiento Penal. **La responsabilidad penal** del acusado se encuentra contenida en el considerando cuarto de la sentencia cuando por pedido del Representante del Ministerio Público concurrieron a declarar en audiencia de juzgamiento los agentes de policía Marcelino Héctor Mora Moneada, Kléver Benítez y Edilfonso Sebastián Barcia García, el primero de los nombrados que asegura trabaja en la Policía Judicial de Portoviejo, por lo tanto realizó la aprehensión de los ciudadanos Estuardo Alfredo Reyes Conforme y Juan Alberto Vera Cedeño, el 19 de agosto del 2006, a las 01h00, luego de recibir una llamada de una persona del Sector de Calderón, que le indica, que en el sitio el Naranjo de la misma parroquia se encontraba una mercadería escondida, realizando un operativo con personal del GOE, encontrando a dos personas en una casa abandonada y que embarcaban cartones a un vehículo, logrando verificar que en el interior de los cartones existía cerámica, sujetos que al ser preguntados por la Policía sobre la propiedad de esa evidencia, Estuardo Alfredo Reyes manifestaba ser chofer contratado para transportar la mercadería por Vera Cedeño y no pudiendo justificar la propiedad de la cerámica, son detenidos y trasladados a la ciudad de Portoviejo, que en el sitio encontraron a las dos únicas personas; siendo su principal actuación la recuperación de la mercadería robada, en tanto que el segundo y tercero de los nombrados dijeron, que fueron designados para trasladar

a los detenidos Estuardo Alfredo Reyes Conforme y Juan Alberto Vera Cedeño, desde Portoviejo a la ciudad de Quevedo, luego de haber sido aprehendidos en delito flagrante cargando la baldosa producto del robo. **CUARTO.**- De las pruebas presentadas en la etapa de juicio para su valoración, mismas que constan en el considerando tercero de la sentencia, en la especie, podemos inferir que se encuentra justificada conforme a derecho la existencia material de la infracción, tanto la muerte como el robo de la cerámica; prueba que al no haber sido impugnada tiene total valor probatorio; si bien es cierto se ha iniciado instrucción fiscal por parte del Agente Fiscal y por haber sido acusado por el juez al dictar auto de llamamiento a juicio por el delito contemplado en el Art. 569 del Código Penal; el Tribunal Juzgador apartándose del criterio fiscal, asegura que la infracción probada es la muerte violenta de quien en vida se llamó Segundo Leopoldo López Sangoquiza y el robo del vehículo marca Hino que conducía la víctima; por cuanto de autos aparecen presunciones basadas en indicios probados, graves, precisos y concordantes, porque los indicios que sirven de premisa a la presunción, son varios, relacionados, unívocos y directos conforme lo exige el Art. 88 del Código de Procedimiento Penal. Indicios que obran del proceso y que son: 1. Las conclusiones del informe policial, en que el agente investigador concluye, que en su versión el ayudante del occiso, llamado José Alfonso Estrada Ayala, al momento del asalto pudo identificar plenamente al acusado Estuardo Alfredo Reyes Conforme, como uno de los integrantes autores del delito, exactamente porque se encargó de conducir el camión sustraído y al momento que se abría la puerta del camión y se prendía la luz podía observarlo. 2. Al acusado Estuardo Alfredo Reyes Conforme se lo detiene en el momento que se disponía a transportar en su camioneta la cerámica producto del robo que transportaba en el camión el occiso. 3. No resultan creíbles los argumentos del acusado Estuardo Alfredo Reyes Conforme, de que por concepto de pago de flete de su vehículo iba a recibir quince dólares para gasolina y treinta dólares por el flete, y que debió esperar hasta la madrugada para ir a cargar la cerámica; de todo lo mencionado se evidencia una increíble coincidencia, la de haberse encontrado muerto en un costado de la carretera al conductor del vehículo sustraído en la Vía el Empalme - Pichincha. El vehículo robado y cargado con parte de la cerámica que transportaba, por el mismo sector de Manabí y por último el producto del robo (cerámica) en poder del acusado Reyes Conforme, en el Sector El Naranjal, del Cantón Calderón, Provincia de Manabí. Estos indicios analizados por el Tribunal juzgador aplicando las reglas de la sana crítica, las mismas que serán entendidas como el raciocinio aplicado en base a la inteligencia, la experiencia y la lógica jurídica, contemplados en el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal, el Juzgador llegó a la conclusión de que se ha comprobado tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado, estableciéndose claramente que Estuardo Alfredo Reyes Conforme y su acompañante hoy prófugo, cometieron el delito de asesinato, hecho realizado con alevosía y como medio de preparar, facilitar, consumir u ocultar el delito de robo tipificado y sancionado en el Art. 450, numerales 1 y 9, en concordancia con el Art. 551 del Código Penal. **QUINTO.**-Las alegaciones mencionadas por el recurrente Estuardo Alfredo Reyes Conforme, de que el Tribunal violó la ley en la sentencia en los Art. 305 y 315 del Código de Procedimiento Penal; no tienen sus-

tento legal, ni han sido demostradas efectivamente; por cuanto de la sentencia se advierte que el Tribunal Juzgador pronunció sentencia sobre hechos que tienen relación o conexión con los determinados en el auto de llamamiento a juicio; toda vez que existe el asalto y robo al camión que cargado de cerámica fue asaltado al pasar por el Sitio Macul, de la Vía Empalme - Quevedo, por lo que para sustraer su mercadería asesinaron al conductor Segundo Leopoldo López Sangoquiza, mercadería que luego de haber sido robada y ocultada en una casa abandonada, ubicada en el sector de Calderón, sitio Naranjo de la misma parroquia, es encontrada en poder del acusado Estuardo Alfredo Reyes Conforme, momentos en que se disponía a transportarla en su camioneta. Observando que no se ha considerado como prueba de descargo los testimonios de sus testigos por cuanto el Juzgador considera, que sencillamente afirman conocer al acusado y pretendiendo establecer una coartada dicen haber estado celebrando con él el día de San Alfonso, las últimas horas del 31 de julio y 1 de agosto del 2006; por lo que el Juzgador soberano en la apreciación de la prueba y aplicación de la pena le impone la pena de dieciséis años de reclusión mayor especial. **SEXTO.**- El recurso de casación es extraordinario y especial, hay lugar a éste recurso cuando en la sentencia el Juzgador ha incurrido en violación de la ley por cualquiera de los casos consignados en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, ya sea por contravenir expresamente a su texto, hacer una falsa aplicación o errónea interpretación, no siendo propio, para el Tribunal de Casación valorar nuevamente la prueba que ya fue analizada; no puede rever la prueba, la misma que ya ha sido apreciada y valorada por el juzgador en su momento y con ello ha llegado a la conclusión de que el recurrente sentenciado es responsable del delito por el que se le incrimina, el de asesinato. De la revisión de la sentencia no se advierte que el Tribunal Segundo Penal de Los Ríos, haya violado la ley en la sentencia, por cualquiera de las formas establecidas en el Art. 349 del Código Penal". Concluye solicitando se deseche el recurso de casación interpuesto por el sentenciado Estuardo Alfredo Reyes Conforme. **QUINTO.- ANÁLISIS DE LA SALA: A)** La casación doctrinariamente se considera como aquella "función jurisdiccional, confiada al más alto tribunal judicial, para anular, o anular y revisar, mediante el recurso, las sentencias definitivas de los tribunales de mérito que contengan una errónea interpretación de la ley" (JOSE SARTORIO, La Casación Argentina, De Palma, Bs. As. 1951, p. 22). Su alcance, fundamento y fines, se contraen en el sistema procesal penal ecuatoriano, a examinar si en la sentencia se ha producido o no violación de la ley, ya por contravenir a su texto, en el evento de una falsa aplicación de la misma, o en el caso de una interpretación errónea. El Art. 349 del Código de Procedimiento Penal dice: "El recurso de casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia cuando en la sentencia se hubiera violado la Ley, ya por contravenir expresamente a su texto; ya por haberse hecho una falsa aplicación de la misma; ya en fin, por haberla interpretado erróneamente". Se reconocen como fines esenciales a la casación, la defensa del derecho objetivo, buscándose con ello el imperio de la seguridad jurídica, la igualdad de los ciudadanos ante la ley, así como la unificación de la jurisprudencia, que busca además la confluencia del interés privado con el interés social o público (ENRIQUE VESCOVI, *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Depalma Bs. As. 1988, p.s.

237-238). Siguiendo los planteamientos del profesor FERNANDO DE LA RUA (*El recurso de casación en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, en Estudios en honor de Pedro J. Frías*, Córdoba, 1994, tomo I p. 261), agregamos que la Casación es una institución establecida con el fin de garantizar la legalidad formal del juicio previo exigido por la Constitución de la República en el Art. 76 literal I); para asegurar el respeto a los derechos individuales y a las garantías de igualdad ante la ley e inviolabilidad de la defensa en juicio, así como también para hacer efectivo el mantenimiento del orden jurídico penal, con una uniforme aplicación de la ley sustantiva. Es sin duda un medio de impugnación por medio del cual, por motivos de derecho específicamente previstos en la ley, la parte afectada reclama la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva y adjetiva. Para el profesor JORGE CLARIA OLMEDO, “se trata de una apelación devolutiva, limitada en su fundamentación a motivos de derecho. Estos motivos pueden ser tanto de juicio como de actividad: *in iudicando como in procedendo*. De aquí que quedan excluidas todas las cuestiones de hecho sobre el mérito – el *in iudicando in factum*-, en cuanto a su fijación y a la apreciación de la prueba” (*Casación penal, en Enciclopedia jurídica Omeba*, tomo II, p. 806 y siguientes). Vale decir que los motivos pueden ser clasificados como vicios de actividad o vicios de juicio, o errores *in procedendo* y errores *in iudicando*. En la sentencia la actividad valorativa, volitiva y crítica que realiza el juez se cumple con un juicio lógico, pero el error en que incurra puede traducirse en un vicio *in procedendo* en la motivación de la sentencia, o en un vicio *in iudicando* cuando no obstante la corrección formal del fallo existe error en la decisión de fondo del asunto. En ambas situaciones la ley se interpreta para aplicarla: la *ley sustantiva* para aplicarla *in iudicando*, al juzgar; la *ley procesal* para aplicarla *in procedendo*, sobre el proceder. Para PEDRO J. BERTOLINO (*Compendio de la Casación penal nacional*, Depalma, Bs. As. 1995, p. 12-13), el vicio *in iudicando* es el que recae sobre el fondo (contenido) y consiste normalmente en una violación a la ley desaplicándola o aplicándola erróneamente, en cambio el vicio *in procedendo* es la desviación de los medios que señala el derecho procesal para la dilucidación del proceso; son las irregularidades que afectan a los diversos actos procesales (Cf. VESCOVI, *Los recursos...* p. 37). **B)** El Tribunal de Casación realiza bajo este aspecto un examen sobre la aplicación del sistema probatorio establecido por la ley a fin de custodiar la aplicación de las reglas de la sana crítica en la fundamentación de la sentencia, verificando si en su motivación se han observado las reglas de la lógica, del razonamiento y de la experiencia o conocimiento. La garantía de motivación consiste en que mientras por un lado se deja al juez libertad de apreciación, queda en cambio obligado a correlacionar lógicamente los argumentos, demostrándolos en su conclusión para prevenir la arbitrariedad, lo que en el caso sub lite fácilmente se puede observar que se ha cumplido con este requisito. Para que se pueda dictar sentencia condenatoria es necesario que se demuestre conforme a derecho, tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado, y del examen de la sentencia aparece que la conducta del procesado se subsume en la hipótesis prevista por el Art. 450 numerales 1 y 9 del Código Penal, pues los hechos probados en el juicio demuestran que el ilícito es asesinato al

establecerse la alevosía, y tratar de ocultar la comisión de otro delito. En cuanto a la petición de aplicación de atenuantes esta no procede por mandato del Art. 72 *Ibidem* que determina que cuando existe una sola agravante ya no es posible considerar atenuantes para la rebaja de la pena. La prueba debe actuarse ante el Tribunal de Garantías Penales en la audiencia de juicio, así lo dispone el Art. 79 del Código de Procedimiento Penal. En la especie se observa precisamente que ante el Tribunal Juzgador se ha demostrado la existencia material del delito tipificado y sancionado por el Art. 450, numerales 1 y 9 del Código Penal, con el testimonio rendido por el perito médico legista que ha efectuado la autopsia médico legal al cadáver del occiso Segundo Leopoldo López Sangoquiza. Así mismo, las circunstancias que precedieron y rodearon al ilícito, se han comprobado con los testimonios a los que se ha referido el análisis del Tribunal Juzgador en los considerandos tercero y cuarto del fallo recurrido en donde consta un análisis completo de la prueba actuada. No cabe duda alguna que los hechos fácticos demostrados mediante la prueba legalmente actuada en la audiencia de juicio demuestran el hecho denunciado y en aplicación de lo previsto en los Arts. 83, 84 Y 85 del Código de Procedimiento Penal, se subsumen en la hipótesis jurídica del Art. 450 del Código Penal que tipifica el asesinato con las circunstancias de las agravantes de los numerales 1, y 9, por cuya razón está demostrado que el fallo no ha violado las citadas disposiciones legales tanto del Código Penal como del Código de Procedimiento Penal. El análisis de la sentencia establece que está plenamente demostrado el nexo causal entre la materialidad de la infracción y el responsable del tipo penal utilizado para condenarlo, pues las presunciones del Juzgador se encuentran sustentadas en hechos reales y probados y los indicios son varios, relacionados, unívocos y directos, conforme lo examinado en líneas anteriores. De todas las pruebas actuadas en la etapa de enjuiciamiento, aparece el nexo de causalidad entre el hecho antijurídico y la acción del recurrente, como autor del asesinato, pues hay prueba directa que permite establecer que la participación del recurrente es directa y principal, orientada hacia la finalidad delictiva del asesinato, así como en su conducta se configura la alevosía, ejerciendo violencia sobre su víctima para ocasionarle su muerte, lo cual de acuerdo con el Art. 450 numerales 1 y 9, constituye el tipo penal de asesinato con agravantes, por lo que aparece que el Tribunal Penal no ha violado la ley en la sentencia; **C)** Las consideraciones objetivas que con respecto a la prueba evacuada en el juicio, permite inferir que los hechos denunciados y atribuido al procesado se han producido y se subsumen en la infracción de homicidio calificado tantas veces mencionado. La agravante de la alevosía, que consiste en que se genere en el sujeto activo un nivel de poder punible para que cumpla con el propósito de dar muerte, de manera que el resultado se produzca en virtud de la indefensión de la víctima - que perece sin alternativa alguna de responder -, se pone de manifiesto en el hecho que motiva el pronunciamiento de la Sala, ya que se han cumplido a cabalidad los presupuestos del tripartito penal del delito de asesinato, así como la responsabilidad del recurrente por lo que es procedente atribuirle el juicio de reproche. **SEXTO.- RESOLUCION:** De una apreciación ponderada y objetiva de la sentencia, surge de manera incuestionable que el Tribunal Penal de origen no ha violado la ley en la sentencia recurrida, pues ha efectuado una correcta aplicación de la ley

sustantiva y procesal, y ha adecuado correctamente la conducta del procesado en la hipótesis típica prevista en el Art. 450 del Código Penal con las agravantes 1y 9 que están perfectamente demostradas en la audiencia de juicio y que han sido aplicadas correctamente por el Tribunal juzgador. La prueba tanto de la materialidad del delito, como de la responsabilidad y culpabilidad del procesado ha sido producida cumpliendo los principios propios del modelo acusatorio, esto es, de manera oral y pública, ejerciendo las partes el derecho al contradictorio, y respetando los principios de la continuidad o concentración, así como cumpliendo con el principio de la inmediación de la prueba con el juez de la sentencia. La materialidad del delito, así como la culpabilidad del procesado, se encuentran debidamente probadas, como se ha analizado precedentemente. Por las consideraciones que anteceden, esta Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LEYES DE LA REPUBLICA**, de conformidad con el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, acogiendo la opinión Fiscal desecha el recurso de casación propuesto por el procesado **ESTUARDO ALFREDO REYES CONFORME**. Actúe en la presente causa el doctor Hermes Sarango Aguirre, en calidad de Secretario Relator. Notifíquese, devuélvase y publíquese.

f.) Dr. Jorge M. Blum Carcelén, Juez Nacional Ponente,

Fdo.) Dres. Wilson Merino Sánchez, Paúl Iñiguez Ríos, Jueces Nacionales.

**Certifico.**

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

Asiento por tal que las tres (8) copias que anteceden, son iguales a su original. Quito, 31 de julio de 2012. Certifico.

f.) Dra. Martha Villarroel Villegas, Secretaria Relatora (E).

**No. 625-2009**

**Ponente:** Dr. Jorge M. Blum Carcelén, Msc.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**

**SALA PENAL**

Quito, 7 marzo de 2012, a las 11H00.

**VISTOS:** La sentenciada Verónica Inés Espinoza Enríquez, interpone Recurso de Casación de la sentencia expedida el 5 de diciembre de 2008, por el Tribunal Penal de Imbabura, que la condena a ocho días de prisión correccional, como autora del delito que tipifica y reprime el artículo 563 del Código Penal, considerándole las circuns-

tancias atenuantes de los numerales 3 y 5 del artículo 29 de sustantivo penal. Aceptado al trámite dicho recurso y habiéndose cumplido con la fundamentación del mismo y emitiendo la opinión Fiscal, por parte del Dr. Alfredo Alvear Enríquez, Director Nacional de Asesoría, Subrogante del señor Fiscal General del Estado de dicha época, cumpliéndose con el trámite previsto para esta clase de recursos, al tenor de lo dispuesto en el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal y siendo el estado de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA:** El Consejo de la Judicatura de Transición, posesionó a las Juezas y Jueces Nacionales el 26 de enero de 2012. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión de 30 de enero de 2012, conformó sus ocho Salas Especializadas conforme dispone el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183. La Sala Especializada de lo Penal tiene competencia para conocer los recursos de casación en materia penal según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, éste cuerpo legal en la Segunda Disposición Transitoria dispone que: "en todo lo relativo a la competencia, organización y funcionamiento de la Corte Nacional de Justicia, este Código entrará en vigencia a partir de la fecha en que se posesionen los nuevos jueces nacionales elegidos y nombrados de conformidad con lo establecido en la Constitución y este Código", habiéndose mediante sorteo designado este Tribunal y al juez ponente, de conformidad con los Arts. 185 de la Constitución de la República y 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, por lo que los suscritos, al tenor de las normas antes referidas y las del Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, somos competentes para conocer el recurso de casación penal planteado. **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL:** Examinado el trámite del presente Recurso de Casación, no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna que pudiera invalidar o acarrear su nulidad, por lo que este Tribunal lo declara válido. **TERCERO.- FUNDAMENTACION DEL RECURSO:** La recurrente Verónica Inés Espinoza Enríquez, en forma general, expresa en el escrito de interposición del recurso casación, de que se ha violado la ley, por contravenir expresamente a su texto, por la falsa aplicación de ella y consecuentemente haberla interpretado erróneamente, sujetándose a la ley de casación. Mientras que en el escrito de fundamentación del recurso asegura que desde la iniciación de la causa propuesta por Ángel Patricio Hidrovo que la denunció por estafa, siempre alegó incompetencia, por cuanto se trata de desavenencias contractuales, cuando negoció con la empresa Comercial Hidrovo Cia. Ltda, la compraventa de un vehículo a crédito, habiendo entregado al vendedor el anticipo de dinero o entrada, que le entregaron el vehículo y canceló tres cuotas, pero suspendió dichos abonos, porque no le entregaban los recibos que respalden dichos abonos y que por ello forjaron una denuncia infundada y que el problema es estrictamente civil, por lo que interpone el recurso de casación, para que se revoque la sentencia subida en grado. **CUARTO.- OPINION FISCAL:** La Fiscalía General del Estado, considera que debe rechazar por improcedente el recurso de casación, por no haberse establecido violación de la ley en el fallo recurrido, considerando que la forma de sustentar la fundamentación del recurso, es un alegato propio de tercera instancia, sin que haya determinado las violaciones a la ley en la sentencia, en cualquiera de sus formas determinadas taxativamente

en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, ya que este recurso es especial y no puede efectuarse una nueva valoración de la carga probatoria, por lo que se contrae únicamente a corregir los errores de derecho, sea porque se ha contravenido expresamente el texto de la ley o porque se ha hecho una falsa aplicación o una errónea interpretación de la misma, estableciéndose en el texto de la sentencia el ardid y el deseo de perjudicar, demostrándose como la procesada se hizo entregar un vehículo con el ánimo de perjudicar a las personas que confiaron en la cristalización de un negocio. **QUINTO.- ASPECTOS JURIDICOS:** Al tenor de lo dispuesto en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, el Recurso de Casación, es un medio impugnatorio, que tiene por objeto corregir los errores de derecho que pudiera incurrir el inferior en la sentencia, por lo que constituye un recurso extraordinario de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia, como lo señala el Art. 10 inciso segundo del Código Orgánico de la Función Judicial, sin que esté permitido a los juzgadores de Casación valorar la prueba actuada, que dio lugar a la sentencia que se impugna. Cabe señalar, que los “errores de derecho”, son corregibles mediante casación y que debe limitarse a examinar si en el fallo impugnado se ha aplicado correctamente la ley, fundamentado en las causales que contiene el Art. 349 del adjetivo penal, cuando la sentencia recurrida ha violado la ley, por **a)** por contravenir expresamente a su texto; **b)** por haberse realizado una falsa aplicación de ella; y, **c)** por haberla interpretado erróneamente. Ya que la primera circunstancia implica contrariar su contenido y al hacerlo sería una violación directa.- La segunda, la falsa aplicación, puede darse aplicándola en un caso que no le corresponde.- La tercera, la interpretación errónea, podría dar lugar a ir más allá del contenido de la norma, contrariando su espíritu, su alcance, originándose un falso raciocinio. Por ello el Tratadista Fabio Calderón Boteiro, en su obra Casación y Revisión en materia penal, expresa que el recurso de casación...“*es un juicio técnico jurídico, de puro derecho sobre la legalidad de la sentencia, también conocido por la doctrina como error in iudicando...*”, que precisamente es el error de derecho en la sentencia. **SEXTO.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:** Como se aprecia de los escritos de interposición del recurso de casación y fundamentación del mismo, la recurrente en forma equivocada se refiere a la casación penal, en los términos de la Ley de Casación, cuando en realidad debe encuadrar su pretensión en los requisitos consignados en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, sin que haya señalado cuales son las violaciones de la ley en la sentencia y como bien los señala la Fiscalía, el recurso se lo hace, como si fuera un alegato de tercera instancia, por ello, la recurrente no ha indicado, como era su deber, cuales son los errores de derecho que contiene la sentencia, ni se ajusta a ninguna de las causales, ya sea por contravenir expresamente a su texto; por haberse realizado una falsa aplicación de ella; o, por haberla interpretado erróneamente, necesario para el análisis, pretendiendo la procesada, que se analice la prueba actuada, lo que está vedado para este Tribunal de Casación, pero sin perjuicio de ello, para permitir el legítimo derecho a la defensa y no causar indefensión a la impugnante, por la equivocación existente atribuible a su defensa y tomando en consideración la última parte del Art. 358 del adjetivo penal, este Tribunal analizar el texto del fallo recurrido, estableciendo que efectivamente en los considerandos de

la sentencia se hace una descripción pormenorizada de los elementos de prueba que se introdujeron, por parte de los sujetos procesales, en la audiencia de juzgamiento y son los que han servido a los juzgadores, para establecer la existencia de la materialidad de la infracción, esto es el delito de estafa y tener la certeza, a la luz de la sana crítica, que la acusada en la autora de dicha infracción, quien se hizo entregar un vehículo, bajo la promesa de pago y que lo mantuvo en su poder, por espacio de un año y lo devolvió deteriorado, configurándose los elementos constitutivos del tipo de estafa, que los constituye el “hacerse entregar”, empleando para ello, “falsas promesas”, “crédito imaginario”, “con la esperanza de un acontecimiento quimérico”, estableciéndose con las pruebas aportadas el dolo, con la intención de causar perjuicio al acusador, por parte de quien se hizo entregar el vehículo con la esperanza de su pago a través de un crédito financiero, que nunca existió, cumpliéndose con lo establecido en el Art. 79 del Código de Procedimiento Penal, ya que las pruebas se han producido en el juicio, donde las investigaciones y pericias recaudadas en la indagación previa e instrucción fiscal, alcanzan el valor de prueba, una vez que hayan sido presentadas y valoradas en la audiencia de juzgamiento, donde se ha comprobado la existencia de la infracción y la responsabilidad de la acusada, como lo establece el Art. 250 del Código de Procedimiento Penal, obteniendo la certeza de la existencia del delito y la culpabilidad de la acusada, que es lo realizado por los juzgadores, a la luz de la sana crítica ( Art. 86 ibídem), quienes han realizado una apreciación inteligente, a base del criterio que guía el acontecer común de las cosas, unida a la experiencia y a la lucidez del juzgador, que les permitió llegar a dicha certeza Respeto al tipo penal de Estafa, debemos remitirnos a lo dispuesto en el Art. 563 del Código Penal, que dice: **“El que, con el propósito de apropiarse de una cosa perteneciente a otro, se hubiere hecho entregar fondos, muebles, obligaciones, finiquitos, recibos, ya haciendo uso de nombres falsos, o de falsas calidades, ya empleando manejos fraudulentos para hacer creer en la existencia de falsas empresas, de un poder o crédito imaginario, para infundir la esperanza o temor de un suceso, accidente, o cualquier otro acontecimiento quimérico o para abusar de otro modo de la confianza o de la credulidad, será reprimido...”** Al referirse a la Estafa, el Dr. Efraín Torres Chávez, en su obra: Breves Comentarios al Código Penal del Ecuador, Volumen IV, Pág. 223 y 224, manifiesta que...“*Estafar es, según la acepción castiza, pedir o sacar dinero o cosas de valor con artificios y engaños y con ánimo de no pagar. En la estafa interviene la inteligencia y no la violencia, como en el robo. El núcleo del tipo está dado por los verbos hacerse entregar fondos, muebles, etc., el fin del ilícito es apropiarse de una cosa perteneciente a otro, como fondos, muebles, obligaciones, finiquitos o recibos, las modalidades dolosas varían: uso de nombres falsos, o uso de falsas calidades, o empleo de manejos fraudulentos*”. Opinión doctrinaria que es coincidente con la expresada por el autor peruano, José Urquiza Olaechea, (Código Penal. Tomo I, Editorial - Edinsa, Pág. 664) que al referirse a la Estafa, señala:... que **“quien procura para sí u otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado, mediante engaño, astucia, ardid y otro firma fraudulenta...”**; es lo que aprecia el juzgador al analizar la prueba que se le presentó, en la tercera etapa del proceso penal, cuya motivación consta de autos, por lo

que no existe violación de los artículos 252 y 304-A del Código de Procedimiento Penal. También se establece, del texto de la sentencia examinada, que por la iniciación de la acción penal, es que la sentencia devuelve el vehículo, el cual utilizó un año y le causó deterioros significativos. Por las consideraciones expuestas, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA**, tal como lo establece el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, por improcedente se rechaza el recurso de casación interpuesto y se dispone devolver el proceso al inferior. Intervenga el doctor Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator. Notifíquese y cúmplase.

f.) Dr. Jorge M. Blum Carcelén, Msc., Juez Nacional Ponente.

Fdo.) Dres. Wilson Merino Sánchez y Paúl Iñiguez Ríos, Jueces Nacionales.

**Certifico.**

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

Asiento por tal que las tres (3) copias que anteceden, son iguales a su original. Quito, 31 de julio de 2012. Certifico.

f.) Dra. Martha Villarroel Villegas, Secretaria Relatora (E).

**No. 607-2010**

**Ponente:** Dr. Jorge M. Blum Carcelén, Msc. (Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial.).

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**

**SALA PENAL**

Quito, 30 de marzo de 2012, las 11h10.

**VISTOS:** La sentenciada Carmen Lucila Osorio Travéz, y la querellante Nelly Osorio Parra, interpone Recursos de Casación de la sentencia expedida por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, que confirma la dictada por el Juez Tercero de Garantías Penales de Cotopaxi, que le impone a Carme Lucila Osorio, la pena atenuada de 15 días de prisión correccional, y multa de 25 dólares de los Estados Unidos, por considerarla autora del delito de injurias calumniosas que tipifica el Art. 489 inciso 1° y reprimida por el Art. 491 del Código Penal. Aceptado a trámite y habiéndose cumplido con la audiencia oral, pública y contradictoria que establece el Art. 352 del Código de Procedimiento Penal, a la que concurrieron las impugnantes representadas: Carmen Osorio Través por su defensor Dr. Milton Mora Abad, y Nelly Osorio Parra por el Dr. Ricardo Carrillo Sánchez, quienes fundamentaron sus recursos, cumpliéndose con el trámite de

rigor, al tenor de lo dispuesto en el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal y siendo el estado de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA:** El Consejo de la Judicatura de Transición, posesionó a las Juezas y Jueces Nacionales el 26 de enero de 2012. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión de 30 de enero de 2012, conformó sus ocho Salas Especializadas conforme dispone el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183. La Sala Especializada de lo Penal tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, éste cuerpo legal en la Segunda Disposición Transitoria dispone que: “en todo lo relativo a la competencia, organización y funcionamiento de la Corte Nacional de Justicia, este Código entrará en vigencia a partir de la fecha en que se posesionen los nuevos jueces nacionales elegidos y nombrados de conformidad con lo establecido en la Constitución y este Código”, habiéndose mediante sorteo designado a este Tribunal y al juez ponente, de conformidad con los Arts. 185 de la Constitución de la República y 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, por lo que los suscritos, al tenor de las normas antes referidas y las del Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, luego del sorteo pertinente, somos competentes para conocer el recurso de casación penal planteado.- **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL:** Examinado el trámite del presente Recurso de Casación, no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna que pudiera invalidar o acarrear su nulidad, por cuanto fue presentado dentro del plazo establecido en el Art. 350 del Código de Procedimiento Penal, habiéndose celebrado la audiencia que trata el Art. 352 del Código de Procedimiento Penal, donde los recurrentes fundamentaron los recursos, por lo que este Tribunal lo declara válido. **TERCERO: ANTECEDENTES:** Nelly Osorio Parra, en su acusación privada manifiesta que el día jueves 25 de marzo de 2010, a eso de las 11h30 se encontraba en el puesto de ventas de comidas, que lo tiene en el parque “San Felipe” de la parroquia Eloy Alfaro del Cantón Latacunga, acercándose la señora Carmen Lucila Osorio Travéz y sin que le diera motivo alguno, haciendo gala de una actitud hostil, procedió a injuriarla de palabra, en presencia de diez personas, en los siguientes términos: “hasta cuando me das la plata ladrona, vos me robaste treinta mil dólares, la plata que cogiste era para darle a tu mozo, con la otra ladrona te partiste el dinero, págame ladrona, ladrona infeliz, andas robando a la gente, ladrona, eres ladrona profesional y otros improprios mas”. **CUARTO: FUNDAMENTACION DE LOS RECURSOS: A)-** La querellante Nelly Olimpia Osorio, a través de su abogado defensor Dr. Ricardo Carrillo Sánchez, fundamentó el recurso y manifestó lo siguiente: que el recurso de casación en virtud de lo que establece el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal cabe cuando en la sentencia se ha violado la ley por contravención expresa en el texto de la sentencia, es decir, en este caso, la sentencia de la Corte Provincial de Justicia de la Sala de lo Penal de Cotopaxi de fecha 22 de junio de 2010; por indebida aplicación, cosa que no cabe en la sentencia antes referida; y, por una errónea interpretación que tampoco cabe en la sentencia de la Corte Provincial, al cumplirse los requisitos contenidos en el Art. 309 del Código de Procedimiento Penal. Que en virtud de los aspectos antes indicados, es necesario considerar que en la sentencia de primera ins-

tancia el Juez de Garantías Penales de Cotopaxi de fecha 21 de julio de 2010, en el considerando primero da a conocer la validez procesal y, del mismo modo en el considerando primero de la sentencia de la Corte Provincial de Justicia se da a conocer la validez procesal, por lo que no se ha violado la ley en lo concerniente a la sentencia. Agrega que el Juez Tercero de Garantías Penales en su considerando Tercero indica la salvedad que se realizó al momento de formalizar la acusación particular en la audiencia de conciliación, pues se había establecido en dicha acusación que el cometimiento de la acción delictiva consistía en el Art. 36 del Código de Procedimiento Penal, que se refiere a las acciones de carácter privado y, que se dio a entender que la infracción cometida es la que contempla el Art. 489 del Código Penal que versa sobre las injurias calumniosas; que de igual forma lo aclaró la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Cotopaxi al establecer y considerar esta formalización al momento de la audiencia de conciliación. Añade también que se ha dejado señalado en las sentencias de primera y segunda instancia el delito cometido y probado en derecho por parte de Carmen Osorio Travéz en contra de Nelly Olimpia Osorio, puesto que se cometió en un lugar público, frente a más de diez individuos, ya que la señora Nelly Osorio en la parroquia San Felipe de Latacunga, vendía comida y se encontraba con una gran cantidad de personas, por lo que se cumplieron los requisitos para una injuria calumniosa. Pasa a referirse acerca del animus injuriandi cometido por parte de Carmen Osorio a Nelly Osorio, pues se produjeron factores importantes como el de la publicidad, porque al momento de cometerse la infracción hubo un traslado en el lugar de los hechos y, en el animus injuriandi se determina principalmente que la colectividad pierde la confianza en la persona, en este caso, la colectividad se alarma al perder la credibilidad sobre Nelly Osorio y, por lo tanto, la estimación y el prestigio se ve derrumbado frente a la señora y frente a más de diez individuos que tienen la característica de entender la injuria calumniosa que se ha proferido en contra de la prenombrada señora Osorio. Que al establecerse un parámetro constitucional sobre el cometimiento de la infracción y el alcance de la justicia a la que se quiere llegar, hace mención del Art. 169 de la Constitución de la República que establece claramente dentro del ámbito judicial que “no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades” y que, por lo tanto, se cumplió el debido proceso; que el Art. 66.18 de la Constitución establece el derecho al honor y buen nombre que tienen las personas, la ley protegerá la imagen y la voz de las personas en todos sus ámbitos, y que en este caso se ha manchado el honor y buen nombre de Nelly Osorio. Manifiesta, que la nueva fuente del derecho es la Constitución, la sana crítica y la discrecionalidad de los jueces, refiriéndose al Art. 29 inciso tercero del Código Orgánico de la Función Judicial que determina claramente la analogía que se debe aplicar para casos específicos y que es importante mencionar que esta Sala se ha manifestado en el caso El Universo, el mismo que queda como precedente para la estructura judicial del Ecuador y para manifestar la justicia y la proporcionalidad. Insiste el abogado de la querellante que se ha dejado señalado que en primera instancia el Juez Tercero de Garantías Penales de Cotopaxi sanciona con seis meses de prisión correccional a la persona de Carmen Osorio y se le reduce a 15 días de prisión; que la Corte Provincial en segunda instancia se ratifica en todas sus partes con respecto a la sentencia an-

tes aludida, pero en virtud del derecho, es necesario mencionar que se pide la máxima pena para Carmen Osorio, es decir, dos años, pago de daños y perjuicios y pago de honorarios a los abogados, señalando que no cabe en este caso el principio de no reformatio in pejus, en virtud de que las dos partes han recurrido en casación. Finaliza su exposición la defensa de Nelly Osorio indicando que en virtud de lo antes dicho, los jueces, considerando las reglas del debido proceso establecidas en la Constitución, en los tratados internacionales de derechos humanos y la ley, y, aplicando los principios de la sana crítica, discrecionalidad, razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad, establecerán la máxima pena para Carmen Osorio. **b).-** El Dr. Milton Mora, en representación de la querellada Carmen Osorio, señala lo siguiente: Que básicamente el recurso se fundamenta en la violación expresa a la norma constitucional contenida en el Art. 76 numerales 1, 3 y 7 de la letra l) del numeral 7, por dos errores que se comenten en el proceso penal; por un lado, fundamentalmente desde la querrela misma que en la parte tercera manifiesta que la infracción cometida es el Art. 36 literal c) del Código de Procedimiento Penal, por lo que en ese sentido se estaría hablando de las acciones privadas y en lo que se refiere al literal c), se referiría a las injurias calumniosas y no calumniosas; dando lectura a una parte de lo que señala en el escrito de querrela: “cabe anotar que ese día hubo un traslado y había un grupo numeroso de gente que escuchó las injurias graves que me irrogó la señora Carmen Osorio...”, anotando que hay que preguntarse cuáles son las injurias graves en nuestra legislación, por lo que en este sentido el Juez de Primera Instancia, como todos conocen, en el caso de darse una querrela que presente deficiencias, debió ordenar que se complete o se aclare la querrela, lo que no se hizo, sino que procedió a calificarla tal como estaba, por lo que se generó un problema, que es el hecho de que el juez tomó atribuciones que no le correspondían, violando expresamente el Art. 15 del Código de Procedimiento Penal en su parte final, lo que quiere decir que el juez penal en materia penal de acción privada se somete al principio dispositivo, o sea que el juez penal actúa en base a lo que la señora Nelly Osorio le informó, por lo que estaría frente a un proceso de injurias graves, violándose con ello la interpretación que debe darse a la norma penal, pues al ser ésta restrictiva de derechos, debió dársele una interpretación restrictiva, sin embargo, en este caso, la aplicación que el juez le dio es una aplicación extensiva, es decir, que el juez asumió que la querellante estaba hablando de injurias calumniosas; recalando, que si se habla de injurias graves debe entenderse de manera correcta que se trata de injurias no calumniosas, de ahí que la defensa en primera instancia se llevó por injurias no calumniosas, pero al final la sentencia termina sancionando a la señora Carmen Osorio por injurias calumniosas. Concluye de lo manifestado el abogado de la querellante, que se la dejó durante todo el proceso sin derecho a la defensa, pues si desde el principio la querrela hubiera sido planteada de manera correcta y se hubiera hecho una defensa en base al delito que realmente la querellante quiso proponer en su querrela, el resultado del proceso hubiera sido distinto. Agrega que, por lo señalado, existe una violación total al debido proceso y a la defensa que es derecho de Carmen Osorio, por lo que respecto al tema procede a mencionar la Jurisprudencia contenida en la Gaceta Judicial, Serie 18, No. 6, pág. 4142,

que de manera sumamente clara trata acerca de las mismas circunstancias, dando lectura de lo pertinente: “los querellantes mencionan que la querellada es responsable de injuria calumniosa grave, el Código Penal prevé la existencia de injurias calumniosas, no así calumniosas graves. La acusación particular con que se inicia este juicio penal no cumple lo establecido con el Código de Procedimiento Penal...”, recalcando que en este caso se terminó desechando la querrela, que sería la aplicación correcta de la ley, pues si la querrela fue, ya sea por negligencia del abogado que presentó la querrela en primera instancia, o, sea por mala intención de dejarle sin una defensa a la querellada, es por eso que se recurrió el recurso de casación para que sean los señores jueces que son a quienes les correspondería subsanar estos errores del Juez de primera instancia, lo hagan y desechen la querrela. Añade que el segundo error en el que se incurre, es la violación al Art. 76 en los numerales 1 y 7 literal I), con respecto a la falta de motivación en la sentencia, pues como se puede notar del expediente, en la sentencia de primera instancia, de manera irresponsable el Juez Tercero de Garantías Penales de Cotopaxi simplemente hace una enumeración de lo que fue actuado por la señora Nelly Osorio y de manera, ni siquiera referencial, lo que fue actuado por la querellada Carmen Osorio, mencionándose simplemente que se han presentado testigos por parte de la querellada y que son contradictorios, y que si bien el juez pudo llegar a un juicio de valor porque la prueba no debió considerarse o se le debió restar valor, la motivación correcta era que el juez de primera instancia explique donde están las contradicciones, dónde existe la parcialización o dónde está el desmérito que le atribuye a la prueba actuada por la querellada, pues lo único que se dice es que la prueba no tiene valor, pero no se explica porqué, incurriendo como se dijo en falta de motivación, insistiendo al respecto que el literal I) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución en su parte final señala que por este tipo de omisiones se sancionará al juez que no lo haga y, que el Juez de Casación es el que tiene la atribución de dejar sin efecto lo erróneamente actuado por los jueces anteriores e incluso llamar la atención a dichos jueces. Recalca la querrelada, que el error, en este mismo sentido es con el juez de segunda instancia, en cuanto a la apelación de la sentencia de primera instancia, es que el juez de la Corte Provincial hace una transcripción literal de la sentencia de primera instancia y dice que se la confirma, contraviniendo el numeral 1 del Art. 76 de la Constitución, pues no explica, ni da una razón en qué motiva su actuación, por lo que solicita a los señores jueces que siendo su atribución subsanar los errores de los jueces de primera y segunda instancia, lo hagan, y desechen la querrela presentada por la señora Nelly Olimpia Osorio Parra, precisando que en cuanto a lo manifestado por el representante de la querellante de que no se sacrificará la justicia por formalidades, en este caso, no es una formalidad exigir o hablar de que la querrela fue planteada en un sentido impreciso y no es sacrificar la justicia, puesto que al haberse omitido esos detalles en la querrela, se violó el debido proceso y se impidió la defensa a la señora Carmen Lucila Osorio por un lado, y por otro lado, en relación al pedido de que se le imponga una pena más alta a la Carmen Osorio no sería procedente por ser recurrente y no podría empeorarse su situación por la decisión de la casación. **QUINTO: ASPECTOS JURIDICOS: Normativa Constitucional;** La

Constitución de la República, en el artículo 6, consagra que todas las ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución. El artículo 10 establece que las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, son titulares y gozan de los derechos garantizados en la Constitución y en los Instrumentos internacionales. El ejercicio de los derechos se regirá por los principios: de exigibilidad en forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; la igualdad y goce de los mismos derechos, deberes y obligaciones; aplicación directa e inmediata; no restricción de derechos y garantías; aplicación de la norma e interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia; inalienabilidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad, interdependencia e igual jerarquía; no exclusión de los derechos derivados de la dignidad de las personas, pueblos y nacionalidades; progresividad a través de normas, jurisprudencia y políticas públicas; respeto del Estado y hacer respetar los derechos, como lo establece el artículo 11. La Constitución reconoce y garantiza los derechos de libertad, la igualdad formal, el derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente, en todas sus formas y manifestaciones, el derecho al honor y al buen nombre, entre otros, artículo 66, numerales 4, 6 y 18. Se garantiza el derecho al acceso a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita, artículo 75, como parte de los derechos de protección, debiendo aplicarse los principios de inmediación y celeridad, sin que las partes en litigio queden en la indefensión y asegurándolas el derecho al debido proceso, artículo 76, donde las partes, en igualdad de condiciones, ejercen todos y cada uno de los derechos establecidos en la norma suprema. La Supremacía Constitucional, consagrado en el artículo 425, coloca a la Constitución en la cúspide de la escala de valores a tener en cuenta por el Juzgador, en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, es deber de los Jueces velar porque los Derechos y Garantías de los sujetos procesales se cumplan, haciendo una interpretación interpartes de la Constitución; que no debe entenderse solo dirigida a cuidar los derechos y garantías de los justiciables; sino también, de las víctimas del delito conforme al artículo 78. **Normativa Sustantiva Penal; Art. 489.-** La injuria es: Calumniosa, cuando consiste en la falsa imputación de un delito; y, No calumniosa, cuando consiste en toda otra expresión proferida en descrédito, deshonra o menosprecio de otra persona, o en cualquier acción ejecutada con el mismo objeto. **Art. 490.-** Las injurias no calumniosas son graves o leves: Son graves: 1°.- La imputación de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias pueden perjudicar considerablemente la fama, crédito, o intereses del agraviado; 2°.- Las imputaciones que, por su naturaleza, ocasión o circunstancia, fueren tenidas en el concepto público por afrentosas; 3°.- Las imputaciones que racionalmente merezcan la calificación de graves, atendido el estado, dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor; y, 4°.- Las bofetadas, puntapiés, u otras ultrajes de obra. Son leves las que consisten en atribuir a otro, hechos, apodos o defectos físicos o morales, que no comprometan la honra del injuriado. **Normativa Adjetiva Penal;** Al tenor de lo dispuesto en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, el Recurso de Casación, es un medio impugnatorio, que tiene por objeto corregir los errores de derecho que pudiera incurrir el inferior en la sentencia, por lo que constituye un recurso extraordinario de control de la legalidad y del

error judicial en los fallos de instancia, como lo señala el Art. 10 inciso segundo del Código Orgánico de la Función Judicial, sin que esté permitido a los juzgadores de Casación valorar la prueba actuada, que dio lugar a la sentencia que se impugna.- Cabe señalar, que los “errores de derecho”, son corregibles mediante casación y que debe limitarse a examinar si en el fallo impugnado se ha aplicado correctamente la ley, fundamentado en las causales que contiene el Art. 349 del adjetivo penal, cuando la sentencia recurrida ha violado la ley, por **a)** por contravenir expresamente a su texto; **b)** por haberse realizado una falsa aplicación de ella; y, **c)** por haberla interpretado erróneamente. Ya que la primera circunstancia implica contrariar su contenido y al hacerlo sería una violación directa.- La segunda, la falsa aplicación, puede darse aplicándola en un caso que no le corresponde.- La tercera, la interpretación errónea, podría dar lugar a ir más allá del contenido de la norma, contrariando su espíritu, su alcance, originándose un falso raciocinio. Por ello el Tratadista Fabio Calderón Botero, en su obra Casación y Revisión en materia penal, expresa que el recurso de casación... “es un juicio técnico jurídico, de puro derecho sobre la legalidad de la sentencia, también conocido por la doctrina como error in iudicando...”, que precisamente es el error de derecho en la sentencia. **5.6.- Normativa internacional.-** Es menester destacar algunas disposiciones de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos: **Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.- Art. 11.- Protección de la Honra y de la Dignidad.-** 1. Toda persona tiene derecho al respecto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques. **Art. 13.- Libertad de Pensamiento y de Expresión.-** 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública. 3....). **SEPTIMO.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:** El recurso de casación, tiene el carácter de extraordinario, cuya finalidad es establecer los errores de derecho que pudiere incurrir la sentencia impugnada, correspondiéndole a los casacionistas fundamentarlo jurídicamente, indicando cual o cuales son dichos errores, sin que la mera enunciación de los mismos pueda ser considerada como fundamentación, sino que el impugnante, debe ajustarse a expresar en forma prolija la causal violentada, de las que están determinadas en el Art. 349 del Código Adjetivo Penal. Este Tribunal de la Sala, luego de haber escuchado a las partes que interpusieron los recursos de casación, refiriéndonos a la querellante Nelly Osorio Parra en cuya fundamentación del recurso se ha concretado a establecer o solicitar que se case la sentencia por cuanto no se ha aplicado la pena estable-

cida en el Art. 491 del Código Penal, sino que se le ha hecho una reducción a la misma, sustentando su exposición en temas eminentemente constitucionales sobre discrecionalidad, proporcionalidad y sana crítica y, luego de haber realizado el examen respectivo a la sentencia atacada, este Tribunal establece que la sentencia impuesta por los inferiores se ajusta al Art. 491 del Código Penal que establece entre un mínimo de seis meses y dos años con las circunstancias atenuantes que ha considerado el inferior, en tal virtud, se declara improcedente el recurso de casación interpuesto por Nelly Osorio Parra. Por otro lado, en lo que respecta al recurso de casación planteado por Carmen Osorio Travéz, la fundamentación se ha sustentado en la falta de motivación, las violaciones constitucionales establecidas en el Art. 76, numerales 1, 3, 7 literal l), en la interpretación restrictiva que debía darle el juez y, en los errores que a consideración del casacionista ha incurrido el querellante al establecer en su pretensión referirse al Art. 36 del Código de Procedimiento Penal y no describir el tipo como lo indica el repertorio de delitos establecidos en el Código Penal. Este Tribunal de la Sala Penal considera que efectivamente la querellante ha indicado la vía con la que debía seguirse el proceso de acción privada como lo establece el Art. 36 que en el literal c) se refiere específicamente a los tipos penales de injurias calumniosas y no calumniosas y, que al haber establecido el tipo que en realidad en su estructura general es de injuria, se considera que al no haber especificado si es calumniosa o no calumniosa no ha violado el principio de congruencia, ni ha violado el debido proceso, ni ha impedido la defensa que ha tenido la querellada en todo el proceso de acción privada. Que efectivamente existe la injuria propiciada por la recurrente Carmen Osorio contra Nelly Osorio Parra y esta se ajusta al tipo penal cuya sanción se establece en el Art. 491 del Código Penal. En tal virtud no existe violación de la ley en la sentencia y ninguna de las impugnantes ha indicado en forma exacta cual es la causal violentada de las señaladas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal. por lo expuesto, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, de conformidad con el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, este Tribunal considera que son improcedentes los recursos de casación interpuestos por Carmen Osorio Travéz y Nelly Osorio Parra, por lo que se los desecha. Actúe el Dr. Hermes Sarango Aguirre. Secretario Relator. Devuélvase el proceso. Notifíquese y Cúmplase.

f.) Dr. Jorge M. Blum Carcelén, Juez Nacional Ponente.

Fdo.) Dres. Wilson Merino Sánchez, Paúl Iñiguez Ríos, Jueces Nacionales.

**Certifico.**

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

Asiento por tal que las cinco (5) copias que anteceden, son iguales a su original. Quito, 31 de julio de 2012. Certifico.

f.) Dra. Martha Villarroel Villegas, Secretaria Relatora (E).

No. 640-2010

**Ponente:** Dr. Jorge M. Blum Carcelén, Msc. (Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial).

## CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

## SALA PENAL

Quito, 26 julio de 2012 a las 10H40.

**VISTOS:** El procesado GUILLERMO GONZÁLEZ, interpone Recurso de Casación de la sentencia expedida el 26 de julio del 2010 por la Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Napo, que revoca la sentencia absolutoria de mayoría dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Pastaza, imponiéndole la pena de ocho años de reclusión mayor extraordinaria por ser el autor del delito tipificado y sancionado en el Art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en armonía con los artículos 42, 29 numerales 6 y 7 y artículo 72 del Código Penal. Aceptado a trámite y habiendo tenido lugar la audiencia oral, pública y contradictoria que establece el Art. 352 del cumplido Código de Procedimiento Penal, a la que concurrieron el impugnante Guillermo González, representado por la Doctor Víctor Hugo Mera, quien fundamentó el recurso, compareciendo además la Doctora Ana Elizabeth Gaybor, representando al señor Fiscal General del Estado. **PRIMERO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA:** El Consejo de la Judicatura de Transición, posesionó a las Juezas y Jueces Nacionales el 26 de enero de 2012. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión de 30 de enero de 2012, conformó sus ocho Salas Especializadas conforme dispone el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183. La Sala Especializada de lo Penal tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, éste cuerpo legal en la Segunda Disposición Transitoria dispone que: “en todo lo relativo a la competencia, organización y funcionamiento de la Corte Nacional de Justicia, este Código entrará en vigencia a partir de la fecha en que se posesionen los nuevos jueces nacionales elegidos y nombrados de conformidad con lo establecido en la Constitución y este Código”, habiéndose mediante sorteo designado a este Tribunal y al juez ponente, de conformidad con los Arts. 185 de la Constitución de la República y 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, por lo que los suscritos, al tenor de las normas antes referidas y las del Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, luego del sorteo pertinente, somos competentes para conocer el recurso de casación penal planteado. **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL:** Examinado el trámite del presente Recurso de Casación, no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna que pudiera invalidar o acarrear su nulidad, por cuanto fue presentado dentro del plazo establecido en el Art. 350 del Código de Procedimiento Penal, habiéndose celebrado la audiencia que trata el Art. 352 del Código de Procedimiento Penal, donde el recurrente por medio de su defensor Doctor Víctor Hugo Mera, fundamentó el Recurso de Casación, habiendo también comparecido la representante del señor Fiscal General del Estado, por lo que este Tribunal declara la validez de lo actuado. **TERCERO.- FUNDAMENTACIÓN DEL RE-**

**CURSO:** El Doctor Víctor Hugo Mera, en representación de Guillermo González, fundamentó el Recurso de Casación señalando: “Que en el desarrollo de su intervención demostrará que la Corte Provincial de Justicia de Napo revoca una sentencia absolutoria emitida por el Tribunal Penal de Pastaza, contraviniendo con ello norma expresa como es la Constitución, vulnerando con ello el derecho de libertad de su cliente. Manifiesta que sobre del primer aspecto, las bases legales son las siguientes: el Art. 169 de la Constitución de la República que garantiza la seguridad jurídica y las normas del debido proceso; el Art. 76 habla de las normas del debido proceso y, específicamente el numeral 7 literal a) habla del derecho a la defensa de las personas; el Art. 77 de la misma Constitución de la República, que se refiere al derecho a la libertad de las personas y cuándo una persona puede ser privada de la misma, esto es, con orden de juez competente y excepcionalmente en delito flagrante, bajo ciertos aspectos especiales que deben ser calificados por un juez; el Art. 160 del Código de Procedimiento Penal hace referencia sobre la audiencia para dictar la prisión preventiva; el Art. 162 ibidem hace referencia al delito flagrante, el cual debe cometerse en presencia de una o más personas o detenido luego de veinticuatro horas como plazo máximo con las evidencias y demás circunstancias previstas en el Código de Procedimiento Penal; el Art. 161 del citado Código de Procedimiento Penal, que se refiere a la detención flagrante, el abogado de la defensa manifiesta, que en esta causa cuando una persona es detenida sin orden de juez competente en supuesto delito flagrante, como se trata de hacer aparecer en el presente caso, y así se produjo porque en el proceso no se habla de delito flagrante sino de un allanamiento y así se produjo la detención de su cliente, lo que hace suponer que es flagrante, por lo que correspondía al Juez de Garantías Penales calificar el delito flagrante y la detención flagrante; el artículo innumerado agregado al Art. 161 del Código de Procedimiento Penal que se refiere a la audiencia de calificación de flagrancia, acto seguido el doctor Víctor Hugo Mera manifiesta que las precitadas normas legales son las que se vulneran en la sentencia de la Corte Provincial de Napo. Se refiere entonces al considerando Segundo de la aludida sentencia, dando lectura: “A la causa se le ha dado el trámite previsto en la ley de la materia, no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna que influya o pueda influir en la decisión, por consiguiente se declara su validez; además la Sala Única de la Corte Provincial de Pastaza resolvió el recurso de nulidad propuesto por el acusado negando los recursos...”. Agrega el abogado defensor que del considerando Séptimo determina que no existe violación al procedimiento, pero además, la misma Corte Provincial dice que la flagrancia debía ser calificada por el Juez de Garantías Penales del Puyo, calificación que no la hizo. Acto seguido relata el doctor Víctor Hugo Mera cómo sucedieron los hechos, manifestando, que a su cliente Guillermo González le hacen un allanamiento en la casa, los policías dicen que le encontraron droga y lo detienen, aclarando que para el allanamiento tenían orden del Juez más no para la detención; con posterioridad al allanamiento la Fiscal actuante, doctora Maritza Reino Álvarez, por medio de un oficio de 19 de septiembre de 2009, solicita que “... se fije día y hora a fin de llevar a cabo la audiencia de formulación de cargos y resolver la situación jurídica de la persona detenida de nombres Guillermo González...”; es así que el Juzgado de Garantías Penales del Puyo en providencia de

20 de septiembre de 2009, a las 08H40, ordena: "... que tenga lugar la audiencia de formulación de cargos a fin de resolver la situación jurídica del detenido...". Continúa su alegación la defensa insistiendo en lo ya señalado anteriormente, la contravención respecto de las normas procesales se circunscribe en el punto de que detienen a su defendido en supuesto delito flagrante, sin que sea calificada por el Juez la detención, ni el delito flagrante, refiriéndose en tal virtud a una doctrina constante en el libro "Manual de Habeas Corpus en el Ecuador" escrito por el doctor Vicente Robalino Villafuerte, dando lectura de lo pertinente para establecer como fundamento conjuntamente con los artículos que ya fueron mencionados: "Tanto la posible existencia del delito recién cometido como su flagrancia y la flagrancia de la privación de libertad deben ser estudiadas y deducidas por un juez, así lo dispone el artículo innumerado agregado a continuación del 161 de la Ley de marzo de 2009...", indicando que al no haber calificado el Juez la flagrancia, se han violado las normas de procedimiento como son Art. 161, el innumerado agregado al 161 y, el innumerado agregado al 160 del Código de Procedimiento Penal. El doctor Víctor Hugo Mera pasa a referirse a la celebración de la audiencia y la valoración de la prueba por parte del Tribunal de Garantías Penales, donde los Jueces, en contra de lo dispuesto en el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, que hace referencia al principio dispositivo, en que los jueces deben juzgar no hacer prueba; el Art. 129 del mismo Código Orgánico de la Función Judicial y el primer artículo innumerado agregado al Art. 286 del Código de Procedimiento Penal, pues el Tribunal ordenó la suspensión de la audiencia de juzgamiento y luego de dicha suspensión dispuso de oficio prueba, explicando que en providencia de 22 de abril de 2010, a las 11H00, el Tribunal de Garantías Penales suspendió la audiencia luego de haber dado paso a la prueba de la Fiscalía y de la defensa del acusado, es decir, cuando precluyeron las etapas en que cada una de las partes debía hacer prueba, ordenando que se reciba la declaración de José Amaguaña Unda, recibiendo además como prueba la declaración de la persona que hizo el análisis químico luego de que había pasado al etapa probatoria, todo lo cual vulnera el Art. 76 numeral 4 de la Constitución de la República y los Arts. 79 y 80 del Código de Procedimiento Penal respecto de la ineficacia probatoria, pues los jueces no podían ordenar prueba y menos de oficio, en un juicio penal en contra de los derechos constitucionales de su defendido. Para concluir la defensa procede a dar lectura de una parte de la sentencia del Tribunal de Garantías Penales del Puyo donde se absolvió a su cliente: "... de las pruebas aportadas tanto de las versiones de los testigos así como también de los funcionarios del CONSEP se puede colegir que las mismas carecen de eficacia, puesto que se actuó violando el procedimiento en primer lugar, cuando se habla de una orden de allanamiento, es decir, no fue delito flagrante. En segundo lugar, el modo de la detención unos agentes manifiestan que se leyó los derechos en el momento de la detención otros dicen que se leyó una vez que se pasó y dio positivo en drogas y, en tercer lugar, la no presentación de evidencias hace presumir al Tribunal violaciones constitucionales...", reiterando el abogado defensor que la no presentación habla de dos pruebas fundamentales dentro del delito de droga: la muestra por parte de la funcionaria del CONSEP que no fue entregada y la otra, el análisis químico que tampoco fue entregado en el momento de la audiencia sino al reins-

talarse la misma, luego de que había pasado la etapa probatoria, es decir, luego que precluyó la misma". **CUARTO.- OPINIÓN FISCAL:** La Abogada Ana Elizabeth Gaybor en representación del señor Fiscal General del Estado manifiesta: "Que la sentencia impugnada es la dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Napo, la misma que revocó la de mayoría, emitida por el Tribunal de Garantías Penales de Pastaza y acogió en todas sus partes el voto salvado del Juez Reginaldo Zapata Jara, con la cual se declaró la culpabilidad del recurrente por el delito previsto en el Art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, imponiéndole la pena de ocho años de reclusión; además que respecto a la fundamentación del recurso de casación realizado por el abogado del recurrente, debe indicar que el Recurso de Casación es un recurso extraordinario, cuyo objetivo es determinar la violación de la ley en la sentencia y que sin embargo de ello, el recurrente lo que ha tratado es de evidenciar violaciones del debido proceso, lo cual no es tema de la audiencia del Recurso de Casación. Adicionalmente a lo señalado, la abogada Ana Gaybor dice que el último inciso del Art. 349 del Código de Procedimiento Penal establece que no son admisibles los Recursos de Casación tendientes a valorar nuevamente la prueba, lo que ha hecho el recurrente. Continúa la Fiscalía afirmando que la sentencia impugnada se encuentra debidamente motivada y se establece con certeza la materialidad de la infracción y la responsabilidad del acusado; que respecto a la materialidad de la infracción claramente se encuentra la enunciación de la prueba en los considerandos cuarto y quinto de la sentencia, esto es, con los testimonios de cuatro policías que realizaron el operativo y allanamiento quienes manifestaron de manera concordante y unívoca que al realizar el allanamiento con orden de Juez competente, detuvieron en delito flagrante de posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas al señor recurrente, quien tenía una funda negra con doce paquetes, que con el testimonio del policía que realizó la prueba de campo se estableció que eran 346 gramos de cocaína de peso bruto y peso neto 291 gramos, prueba que después fue ratificada por el informe químico que fue presentado en la audiencia de juzgamiento, como se enuncia en la sentencia; que adicionalmente a lo expuesto, también rindió testimonio la depositaria del CONSEP del que se estableció que le entregaron esa sustancia en los gramos ya indicados. Concluye la abogada Ana Gaybor que por los antecedentes señalados la Fiscalía considera que la sentencia recurrida no viola ley alguna, y por el contrario se ha establecido fehacientemente la materialidad de la infracción y la responsabilidad del acusado, haciéndose una enunciación de la prueba con una determinación clara y circunstanciada de los actos realizados por el ahora recurrente, solicitándose por tanto se declare improcedente el recurso de casación y se devuelva el proceso al juez A quo para que se ejecute la sentencia". **Réplica de la defensa.-** EL Doctor Víctor Hugo Mera, expresa: "Que por los derechos constitucionales como el de libertad, de acuerdo al Art. 11 numeral 3 de la Constitución de la República, están los señores Jueces en la obligación de pronunciarse para determinar si la flagrancia debe ser calificada o no por un Juez de Garantías Penales y que en este caso no se lo ha hecho; que en segundo lugar lo que se dijo es que el Art. 76 numeral 4 de la Constitución de la República determina la ineficacia probatoria y al respecto señala que el informe realizado por del Doctor Marco Tapia del análisis

químico de la droga, no fue presentado en la audiencia, sino después y eso consta de autos, por lo que con esas aclaraciones insiste en solicitar que se acepte el Recurso de Casación, se revela la sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia de Napo y se ratifique la absolutoria dictada por el Tribunal de Garantías Penales a favor de su defendido Guillermo González”. **QUINTO.- ASPECTOS JURÍDICOS:** En el Art 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y psicotrópicas establece que: “Quienes sin autorización legal o despacho de receta médica previa, posean o tengan, con su consentimiento expreso o tácito, deducible de una o más circunstancias, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en su persona, ropas, valijas muebles, en su domicilio lugar de trabajo o cualquier otro sitio del que sean propietario, arrendatarios tenedores u ocupantes a cualquier título, o que esté bajo su dependencia o control, serán sancionados con la pena de doce a diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales. Sobre el Recurso de Casación Penal se considera que al tenor de lo dispuesto en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, que es un medio impugnatorio, que tiene por objeto corregir los errores de derecho que pudiera incurrir el inferior en la sentencia, por lo que constituye un recurso extraordinario de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia, como lo señala el Art. 10 inciso segundo del Código Orgánico de la Función Judicial, sin que esté permitido a los juzgadores de Casación valorar la prueba actuada, que dio lugar a la sentencia que se impugna. Los “errores de derecho”, son corregibles mediante casación y el Tribunal de Casación debe limitarse a examinar si en el fallo impugnado se ha aplicado correctamente la ley, fundamentado en las causales que contiene el Art. 349 del Código Penal, cuando la sentencia recurrida ha violado la ley, por **a)** por contravenir expresamente a su texto; **b)** por haberse realizado una falsa aplicación de ella; y, **c)** por haberla interpretado erróneamente. Ya que la primera circunstancia implica contrariar su contenido y al hacerlo sería una violación directa.- La segunda, la falsa aplicación, puede darse aplicándola en un caso que no le corresponde.- La tercera, la interpretación errónea, podría dar lugar a ir más allá del contenido de la norma, contrariando su espíritu, su alcance, originándose un falso raciocinio. Para el profesor JORGE CLARIA OLMEDO, indica que “se trata de una apelación devolutiva, limitada en su fundamentación a motivos de derecho. Estos motivos pueden ser tanto de juicio como de actividad: *in iudicando* como *in procedendo*. De aquí que quedan excluidas todas las cuestiones de hecho sobre el mérito- el *in iudicando in factum*-, en cuanto a su fijación y a la apreciación de la prueba” (Casación penal, en Enciclopedia jurídica Omeba, tomo II, p. 806 y siguientes). Vale decir que los motivos pueden ser clasificados como vicios de actividad valorativa, volitiva y crítica, que realiza el juez, se cumple con el juicio lógico, pero el error en que incurra pueden traducirse en un vicio *in procedendo* en la motivación de la sentencia, o en un vicio *in iudicando* cuando no obstante la corrección formal del fallo existe error en la decisión de fondo. En ambas situaciones la ley se interpreta para aplicarla: la ley sustantiva para aplicarla *in iudicando*, al juzgar; la ley procesal para aplicarla *in procedendo*, sobre el proceder”, circunstancias que han sido que analizadas por este Tribunal. **SEXTO.- CONSIDERACIONES DE ESTE TRIBUNAL:**

El Código de Procedimiento Penal en el Art 352 sobre del Recurso de Casación manifiesta que se fundamentará en audiencia oral, pública y contradictoria, siguiendo el procedimiento previsto en el Art. 345 del mismo Código, en lo que fuere aplicable. En las audiencias de los procesos de casación que tengan por objeto la impugnación de sentencias expedidas en procesos de acción penal pública, se contará con la intervención del Fiscal General del Estado, o su Representante o Delegado, debidamente acreditados”. Examinada la fundamentación del Recurso de Casación expuestas por el recurrente y la representante del señor Fiscal General del Estado, este Tribunal considera que el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal establece las causales en las que debe sustentarse quien plantea un Recurso de Casación y que le está prohibido examinar la prueba, como lo establece la segunda parte de la norma invocada, examen de la prueba que ha sido solicitado dentro de la fundamentación del recurso; que respecto a la vulneración del derecho a la libertad, del debido proceso y del derecho a la defensa que esgrime el recurrente, examinada la sentencia no han existido tales violaciones, tanto más que apeló de la sentencia del Tribunal de Garantías Penales de Pastaza y ha recurrido en Casación. Del desarrollo de la sentencia se colige que la aprehensión efectivamente fue realizada en delito flagrante, utilizándose la orden impartida por un Juez de Garantías Penales para efectuar el allanamiento, donde fue encontrado el procesado Guillermo González con una funda negra en cuyo interior contenía cocaína, es decir, no se ha vulnerado el Art. 76 numeral 7, literal a) esgrimido por el recurrente. Es evidente que La Fiscalía con las pruebas aportadas en el Juicio, se ha demostrado fehacientemente la existencia de la infracción y la responsabilidad penal del sentenciado GUILLERMO GONZÁLEZ, presupuesto sine qua non en esta clase de delito, que está tipificado y sancionado con el Art. 62 de La Ley de Sustancias Estupefacientes, habiendo el sentenciado adecuado su conducta a esta norma punitiva y sancionadora, en concordancia con el Art. 42 del Código Penal. Respecto a la presentación de la prueba, ésta se realizó en la audiencia de juzgamiento, es decir, en el desarrollo de la parte que le correspondía a la Fiscalía, aplicando el Art. 256 del Código de Procedimiento Penal que permite suspender el desarrollo de la audiencia de juzgamiento y reanudarla como en efecto ocurrió, entre el 21 y 28 de abril de 2010, donde continuó la presentación de la prueba por parte de la Fiscalía General del Estado, lo que quiere decir que la prueba fue presentada por ambas partes en la audiencia de juzgamiento como correspondía, y no se ha vulnerado las disposiciones contenidas en los Arts. 250 y 252 del Código de Procedimiento Penal, ya que se practicaron en la etapa de juicio los actos procesales necesarios para comprobar, conforme a derecho, la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado para condenarlo o absolverlo; y en el caso de estudio, con la pruebas testimoniales y documentales practicadas e incorporadas en la audiencia pública de juzgamiento por parte de los sujetos procesales y que constan en los considerandos sexto y séptimo de la resolución impugnada, apreciados por este Tribunal de casación conforme el Art. 86 del Código Adjetivo Penal, donde se expresa que toda prueba debe ser apreciada conforme a las reglas de la sana crítica, verificando en su fundamentación que se han observado las reglas de la lógica, del razonamiento y de la experiencia o conocimiento; en concordancia con el Art. 304-A del mismo cuerpo de Leyes antes mencionado

se establece con certeza tanto la existencia material de la infracción, como la responsabilidad del procesado Guillermo González en la tenencia ilegal de drogas (cocaína). En la causa se evidencia lo actuado en la trilogía de la administración de justicia, en la que la Fiscalía aporta los hechos y pruebas, en su doble rol de investigación y acusación, en un sistema acusatorio y oral, cuyas probanzas que fueron contradichas, bajo el principio de contradicción, por parte del justiciable, quien ejerció a plenitud el derecho a la defensa, ante los Jueces y Tribunales, siendo éstos últimos los que han receptado lo aportado por las partes, bajo el principio de inmediación, conociendo de primera mano los hechos y las pruebas, es decir, cumpliéndose los principios dispositivo, de inmediación y de concentración, como lo señala la norma constitucional en su artículo 168 numeral 6 y el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, garantizando los Jueces, la tutela judicial efectiva, tomando únicamente los juzgadores, como base la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, la ley y los méritos del proceso, por lo que se debe rechazar la pretensión del accionante, ya que la sentencia se encuentra debidamente fundamentada y se ha cumplido con lo dispuesto en el artículo innumerado colocado a continuación del artículo 304 del Código Procesal Penal, que exige para emitir una sentencia condenatoria y declarar la culpabilidad, se debe tener la certeza de que está comprobada la existencia material del delito y que el procesado es responsable del mismo; mientras que el artículo 85 del mismo cuerpo de normas de procedimiento, establece que la prueba debe estar encaminada a establecer dos aspectos fundamentales del drama penal, la existencia material del delito que consiste en la subsunción de la conducta al tipo penal, objetivo que se logra con la prueba material de la infracción ya sea con los resultados, vestigios e instrumentos con que se cometió, y por otra parte la responsabilidad del procesado. Es importante destacar que el bien jurídico protegido por el legislador en este caso, es la salud pública, razón por la cual, la elaboración, tenencia y comercialización ilegal de sustancias estupefacientes, atenta en contra de la salud de todos los habitantes de nuestro país; por este motivo, como política de Estado, el Art. 32 de la Constitución de la República del Ecuador dice: "La salud es un derecho que garantiza el Estado...", precisamente para contrarrestar los nefastos efectos de la tenencia y posesión ilícita de sustancias estupefacientes, como ha ocurrido en el presente caso. No hay constancia procesal que GUILLERMO GONZÁLEZ, esté legalmente autorizado para tener en su poder sustancias estupefacientes, ni que se les haya despachado receta médica para tenerla o poseerla legalmente. En el caso se cumple los requisitos exigidos en el artículo innumerado, colocado a continuación del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto a la comprobación legal de la existencia del delito y la responsabilidad y el grado de participación del acusado. Por las consideraciones indicadas, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, de conformidad con el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, por improcedente se rechaza el recurso de casación planteado por el recurrente Guillermo González. Por ausencia del señor Secretario Relator titular, actúe la doctora Martha Villarroel Villegas en calidad de Secretaria Relatora encargada, en virtud de la acción de personal No. 2582-DNP-MY.

**Notifíquese y Cúmplase.**

f.) Dr. Jorge M. Blum Carcelén, Juez Nacional Ponente,

Fdo.) Dres. Wilson Merino Sánchez, Paúl Iñiguez Ríos, Jueces Nacionales.

**Certifico.**

f.) Dra. Martha Villarroel Villegas, Secretaria Relatora (E).

Asiento por tal que las cinco (5) copias que anteceden, son iguales a su original. Quito, 31 de julio de 2012. Certifico.

f.) Dra. Martha Villarroel Villegas, Secretaria Relatora (E).

---

**No. 764-2010**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**

**SALA PENAL**

Quito, 31 mayo de 2012, las 15h50.

**VISTOS:** El sentenciado LUIS ANTONIO PUCHA CHUQUI, interpone Recurso de Casación del fallo expedido por la Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Zamora, que revoca la sentencia absolutoria dictada por el Primer Tribunal Penal de Zamora Chinchipe, y en su lugar dicta sentencia condenatoria imponiéndole la pena de tres años de reclusión menor ordinaria, por el delito de Abuso sexual, tipificado y reprimido por el Artículo innumerado incorporado al inicio del Capítulo II del Título VIII del Libro II del Código Penal y signado como Art. 504.1, y conforme con el Art. 72 *Ibidem*. Aceptado a trámite el recurso de casación y habiéndose cumplido con la audiencia oral, pública y contradictoria que establece el Art. 352 del Código de Procedimiento Penal, a la que concurrió el impugnante a través de su representante legal la Dra. Lolita Montoya defensora pública, y el Dr. Raúl Garcés Llerena en representación de la Fiscalía General del Estado, quienes fundamentaron el recurso; y, cumpliéndose con el trámite previsto para esta clase de recursos, al tenor de lo dispuesto en el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, siendo el estado el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA:** El Consejo de la Judicatura de Transición, posesionó a las Juezas y Jueces Nacionales el 26 de enero de 2012. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión de 30 de enero de 2012, conformó sus ocho Salas Especializadas conforme dispone el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183. La Sala Especializada de lo Penal tiene competencia para conocer los recursos de Casación y Revisión en materia penal según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, éste cuerpo legal en la Segunda Disposición Transi-

toría dispone que: “en todo lo relativo a la competencia, organización y funcionamiento de la Corte Nacional de Justicia, este Código entrará en vigencia a partir de la fecha en que se posesionen los nuevos jueces nacionales elegidos y nombrados de conformidad con lo establecido en la Constitución y este Código”, habiéndose mediante sorteo designado a este Tribunal y al Juez ponente, de conformidad con los Arts. 185 de la Constitución de la República y 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, por lo que los suscritos, al tenor de las normas antes referidas y las del Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, luego del sorteo pertinente, somos competentes para conocer el recurso de casación penal planteado.- **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL:** Examinado el trámite del presente Recurso de Casación, no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna que pudiera invalidar o acarrear su nulidad, por cuanto fue presentado dentro del plazo establecido en el Art. 350 del Código de Procedimiento Penal, habiéndose celebrado la audiencia que trata el Art. 352 *Ibidem*, donde el recurrente fundamentó el recurso, en representación de la Fiscalía General del Estado, por lo que este Tribunal lo declara válido. **TERCERO: ANTECEDENTES:** Según denuncia verbal presentada en la Policía, por la señora Alina Armijos González, la misma que dice lo siguiente: que tenía su domicilio en el barrio Santa Rosa de la Parroquia Timbara del cantón Zamora; que el día 15 de febrero del 2010, a eso de las 04H00 un muchacho de 20 años de edad, estatura pequeña, delgado ha subido hacia la segunda planta donde arrienda un departamento, e ingresa al cuarto donde dormía la hija V.T.CH.A., de 11 años de edad, y que aprovechando que estaba dormida le baja el cierre del short y procede a tocarle sus partes íntimas, momento en el cual se despierta y él le dice que es su hermano y al sentir que el tipo está borracho, la hija se levanta y al encender la luz se fija que es el vecino de nombre Luis y luego va asustada hasta el dormitorio de la denunciante y le relata lo acontecido, momento en el cual el joven Luis sale corriendo hacia afuera y al momento de bajar es visto por la dueña de casa llamada Liliana a quien le respondió que subió a ver a su amigo llamado Javier que también vive en la segunda planta...” **CUARTO: FUNDAMENTACION DEL RECURSO:** La Dra. Lolita Montoya, Defensora Pública, en representación del procesado Luis Antonio Pucha Chuqui, quien fundamenta el recurso y manifiesta que: en virtud de la violación expresa de la ley, esto es, de lo manifestado en el Art. 4 del Código Penal, pues al existir una duda razonable ésta debe ser aplicada a favor de su defendido y, porque se ha violado el derecho a la inmediación. Ya que por el delito que fue sentenciado su defendido es el contemplado en el Art. 504.1 del Código Penal, es decir, atentado al pudor o delito sexual simple y los Juzgadores del Tribunal Ad-quem en su sentencia declaran su culpabilidad y le imponen la pena de 4 años, pese a que el señor tenía una sentencia absolutoria dictada por el Tribunal Penal que conoció la causa; que en el tipo penal por el cual fue sentenciado su defendido en ningún momento se pudo determinar el verbo rector del mismo que es el sometimiento, el cual debe ser real, suficiente u objetivo para doblegar el sometimiento de la víctima. Agrega también que es muy claro que el delito no solo está en los actos de tocamiento físico sino que debe haber una vulneración del bien jurídico protegido, que en este caso, es el sano desarrollo de la sexualidad ya que el sujeto pasivo de la infracción es una niña de once años, indica la defensa que se

puede determinar que no hubo vulneración al bien jurídico protegido porque en el examen realizado por la psicóloga se manifiesta que la niña es una persona de carácter fuerte, que su estado psicológico es bueno y estable y que probablemente en adelante podría tener algún problema, es decir, que la psicóloga Lidia Verdesoto Armijos en su informe dice que el estado psicológico de la menor es bueno y estable, por lo que puede decirse que no hubo vulneración al bien jurídico protegido y, aparte de esto, queda la duda más que razonable por cuanto la menor había manifestado que el día en que ocurrieron los hechos ella estaba durmiendo sola junto a su hermano de cinco años de edad; que ocurrió aproximadamente a las cuatro de la mañana y terminó diciendo que un hombre se acostó a su lado, que le había bajado su ropa interior y le había tocado los genitales, pero que debía tomarse en cuenta que eran las cuatro de la mañana, que era un lugar oscuro, sin luz y que además esta persona estaba caminando de espaldas por lo que no se puede determinar si su defendido era quien cometió el delito. Continúa diciendo que lo expuesto en líneas anteriores era la principal duda que llegó a establecer el Tribunal a quo para determinar la sentencia absolutoria y ratificar el estado de inocencia de su defendido, insistiendo en que sí se viola el principio de inmediación porque las pruebas se las practica y valora en el Tribunal Penal y los señores jueces de la Corte Provincial lo que hicieron es una valoración subjetiva de la sentencia, cambiando una sentencia absolutoria a una condenatoria. Concluye manifestando que en razón de los antecedentes expuestos, se ha presentado el recurso de casación reafirmando que hay una violación de la ley en especial del Art. 4 del Código Penal y, en el derecho a la inmediación que es una garantía del debido proceso. **QUINTO: EXPOSICION FISCAL:** El doctor Raúl Garcés Llerena, delegado de la Fiscalía General del Estado, quien señaló lo siguiente: que efectivamente este recurso es extraordinario y se lo interpone para corregir los errores de derecho del juzgador de instancia en la sentencia y ataca exclusivamente a la sentencia; que de la revisión de la sentencia, ésta se encuentra plenamente fundamentada conforme lo disponen los Arts. 76 y siguientes del Código Penal y 704 del Código de Procedimiento Penal; que además aparece de dicha sentencia que la valoración de la prueba se la ha hecho conforme a las reglas de la sana crítica y por lo tanto el juzgador de instancia, en este caso la Sala Penal de la Corte Provincial de Zamora Chinchipe, una vez que revoca la sentencia absolutoria de mayoría y confirmando el voto salvado, acusa a Luis Antonio Pucha Chuqui como autor y responsable del delito tipificado y sancionado en el Art. 504.1 del Código Penal, esto es, atentado al pudor cometido en contra de la menor Tatiana Chamba Armijos, de 11 años de edad y once meses; que el hecho ocurrió en el mes de febrero de 2010 a eso de las cuatro de la mañana, cuando el procesado Luis Antonio Pucha Chuqui habría estado en el domicilio de la menor ingiriendo licor y que en estado etílico subió al segundo piso e ingresó al dormitorio de la menor y procedió a acostarse en la cama junto a ella; que en el momento en que la menor sintió que el procesado le bajó el cierre de su vestimenta y empezó a tocar sus partes íntimas, reaccionó y preguntó quién era, a lo que el procesado había manifestado que era el menor, pero como la niña conocía el timbre de voz de su hermano, se levantó, prendió la luz y ubicó al procesado Luis Antonio Pucha Chuqui en su dormitorio, el cual a su vez procedió a salir. Sigue su alegación indicando que la materialidad de la

infracción se encuentra plenamente considerada, por parte del juzgador de instancia con el testimonio de la madre de la menor; de la psicóloga; y, del mismo procesado, quien manifestó que efectivamente cuando se cometieron los hechos él se encontraba en el domicilio de la menor y que, a esa horas de la noche, subió a buscar a un amigo con el cual se encontraba ingiriendo licor; y, también con el reconocimiento del lugar de los hechos. Señala además que la responsabilidad del procesado se encuentra establecida en el considerando Tercero con el testimonio de la menor de once años, el cual por el principio de interés superior tiene supremacía sobre todos los testimonios rendidos en la audiencia y, es ella quien relató los hechos y ratificó que la persona que cometió el hecho fue el procesado Luis Antonio Pucha Chuqui; que además el mismo procesado manifestó que estuvo en el domicilio y subió al segundo piso donde estaba el dormitorio de la niña. Reafirma el señor Fiscal que debe considerarse el principio de interés superior de los niños el cual se encuentra consignado en el Art. 44 y siguientes de la Constitución de la República del Ecuador, y, en los Arts. 12 y 258 del Código de la Niñez y Adolescencia, pues la protección a los niños es primordial. Pasa a referirse entonces el señor Fiscal acerca de la alegación de la defensa de que se ha violado la ley en el Art. 4 del Código Penal, indicando que la misma ya fue resuelta por el juzgador de instancia cuando resolvió el recurso de apelación en el que también se invocó dicha norma; recalca que la pena que se le impuso al procesado por parte de la Corte Provincial no es de cuatro años sino de tres; y, que en cuanto a lo que se señaló por parte de la defensa acerca de que no se pudo doblegar la resistencia de la víctima, debe destacarse que en este caso la edad de la prenombrada víctima era de tan solo once años once meses. Finaliza su exposición el señor Fiscal manifestando que por cuanto la Fiscalía estima que existe coherencia entre la parte considerativa y resolutive de la sentencia; que el tipo penal y sanción impuesta corresponde al delito cometido por el sentenciado; que en la audiencia no se ha fundamentado el recurso interpuesto conforme lo dispone el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal respecto de las causales contenidas en dicha norma, esto es, que se hubiere violado la ley en la sentencia del juzgador de instancia por una indebida aplicación, errónea interpretación o contravención expresa de su texto, aspectos éstos a los que no se ha referido la parte recurrente; y, que además se encuentra que la sentencia de la referencia está plenamente motivada de acuerdo a la sana crítica, se solicita que el recurso de casación interpuesto sea desechado, por improcedente. **REPLICA:** La Defensora Pública, doctora Lolita Montoya dice: que la acción de su defendido fue concurrir al domicilio de su amigo que respondía a los nombres de “Javier”, quien cohabitaba con la menor de edad, es decir, que su defendido en ningún momento tuvo la intención de cometer tales actos impúdicos, sino lo que hizo fue llamar a su amigo, de ahí que insiste en que cabe la duda por cuanto cuando del testimonio de la señora dueña de casa donde habitaba la menor al preguntársele si vio al señor de nombre “Lucho” que es señor sentenciado y sujeto activo de esta infracción, ella manifestó que no. Recalca entonces que se debe respetar las normas constitucionales y de derecho pues, efectivamente en este caso cabe una duda ya que no se ha podido demostrar con certeza la responsabilidad de su defendido, ya que no se pudo doblegar la resistencia de la víctima. **SEXTO: ASPECTOS JURIDICOS: Normativa Cons-**

**titucional:** La Constitución de la República, en el artículo 6, consagra que todas las ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución. El artículo 10 establece que las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, son titulares y gozan de los derechos garantizados en la Constitución y en los Instrumentos internacionales. La Constitución reconoce y garantiza los derechos de libertad, la igualdad formal, el derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente, en todas sus formas y manifestaciones, el derecho al honor y al buen nombre, entre otros, artículo 66, numerales 4, 6 y 18. Se garantiza el derecho al acceso a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita, artículo 75, como parte de los derechos de protección, debiendo aplicarse los principios de inmediación y celeridad, sin que las partes en litigio queden en la indefensión y asegurándolas el derecho al debido proceso, artículo 76, donde las partes, en igualdad de condiciones, ejercen todos y cada uno de los derechos establecidos en la norma suprema. **Normativa Sustantiva Penal:** Esta normativa encontramos en el Capítulo II del Código de Procedimiento Penal, que trata sobre EL ATENTADO CONTRA EL PUDOR, (...), En su artículo 504 .1.- que nos dice: “Será reprimido con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años, quien someta a una persona menor de dieciocho años de edad o con discapacidad, para obligarla a realizar actos de naturaleza sexual, sin que exista acceso carnal”. Tipo penal que se inmersa en el presente caso. **Normativa Adjetiva Penal:** Al tenor de lo dispuesto en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, el Recurso de Casación, es un medio impugnatorio, que tiene por objeto corregir los errores de derecho que pudiera incurrir el inferior en la sentencia, por lo que constituye un recurso extraordinario de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia, como lo señala el Art. 10 inciso segundo del Código Orgánico de la Función Judicial, sin que esté permitido a los juzgadores de Casación valorar la prueba actuada, que dio lugar a la sentencia que se impugna.- Cabe señalar, que los “errores de derecho”, son corregibles mediante casación y que debe limitarse a examinar si en el fallo impugnado se ha aplicado correctamente la ley, fundamentado en las causales que contiene el Art. 349 del adjetivo penal, cuando la sentencia recurrida ha violado la ley, por **a)** por contravenir expresamente a su texto; **b)** por haberse realizado una falsa aplicación de ella; y, **c)** por haberla interpretado erróneamente. Ya que la primera circunstancia implica contrariar su contenido y al hacerlo sería una violación directa.- La segunda, la falsa aplicación, puede darse aplicándola en un caso que no le corresponde.- La tercera, la interpretación errónea, podría dar lugar a ir más allá del contenido de la norma, contrariando su espíritu, su alcance, originándose un falso raciocinio. Por ello el Tratadista Fabio Calderón Botero, en su obra Casación y Revisión en materia penal, expresa que el recurso de casación... “es un juicio técnico jurídico, de puro derecho sobre la legalidad de la sentencia, también conocido por la doctrina como error in iudicando...”, que precisamente es el error de derecho en la sentencia. **SEPTIMO: ANALISIS DEL TRIBUNAL:** Luego de haber escuchado las exposiciones realizadas por el recurrente, representado por la Dra. Lolita Montoya, Defensora Pública, y la contestación de la misma por parte de la Fiscalía General del Estado, por unanimidad se ha establecido, que el recurso de casación es un recurso extraordinario que debe estar enmarcado en las

causales que establece el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, a fin de establecer las violaciones de la ley en la sentencia, ya por contravenir expresamente a su texto, por haberse hecho un indebida aplicación, o una errónea interpretación de la misma, así manifiesta el Tratadista Martínez Rave, quien anota que: "El recurso extraordinario de casación es el que se utiliza contra sentencias de segunda instancia que se consideren violatorias de la ley. (...) en casación no pueden volverse a debatir los hechos que ya han sido juzgados en las dos instancias. Simplemente se trata de un recurso mediante el cual se confronta la sentencia con la ley para concluir si aquella se ciñe a esta y tiene validez jurídica. En el recurso de casación se hace un examen jurídico de la sentencia en relación con la ley". CASACIÓN PENAL EN EL SISTEMA ACUSATORIO, Germán Pabón Gómez, Editorial IBÁÑEZ, pág. 23. En el presente caso la alegación que hace el recurrente es en virtud de la aplicación del principio del in dubio pro reo o de la duda razonable que se establece en el Art. 4 del Código Penal, la misma que ha sido despejada en virtud del recurso de apelación interpuesto y que fuera negado por la Corte Provincial respectiva, que es la que dicta la sentencia condenatoria reformando la que reconoce el Estado de inocencia que se habría emitido en primer nivel; que efectivamente coincidiendo con lo expresado por la Fiscalía General, este Tribunal estima que la sentencia cumple con lo establecido en el Art. 250 del Código de Procedimiento Penal en cuanto a que se ha establecido la materialidad de la infracción y la culpabilidad del sentenciado, toda vez que en el testimonio rendido en la audiencia de juzgamiento por la niña de once años once meses, V.T.CH.A., expresamente manifestó que Luis Antonio Pucha Chuqui en el carnaval de febrero de 2010, entre las tres y cuatro de la mañana en su domicilio, en el barrio Santa Rosa del cantón Zamora, provincia de Zamora Chinchipe se metió en su cama mientras dormía, le bajó el cierre de su pantaloneta o short y le tocó sus genitales, ante lo cual se levantó asustada reconociendo a su ofensor. La doctrina en este tipo de eventos de carácter sexual es coincidente en cuanto afirma que los actos de esta naturaleza se hacen en la clandestinidad, en la oscuridad, sin testigo alguno. Por su lado el tratadista Español Manuel Miranda Estrampes, en su obra La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal, nos dice; El testimonio rendido por la víctima en delitos sexuales es suficiente para dictar una sentencia condenatoria, "... "El testimonio acusador de la víctima puede destruir la presunción de inocencia"; es lo que precisamente este Tribunal considera ha ocurrido y que se describe en la sentencia impugnada, ya que la declaración de la ofendida por sí sola constituye prueba; lo que se aplica en eventos delictivos de carácter sexual, precisamente porque el acto desviado se lo hace, sin testigos y es la ofendida la que con total convicción, demuestra la existencia de la fuerza, intimidación, su minoría de edad o discapacidad, según el caso, para obligarla a realizar actos de naturaleza sexual, sin que exista acceso carnal, que es el tipo penal que se juzga en esta causa, convirtiéndose la víctima en "testigo único", quien ha tenido conocimiento del acto por su propia percepción, sin existir obstáculo alguno para admitirla como prueba de cargo, lo que así asume este Tribunal a fin de evitar que el delito quede en la impunidad. Luego de hacer la respectiva ponderación entre los derechos del sentenciado y los derechos de la niña ofendida, establecemos que en la sentencia no existe violación a la ley ya que

los considerandos cuarto y quinto de la sentencia recurrida se establece en forma clara y con certeza la responsabilidad del acusado Luis Antonio Pucha Chuqui, quien con voluntad y conciencia adecuó su conducta al tipo penal, tipificado y reprimido en el Art. 504.1., del Código Penal. Por lo expuesto, este Tribunal, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA**, en virtud de lo dispuesto en el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, al no existir violación de la ley en la sentencia y no haberse ajustado a ninguna de las causales que establece el Art. 349 *Ibidem*, se declara improcedente el Recurso de Casación planteado por Luis Antonio Pucha Chuqui. Devuélvase el proceso al Tribunal de origen. **Notifíquese y Cúmplase.**

f.) Dr. Jorge M. Blum Carcelén, Juez Nacional Ponente.

Fdo.) Dres. Wilson Merino Sánchez, Paúl Iñiguez Ríos, Jueces Nacionales.

#### Certifico.

f.) Dr. Honorato Jara Vicuña. Secretario Relator.

Asiento por tal que las cinco (5) copias que anteceden, son iguales a su original. Quito, 31 de julio de 2012. Certifico.

f.) Dra. Martha Villarroel Villegas, Secretaria Relatora (E).

---

#### No. 926-2010

**Ponente:** Dr. Jorge M. Blum Carcelén, Msc. (Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial).

#### CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

#### SALA PENAL

Quito, 23 de marzo de 2012, las 09H00.

**VISTOS:** La sentenciada Patience Cole Oriri, interpone recurso de casación de la sentencia dictada el 12 de octubre de 2010 por la Tercera Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha, que confirma la sentencia emitida por el Tribunal Noveno de Garantías Penales de Pichincha que le impone la pena modificada de ocho años de reclusión mayor ordinaria, y una multa de 70 salarios mínimos vitales generales de un trabajador, por considerarla autora responsable de la infracción tipificada y sancionada en el Art. 62 de la Codificación de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, por lo que encontrándose la causa para resolver, para hacerlo se considera. **PRIMERO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA:** El Consejo de la Judicatura de Transición, posesionó a las Juezas y Jueces Nacionales el 26 de enero de 2012. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión de 30 de enero de 2012,

conformó sus ocho Salas Especializadas conforme dispone el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183. La Sala Especializada de lo Penal tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, éste cuerpo legal en la Segunda Disposición Transitoria dispone que: “en todo lo relativo a la competencia, organización y funcionamiento de la Corte Nacional de Justicia, este Código entrará en vigencia a partir de la fecha en que se posesionen los nuevos jueces nacionales elegidos y nombrados de conformidad con lo establecido en la Constitución y este Código”, habiéndose mediante sorteo designado este Tribunal y al juez ponente, de conformidad con los arts. 185 de la Constitución de la República y 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, por lo que los suscritos, al tenor de las normas antes referidas y las del Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, somos competentes para conocer y resolver el recurso de casación penal planteado. **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL:** Examinado el trámite del presente Recurso de Casación, no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna que pudiera invalidar o acarrear su nulidad, por cuanto fue presentado dentro del plazo establecido en el Art. 350 del Código de Procedimiento Penal, habiéndose fundamentado el recurso por parte del recurrente y emitido dictamen el señor Fiscal General del Estado, por lo que este Tribunal de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, lo declara válido. **TERCERO.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO:** La recurrente Patience Cole Oriri, al fundamentar el recurso de casación expresa: que en la Sentencia emitida por la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, la que resolviendo la consulta dispuesta por el Tribunal Noveno de Garantías Penales de Pichincha, ha violado la ley al condenarle a la pena modificada de ocho años de reclusión mayor ordinaria que así mismo, violando el Art. 76 numeral 6 de la Constitución de la República le ha impuesto una pena excesiva y desproporcionada en relación al acto cometido y que ha violado el Art. 66 numeral 3, literal c) de la misma Carta Magna, al imponerle una pena cruel, inhumana y degradante para el sujeto activo de la infracción; que también existe en la sentencia una errónea aplicación del delito tipificado en el Art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas; y se ha violado la Resolución de la Asamblea Nacional Constituyente de 4 de julio del 2008, firmada en Montecristi, que refiere al indulto a las mulas del narcotráfico. Concluye solicitando se acepte el recurso de casación se reforme al sentencia y se le imponga una pena proporcional. **CUARTO.- OPINIÓN FISCAL:** El Fiscal General del Estado sostiene que el recurso interpuesto por Patience Cole Oriri, debe ser desestimado, ya que la condenada en su fundamentación del recurso manifiesta que: La Tercera Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en la sentencia violó los Arts. 66, numerales 3, literal c) y 76 numeral 6 de la Constitución de la República, referentes a la proporcionalidad entre la infracción y la sanción a ella impuesta, más cuando se invocan esta clase de infracciones, lo procedente es analizar en cada caso específico si se observó o no el procedimiento respectivo en la tramitación de la causa, no es suficiente alegar in genere la transgresión de las garantías constitucionales, sino que se ha de determinar con claridad de que manera se ha vulnerado dicha garantía. En el caso, aquellas ga-

rantías han sido observadas a favor de la procesada, la misma que no ha sido violentada en su integridad personal mediante torturas, tratos y penas crueles; tampoco procede la garantía constitucional invocada respecto a la proporcionalidad entre la infracción y la sanción impuesta, a quien el juzgador de instancia le acusa de autora y responsable del delito tipificado y sancionado por el Art. 62 de la Codificación de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, que sanciona con la pena de doce a diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales, siendo que la procesada Patience Cole Oriri ha sido sancionada con una pena modificada de ocho años de reclusión ordinaria y multa de sesenta salarios mínimos vitales generales, la pena impuesta es la adecuada a la conducta de la sentenciada; no existiendo por lo mismo la violación invocada, ya que el juzgador de instancias de acuerdo a la sana crítica analizó la prueba actuada en el juicio, la misma que cumple con los principios de oralidad, inmediación y contradicción, puestas de manifiesto en la audiencia pública de juzgamiento, llegando a la conclusión de que se ha comprobado tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad de la procesada conforme lo requiere la norma del Art. 304-A del Código de Procedimiento Penal. **QUINTO.- ASPECTOS JURIDICOS:** Al tenor de lo dispuesto en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, el Recurso de Casación, es un medio impugnatorio, que tiene por objeto corregir los errores de derecho que pudiera incurrir el inferior en la sentencia, por lo que constituye un recurso extraordinario de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia, como lo señala el Art. 10 inciso segundo del Código Orgánico de la Función Judicial, sin que esté permitido a los juzgadores de Casación valorar la prueba actuada, que dio lugar a la sentencia que se impugna. Cabe señalar, que los “errores de derecho”, son corregibles mediante casación y que debe limitarse a examinar si en el fallo impugnado se ha aplicado correctamente la ley, fundamentado en las causales que contiene el Art. 349 del adjetivo penal, cuando la sentencia recurrida ha violado la ley, por a) por contravenir expresamente a su texto; b) por haberse realizado una falsa aplicación de ella; y, c) por haberla interpretado erróneamente. Ya que la primera circunstancia implica contrariar su contenido y al hacerlo sería una violación directa.- La segunda, la falsa aplicación, puede darse aplicándola en un caso que no le corresponde.- La tercera, la interpretación errónea, podría dar lugar a ir más allá del contenido de la norma, contrariando su espíritu, su alcance, originándose un falso raciocinio. El profesor español Andrés de la Oliva Santos define: “El recurso de casación es un recurso devolutivo extraordinario ante el grado supremo de la jerarquía judicial. Por su carácter extraordinario procede únicamente si concurren los presupuestos y requisitos especiales determinados en la ley” (*Derecho Procesal Penal*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Cuarta Edición, Primera Reimpresión, 2000, Madrid-España, p. 623). Como nos ilustra el autor, su carácter es rescindente y rescisorio, porque con la admisibilidad del recurso se anula la resolución impugnada y se dicta otra ajustada a derecho, partiendo de sus fines primordiales que son: “la revisión o control de la aplicación de la ley hecha por los Tribunales de instancia (función nomofiláctica) y la unificación de criterios jurisprudenciales. A esta doble función clásica se ha añadido una tercera: la de velar por el cumplimiento de las

garantías constitucionales (...) la casación penal cumple también la función de velar por el derecho a la tutela judicial efectiva en su más amplio contenido” (Ídem, p. 624). Este recurso es un medio de impugnación extraordinario porque su aplicación es estrictamente rigurosa y de excepción, cuyos motivos están determinados de manera taxativa en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, lo cual según el Magistrado del Tribunal Constitucional de España y catedrático de Derecho Procesal, Don Vicente Gimeno Sendra “a través del mismo no puede ser impugnado todo tipo de resoluciones judiciales”, permitiendo de esta manera que sólo de modo extraordinario o excepcional se pueda recurrir de una sentencia que se ha agotado con la única instancia del Tribunal Penal o en una última instancia dictada por las Cortes Superiores del País, ( hoy Cortes Provinciales). **SEXTO.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:** De la sentencia dictada por el Tribunal Noveno de Garantías Penales de Pichincha, y ratificada por la Tercera Sala de lo Penal de la misma provincia, se establece la existencia de la infracción que tipifica y sanciona el Art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefactivas y Psicotrópicas, con el testimonio rendido en el juicio por la Dra. Mariana Torres Alazar, perito química del Departamento de Criminalística de la Policía Judicial de Pichincha, quien dice que con la Dra. Guillermina Gallo, practicaron el análisis químico de un polvo blanco, perteneciente al caso No. 132-09 Oriri Patience, el que dio positivo para cocaína; Cristian Geovanny Veaga González, encargado de las bodegas de Antinarcóticos de Pichincha, dice que recibió tres paquetes con una sustancia blanquecina, la que a las pruebas realizadas ha dado positivo para cocaína; Clara Johana Pozo Rosero, manifiesta que su trabajo en antinarcóticos lo realiza en el Aeropuerto Mariscal Sucre de Quito, y que el 15 de marzo del 2009 a eso de las 08h40 en la aerolínea KLM, vuelo 754, con destino Ámsterdam, observó a una mujer de apariencia extranjera, a quien luego de revisar su pasaporte y equipaje, se le practicó una placa en la sala de rayos X, mediante la cual se detectó que en su ropa interior tenía tres planchas con una sustancia blanquecina, por lo que fue trasladada a la oficina de antinarcóticos, junto con las evidencias; La procesada Patience Cole Oriri, en el juicio manifiesta haber viajado a Ecuador en donde conoció por Internet a Francisco Guerrero, con quien tuvo una relación sentimental, quien le presentó a dos personas, las mismas que el 15 de marzo del 2009, en las primeras horas de la mañana, le visitaron donde se hospedaba y mediante amenaza e intimidación con un cuchillo, le pusieron la droga en sus prendas íntimas para que la lleve en el vuelo 754 con destino Ámsterdam, amenazándola además, que de lo contrario llamarían a España para que mataran a su hermana, la pusieron en un taxi y enviaron al aeropuerto; mediante actas de pesaje y destrucción de la droga, se establece el peso bruto de 386,60 gramos y peso neto de 321,38 gramos de clorhidrato de cocaína. Por otra parte se observa, que la motivación de la sentencia para ser correcta, debe referirse al **hecho** y al **derecho**, valorando las pruebas y suministrando las condiciones a que arribe el Tribunal sobre su examen, respecto de la función del hecho comprobado en un precepto penal, y de las consecuencias jurídicas que de su aplicación se derivan. En el caso *in examine*, la recurrente Patience Cole Oriri, no ha logrado determinar y exponer concretamente, en base a la naturaleza de este recurso, si en la sentencia se ha violado la ley, ya por contravenirse expresamente a su texto; ya

por haberse hecho falsa aplicación de ella; ya por haberla interpuesto erróneamente. Al analizar las alegaciones expuestas por la recurrente, encuentra que éstas no esbozan ni proponen un razonamiento técnico jurídico en sustento a las disposiciones que consideran vulneradas, y más bien se advierte una inconformidad con la decisión judicial, que no revela de modo alguno la orientación y dimensión de los errores de derecho que sostiene cometió el juzgador en la sentencia, configurándose tales alegaciones por sí solas en insuficientes e impertinentes a la naturaleza jurídica de la casación penal. El Profesor Luis Alberto Huerta Guerrero sobre la **Flagrancia**, manifiesta: “Es cuando se está ante un caso de (flagrante delito) cuando se interviene u observa (a una persona) en el mismo momento de (la) perpetración (del delito) o cuando posteriormente a ella, antes del vencimiento del plazo de prescripción, existen hechos o pruebas evidentes, sustentados en la técnica o la ciencia, que demuestren la producción del delito.” (Ensayo sobre Temas de Derechos Fundamentales, con información relacionada con el respeto y Garantía de los Derechos, pág. 2). Por su lado el maestro Dr. Maximiliano Blum Manzo referente al tema dice: “esto es aquello que se cometen en presencia de una o mas personas o se descubren a los agentes activos inmediatamente o hasta después de 24 horas de persecución ininterrumpida, con armas, instrumento o papeles relativos a la infracción. (2da Edición, Apuntes Jurídicos, Procedimiento Penal Dr. Maximiliano Blum Manzo Pág. 153.). El Art. 76 numeral 6 de la Constitución de la Republica señala “... Se establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y sanciones penales...” de lo expuesto se establece que la pena impuesta a los sentenciados guarda proporción entre la infracción cometida y el delito. Fernando Velásquez en su obra *Manual de Derecho Penal, Parte General*, tercera edición, librería jurídica COMLIBROS, Medellín – Colombia, 2007, p.35, al referirse al principio de proporcionalidad, manifiesta: “El uso de la intensidad de la sanción están limitados de acuerdo con la gravedad del hecho reprimible cometido, o de los riesgos objetivos o subjetivos de comisión de una infracción futura o de ambos. En el presente caso, la pena guarda proporción con la infracción acusada, ya que hay que tomar en consideración que la tenencia y tráfico de todo tipo de sustancias estupefaciente y psicotrópicas causan grave impacto de orden social y familiar. En la existencia examinada se observa, que se halla comprobada conforme a derecho la existencia material de la infracción con el informe químico de análisis de la droga, así como la responsabilidad penal de Patience Cole Oriri con la prueba testimonial y al no haber podido justificar el hecho de que a ella se le encontró en su ropa interior, tres planchas con una sustancias blanquecina, que al ser sometida a las respectivas pruebas químicas resulto ser cocaína, con un peso bruto de 386,60 gramos, lo cual demuestra que fue hallada en delito flagrante. **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**”, al tenor de lo que dispone el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, por improcedente se desecha el recurso de casación planteado por Patience Cole Oriri y se dispone que se devuelva el expediente al inferior.- Intervenga en la presente causa el doctor Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator. Notifíquese y cúmplase.

f.) Dr. Jorge M. Blum Carcelén, Msc. Juez Nacional Ponente.

Fdo.) Dres. Wilson Merino Sánchez, Paúl Iñiguez Ríos, Jueces Nacionales.

**Certifico.**

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

Asiento por tal que las tres (3) copias que anteceden, son iguales a su original. Quito, 31 de julio de 2012. Certifico.

f.) Dra. Martha Villarroel Villegas, Secretaria Relatora (E).

---

**No. 235-2011**

**Ponente:** Dr. Jorge M. Blum Carcelén, Msc. (Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial).

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**

**SALA PENAL**

Quito, 16 mayo de 2012, las 11:30h.

**VISTOS:** El sentenciado FRANKLIN STALIN LOPEZ BRIONES, interpone Recurso de Casación del fallo expedido por la Sala de Conjuces de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, de 22 de febrero de 2011, que confirma la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo de los Tsáchilas, que le impuso la pena de dieciséis años de reclusión mayor especial, como autor del delito de violación, tipificado en el Art. 512 numeral 1 del Código Penal y sancionado por el Art. 513 Ibidem. Aceptado a trámite y habiéndose cumplido con la audiencia oral, pública y contradictoria que establece el Art. 352 del Código de Procedimiento Penal, a la que concurrió el impugnante, acompañado por la Dra. María Fernanda Álvarez, quien fundamentó el recurso, compareciendo además la Dra. Paulina Garcés Cevallos, en representación del señor Fiscal General del Estado, cumpliéndose con el trámite previsto para esta clase de recursos, al tenor de lo dispuesto en el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal y siendo el estado de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA:** El Consejo de la Judicatura de Transición, posesionó a las Juezas y Jueces Nacionales el 26 de enero de 2012. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión de 30 de enero de 2012, conformó sus ocho Salas Especializadas conforme dispone el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183. La Sala Especializada de lo Penal tiene competencia para conocer los recursos de casación en materia penal según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, éste cuerpo legal en la Segunda Disposición Transitoria dispone que: “en todo lo relativo a

competencia, organización y funcionamiento de la Corte Nacional de Justicia, este Código entrará en vigencia a partir de la fecha en que se posesionen los nuevos jueces nacionales elegidos y nombrados de conformidad con lo establecido en la Constitución y este Código”, habiéndose mediante sorteo designado a este Tribunal y al juez ponente, de conformidad con los Arts. 185 de la Constitución de la República y 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, por lo que los suscritos, al tenor de las normas antes referidas y las del Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, y de conformidad con los artículos 174 del Código Orgánico de la Función Judicial y 6 de la Resolución No. 02-2012 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en atención al oficio No. 370-SP-CNJ, se sorteó entre los Conjuces de la Sala Especializada de lo Penal, la causa No. 235-2009, habiendo correspondido conocerla a la señora Conjueza Dra. Zulema Pachacama Nieto, en subrogación del señor Juez Nacional doctor Paúl Iñiguez Ríos, como consta de fs. 10 del cuadernillo de casación firmada por la abogada Gina Navas Carrera Secretaria General ( E ), somos competentes para conocer el recurso de casación penal planteado.- **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL:** Examinado el trámite del presente Recurso de Casación, no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna que pudiera invalidar o acarrear su nulidad, por cuanto fue presentado dentro del plazo establecido en el Art. 350 del Código de Procedimiento Penal, habiéndose celebrado la audiencia que trata el Art. 352 Ibidem, donde el recurrente fundamentó el recurso, habiendo también comparecido el representante del señor Fiscal General del Estado, por lo que este Tribunal lo declara válido. **TERCERO.- ANTECEDENTES:** Según la acusación particular presentada, por el señor Ángel Olmedo Silva Llamba, quien hace conocer lo siguiente: “...el día sábado 11 de julio del año 2009, aproximadamente a las 21H30, en circunstancias que nos encontrábamos en mi casa con mi esposa de nombres Hilda Fabiola Carrillo, mi hija de nombres MAGALI ELISABETH SILVA CARRILLO, de 13 años de edad, le enviamos a comprar a la tienda, y al regresar a su casa pasaba por un terreno vacío y oscuro, fue interceptada intempestivamente por un individuo que la coge de la mano y la amenaza que le iba a matar con una pistola y a la fuerza la obliga a entrar a este terreno, aprovechando que se encuentra con montes y oscuro, para en primer lugar golpearla y luego proceder a violarla salvajemente. **CUARTO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO:** La doctora María Fernanda Álvarez, en representación del procesado Franklin Stalin López Briones manifiesta: “Que el presente recurso de casación lo fundamentada en la contravención expresa de los Arts. 345, 304 y 85 del Código de Procedimiento Penal; la contravención expresa del Art. 76 núm. 2 de la Constitución de la República del Ecuador; y, en el indebida aplicación del Art. 86 del Código de Procedimiento Penal; agrega que de conformidad a lo establecido en el Art. 345 del Código de Procedimiento Penal, la Sala de la Corte Provincial estaba obligada en su Resolución del recurso, a realizar una motivación amplia y suficiente manifestándose en su totalidad sobre el objeto del recurso de apelación. Dice que el recurso de apelación que se presentó ante la Corte Provincial estaba fundamentado en la violación del Art. 85 del Código de Procedimiento Penal, pues no se había comprobado conforme a derecho la responsabilidad del acusado; que la prueba que se había actuado en primera instancia estaba conducida exclusivamente a comprobar la materia-

lidad de la infracción y, de conformidad a lo establecido en el Art. 85 del Código de Procedimiento Penal, la prueba debía estar conducida a obtener la certeza tanto de la existencia de la infracción, cuanto de la responsabilidad del procesado; que en este caso, la única prueba conducente a demostrar la responsabilidad del acusado, fue el testimonio de la presunta víctima que no había sido analizado a la luz de los principios de la sana crítica, establecidos en el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal y, por eso se le solicitó a la Corte que haga nuevamente una valoración de la prueba practicada en primera instancia, porque así lo permite el recurso de apelación; que sin embargo de lo expuesto, en su resolución la Corte se niega analizar las contradicciones en las que incurre el testimonio de la presunta víctima, que fueron puestas de manifiesto por la defensa y únicamente analiza dos pruebas, con las cuales considera probada tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad, siendo estas pruebas el peritaje médico y el informe del entorno socio familiar. Recalca, respecto a este último punto la abogada de la defensa, que el peritaje del entorno socio familiar tiene por objeto únicamente dar una muestra de cómo son las relaciones de la presunta víctima con sus familiares, porque el perito no presencié los hechos y, por lo tanto, si en dicho informe se limita a hacer una reproducción del testimonio de la presunta víctima, este peritaje pierde el peso de peritaje y se transforma en un testimonio, pero con la debilidad de que no es un testimonio propio porque lo que hace, como se dijo, es reproducir lo que otra persona le está comentando. Señala también la defensa que como se había manifestado en el literal g) del considerado Cuarto de la resolución, la Sala de la Corte Provincial dice que únicamente con el peritaje médico y el peritaje del entorno socio familiar se considera probada tanto la infracción cuanto la culpabilidad y, por ello dice que no procede analizar las contradicciones en el testimonio de la presunta víctima, porque en el procedimiento existen pruebas suficientes que respaldan este testimonio, pero en ninguna parte de esa resolución se hace alusión a las pruebas que respaldan este testimonio, indica que el Art. 304 del Código de Procedimiento Penal exige como requisito para una sentencia condenatoria, que exista certeza acerca de los dos elementos: infracción y culpabilidad, por lo que la sola existencia de duda obliga al Tribunal a emitir una sentencia absolutoria. Señala además que el recurso de casación de manera general no está orientado a que el Tribunal haga una nueva valoración de la prueba, sin embargo en jurisprudencia se ha demostrado que cuando en la sentencia del tribunal Ad quem no se han respetado los principios de la sana crítica, contrariando en este sentido el derecho a la defensa y la presunción de inocencia, entonces el Tribunal sí está facultado para hacer nuevamente una valoración, de ahí que se traen a colación las contradicciones en las que incurre el testimonio de la presunta víctima, única prueba conducente a probar la responsabilidad del acusado. En primer lugar, la relación de los hechos que el Tribunal considera probado: que la presunta víctima en horas de la noche sale de su casa a comprar en la tienda cuando, al regreso, es interceptada por el acusado y es llevada a un lote vacío que se encuentra entre la tienda y su casa, donde es agredida sexualmente y posteriormente el acusado intenta plagiarla y pedir un rescate; que pese a que la calle de la referencia normalmente es muy transitada, se dijo en el testimonio que esa noche, en el instante en que sucedieron los he-

chos, la calle se encontraba completamente solitaria, sin embargo, de los propios testimonios vertidos por la parte acusadora se colige que esa noche en particular no solamente que era transitada, sino especialmente transitada porque los moradores del lugar habían quedado en reunirse en un punto que se encontraba a escasos 30 metros donde sucedieron los acontecimientos; que en la audiencia de juzgamiento el padre de la menor dijo que había enviado a su hija a comprar a la tienda a eso de las nueve de la noche; que en esa misma audiencia la señora Elsa María Moreno, dueña de la tienda, dice que la menor llegó a la tienda a eso de las nueve de la noche y que estuvo ahí alrededor de media hora y que se retiró a eso de las nueve y media de la noche; que los señores Juan Carlos Moreno y Néstor Arsenio Yáñez en sus testimonios dicen que las personas comenzaron a llegar al lugar de la reunión a eso de las nueve de la noche aproximadamente, lo que quiere decir que para el momento en el que supuestamente ocurrieron los hechos, es decir, alrededor de las nueve y media de la noche, las personas ya había empezado a transitar por el lugar y habían empezado a reunirse, por lo que la primera imprecisión en que cae el testimonio, es que no solo que esa noche la calle no estaba solitaria, sino que esa noche estaba especialmente transitada y, a escasos 30 metros donde sucedieron los hechos, había un conglomerado de aproximadamente 200 personas. Se refiere la defensora a que cuando se le preguntó a la menor porqué razón no había gritado pidiendo auxilio ante la agresión de la que estaba siendo víctima, ella sostuvo que fue porque el agresor le estaba tapando la boca y dijo también, que al mismo tiempo ese agresor quitó la malla del lote vacío mientras le tapaba la boca, le quitó la ropa y la golpeó, pero por lógica para hacer todas estas acciones, una persona debió utilizar sus manos, sin embargo de acuerdo al testimonio, en ningún momento la presunta víctima tuvo la oportunidad de al menos hacer un grito, para que las personas que estaban cerca pudieran ir a su auxilio, resultando extraño, que una agresión sexual narrada en los términos en que se hizo, haya ocurrido en absoluto silencio, a escasos 30 metros de un conglomerado de 200 personas. Añade también que cuando sucedieron los hechos, el lugar donde el supuesto agresor la intercepta estaba a una distancia similar a la que se encontraba el momento en que luego ella se aleja de él y se dirige al conglomerado de personas, surgiendo la pregunta de porqué en un inicio, cuando el agresor la intercepta, ella no forcejea o trata de liberarse y luego cuando supuestamente ya ocurrió la agresión ella consigue liberarse de su agresor sin ninguna dificultad, cuando se encontraba en circunstancias muy parecidas y a una distancia de las personas similar. Hace relación la defensa a que uno de los testigos dijo que cuando se encontraba en el conglomerado, vio que la menor venía caminando por la misma acera que el acusado, que se alejó de él, caminó hacia donde estaban ellos, les dice que el hombre la estaba agrediendo y que se alertó a la gente y empiezan a seguirlo, por lo que de la lectura detallada del testimonio rendido en la audiencia de juzgamiento se puede concluir que hay una fracción de tiempo en que la menor se aleja sin ningún forcejeo, dirigiéndose hacia el conglomerado y alertando que el señor la estaba agrediendo, tiempo durante el cual su defendido siguió caminando tranquilamente y solo es cuando la muchedumbre empieza a seguirlo que el corre por instinto básico de supervivencia. Recalca que los testigos no presenciaron forcejeos, ni la agresión, sino que solo dan cuenta de que las

dos personas venían caminando por la misma acera y se remiten al testimonio de la presunta víctima. Se refiere y manifiesta que respecto del hecho, de que en la versión la menor dice que el agresor le hizo sacar el calentador y la blusa y en el testimonio dijo que él le sacó la blusa y el calentador, lo cual no es una simple sutileza por la naturaleza de los hechos narrados y porque hay una diferencia entre que le saquen la ropa a la fuerza, lo que implica que la ropa debió dañarse, que no es el caso, ó que la obliguen a sacarse la ropa, para lo cual debió ejercerse un medio de intimidación, que en el caso ya se ha demostrado que no existía ni siquiera un arma blanca. Manifiesta que el Art. 304 del Código de Procedimiento Penal exige certeza y esta exigencia no es una arbitrariedad precisamente por la gravedad del iusponiendi, ya que en los delitos sexuales el testimonio de la víctima reviste un valor probatorio mayor precisamente por la naturaleza de dichos delitos, y es por eso que en contraposición al principio constitucional de presunción de inocencia que el Tribunal está llamado a hacer un análisis metódico de ese testimonio a fin de que por sí solo sea capaz de aportar al Tribunal la certeza exigida en el Art. 304, ya mencionado, e imponer a una persona una sanción de dieciséis años de reclusión. Dice la abogada defensora que en el mismo considerando Cuarto, en el literal g) de la resolución del recurso de apelación, la Sala se refiere a las dos pruebas aludidas, el peritaje médico y del entorno socio familiar, contraponiendo dichas pruebas con los certificados de antecedentes penales y de honorabilidad aportados por el acusado, y manifiesta que el acusado con ello no ha sido capaz de desvirtuar los hechos por los que ha sido condenado, inobservando con ello el Art. 76 núm. 2 de la Constitución de la República, porque no es el acusado quien está obligado a desvirtuar los hechos sino la parte acusadora la obligada a desvirtuar el principio de presunción de inocencia establecido a favor de su defendido. Finalmente manifiesta lo que ya se refirió, a la indebida aplicación del Art. 86 del Código de Procedimiento Penal, lo cual está dada ante la falta de análisis metódico del testimonio de la víctima, única prueba encaminada a declarar la responsabilidad, porque si se analiza la sentencia de la Corte Provincial, está claro que en el análisis que ellos hacen se hace referencia únicamente a la materialidad de la infracción, olvidándose que en los Arts. 85, 250 y 252 del Código de Procedimiento Penal establecen que la prueba está orientada y debe probar no solo la materialidad, sino también la culpabilidad. Concluye indicando que se ratifica en los fundamentos de hecho y de derecho del recurso de casación interpuesto y solicita se analicen las pruebas a la luz de la sana crítica, considerando que en la sentencia se impuso una pena de dieciséis años a un joven de dieciocho años".

**QUINTO: INTERVENCION DE LA FISCALÍA:** La doctora Paulina Garcés, en representación de la Fiscalía General del Estado, manifiesta lo siguiente: "Que el recurso debería ser rechazado sin ninguna consideración porque se está contraviniendo el inciso segundo del Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, donde la revisión probatoria y de los elementos fácticos merecen ser interpuestos a través de otro tipo de recursos, es decir, hay otros recursos extraordinarios que efectivamente están diseñados para este análisis probatorio, por lo que ciertamente la Fiscalía no debería hacer otra argumentación, pero que es importante señalar que la doctrina, en la propia Corte Suprema antes, Nacional ahora, ha señalado reiteradamente que la única causa en la que puede revisarse

la prueba, es aquella en la que se ha dado lo que se dice el absurdo judicial, siendo aquella figura en la cual es evidente que el juzgador teniendo elementos probatorios, cambia la realidad, para poder adecuar otro tipo de circunstancias, lo cual ciertamente, no es el caso. Se refiere la señora Fiscal a la afirmación de que se ha violado el Art. 304 A del Código de Procedimiento Penal, que habla sobre el requerimiento de la certeza para poder emitir una sentencia de condena, estando de acuerdo con la defensa del recurrente en que la certeza es indispensable para emitir una sentencia de condena, pero que la duda por sí sola no es suficiente para evitar sentenciar o cambiar los hechos, sino que debe ser por lo menos razonable, tal cual lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la duda debe ser razonable sobre la existencia de la infracción y sobre los hechos, por lo que es indispensable aclararlos. Señala también que el testimonio de la víctima es relevante, pero no solo eso, sino que en el caso de los delitos sexuales, como lo ha señalado la Corte Nacional y la ex Corte Suprema, es relevante y permite una apertura del criterio valorativo que tiene el juzgador sobre los elementos probatorios; agrega así mismo la doctora Garcés, que la Constitución tiene una protección especial a los menores de edad, en este caso a la víctima que tiene 13 años de edad, y también a las víctimas de las infracciones penales. Insiste que en este caso se produjo un delito de violación, el cual además se lo practicó en base de la causal tercera, esto es, por el uso de la fuerza, lo que fue comprobado por el médico del hospital de Santo Domingo de los Colorados quien señaló, al rendir su testimonio, que la víctima estaba nerviosa, llorosa, con la ropa sucia, manchada, lo que determina que fue víctima de delito sexual; que el mismo doctor Juan Fernando Mera Pico, médico general de dicho hospital, otorgó un certificado médico que establece que la niña tenía escoriaciones en la espalda, edema en labios menores y mayores a nivel genital, todo lo cual tiene valor probatorio conforme lo determina el Art. 80 del Código de la Niñez y Adolescencia y, sin embargo de ello, la Fiscalía dispuso que se realice otro reconocimiento médico legal en el que intervino un médico acreditado por la Fiscalía, el que estableció también la presencia de sangre coagulada, tres escoriaciones de seis centímetros de extensión paralelas a la región escapularia izquierda, es decir, en la parte de la espalda, escoriaciones de 1 a 2 centímetros en la región sub escapularia derecha, preguntándose en ese momento la doctora Garcés, si alguien que está violentamente interceptado a las nueve y media de la noche, en un terreno baldío y que primero es golpeada, querría o podría empezar a gritar y, que la misma víctima cuando se le requiere en la audiencia de juicio acerca de esta situación, dijo que tenía miedo porque cuando gritó la primera vez el hombre la golpeó, y esto se ratifica con el resultado médico legal, del que se desprende que la niña tenía presencia de golpe en labio superior y sangre coagulada en las fosas nasales, lo cual es resultado no de una simple cachetada o golpe leve, sino de un golpe suficientemente fuerte que pueda provocar ese tipo de lesiones. Pasa a referirse acerca de la pregunta de la abogada del recurrente de cómo es que existiendo a 30 metros un aglomeración de 200 personas, no escucharon gritos, señalando que la pregunta debería invertirse, es decir, cómo es que 200 personas podían estar en absoluto silencio a las nueve y media de la noche para escuchar los gritos de una pequeña víctima que estaba siendo violada en el fondo de un terreno a 30 metros de distancia. En cuanto

a la duda señalada acerca de la ropa, de si la menor se la sacó, de si se la sacaron, se debe determinar que el efecto del delito está cometido, y se determina de los exámenes y experticias que existe desfloración e infiltrado sanguíneo, es decir, que además había sido producida hace pocos momentos porque habían rastros de sangre en el himen, por lo tanto, se nota que fue una violación violenta, tan es así, que la niña Magali Elizabeth Silva Carrillo, de 13 años de edad, refirió como fueron los hechos, que dijo que no conocía al agresor sino que era una persona que cuando fue a comprar a la tienda se atravesó en su camino y la llevó violentamente, lo cual fue plenamente demostrado y también la responsabilidad del acusado, el cual incluso fue detenido a los pocos minutos de cometerse el hecho. Finalmente la doctora Garcés señala que la Fiscalía considera que no ha podido sostenerse en los términos establecidos en la norma constitucional y como lo establece lo Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, una motivación suficiente que pueda argumentar qué errores de derecho existen en la sentencia impugnada. Concluye indicando que, bajo estos antecedentes, la Fiscalía solicita se deseche el recurso por improcedente al no haberse cumplido las formalidades y rigor propio de este tipo de recurso extraordinario”. **REPLICA DEL RECURRENTE:** La doctora María Fernanda Álvarez, teniendo el derecho a la réplica señala lo siguiente: “Que la defensa llamó la atención en cuanto no a que los gritos no se hubiesen escuchado, sino que la menor no haya gritado, con la posibilidad de que hubiesen acudido a su auxilio. Otro aspecto que llamó la atención a la defensa es porqué se dijo que la calle en ese momento no estaba siendo transitada, cuando de las mismas pruebas aportadas por la parte acusadora se demostró que no, que esa noche en particular estaba muy transitada. Otra puntualización es que en cuanto a los golpes a los que hace referencia la menor, no se dieron en el trayecto entre que se la intercepta y se la lleva al lote sino, según ella, en el momento en que estaban en el lote, por lo que los golpes que mencionó la Fiscalía no pudieron impedir que en el transcurso hubiese podido pedir auxilio. Que respecto a los golpes señalados en el peritaje médico no están demostrados que hayan sido propiciados por el ahora acusado y, finalmente, las personas no interceptan a su defendido cuando él estaba huyendo, sino cuando él estaba caminando tranquilamente hacia ellos”. **SEXTO: BASE JURIDICA: Normativa Constitucional:** La Constitución de la República del 2008, reconoce y garantiza los derechos de libertad, la igualdad formal, el derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente, en todas sus formas y manifestaciones, el derecho al honor y al buen nombre, entre otros, Art. 66, numerales 4, 6 y 18. Se garantiza el derecho al acceso a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita, Art. 75, como parte de los derechos de protección, debiendo aplicarse los principios de intermediación y celeridad, sin que las partes en litigio queden en la indefensión y asegurándolas el derecho al debido proceso, Art. 76, donde las partes, en igualdad de condiciones, ejercen todos y cada uno de los derechos establecidos en la norma suprema. La Constitución de la República, en su Art. 11 al tratar sobre el ejercicio de los derechos, establece que se regirá por principios, entre ellos el de igualdad, señalado en el numeral 2 que textualmente dice: “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades”. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, (...), ni por cualquier otra distinción,

personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Art. 35 de la Constitución de 2008 establece que: Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes,(...), recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. (...)El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad; mientras que en el Art. 44 de la misma norma constitucional indica que el Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales. En el Art. 46 de la normativa constitucional manifiesta que el Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes: en su numeral 4 que se brindara protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones. Así mismo en su Art, 75 trata sobre los Derechos de protección que dice: Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de intermediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley. **El Código de la Niñez y Adolescencia**, por su parte en el Art. 11 establece que: El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas, judiciales, a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías. Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla. **Normativa internacional.-** Es menester destacar algunas disposiciones de Instrumentos Internacionales en cuanto al “Convenio sobre el derecho del niño”; en cuyas disposiciones constan: En el Artículo 1.- manifiesta que: para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad (...). Así mismo en el Artículo 2 numeral 1, manifiesta que: Los Estados Partes, respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico

o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. En el numeral 2, dice que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de condición, las actividades, opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares. Como también esta Convención en el Artículo 3 numerales 1, 2, 3 manifiesta que todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, tendrán como consideración primordial el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño, la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada. Por otro lado el Artículo 34 de esta misma Convención, expresa que los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexual. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos. **Normativa Sustantiva Penal; Art. 512.-** Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o, la introducción, por vía vaginal o anal, de los objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos: 1º.- Cuando la víctima fuere menor de catorce años... **Art. 513.-** El delito de violación será reprimido con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, en el número 1 del artículo anterior; y, con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años, en los números 2 y 3 del mismo artículo. Los elementos constitutivos del tipo penal del delito de violación son: 1.- Cuando la víctima fuere menor de catorce años; 2.- Cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistirse; y, 3.- Cuando se usare de violencia, amenaza o de intimidación. Según RAÚL GOLDSTEIN, en el Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Astrea, Pág. 931, manifiesta, Violación: es el acceso carnal con persona de uno u otro sexo ejecutado mediante violencia real o presunta. La acción típica consiste en tener acceso carnal. El acceso carnal es la penetración sexual se produce cuando el órgano genital entra en el cuerpo. **Normativa Adjetiva Penal de Casación;** Al tenor de lo dispuesto en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, el Recurso de Casación, es un medio impugnatorio, que tiene por objeto corregir los errores de derecho que pudiera incurrir el inferior en la sentencia, por lo que constituye un recurso extraordinario de control

de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia, como lo señala el Art. 10 inciso segundo del Código Orgánico de la Función Judicial, sin que esté permitido a los juzgadores de Casación valorar la prueba actuada, que dio lugar a la sentencia que se impugna.- Cabe señalar, que los “errores de derecho”, son corregibles mediante casación y que debe limitarse a examinar si en el fallo impugnado se ha aplicado correctamente la ley, fundamentado en las causales que contiene el Art. 349 del adjetivo penal, cuando la sentencia recurrida ha violado la ley, por **a)** por contravenir expresamente a su texto; **b)** por haberse realizado una falsa aplicación de ella; y, **c)** por haberla interpretado erróneamente. Ya que la primera circunstancia implica contrariar su contenido y al hacerlo sería una violación directa.- La segunda, la falsa aplicación, puede darse aplicándola en un caso que no le corresponde.- La tercera, la interpretación errónea, podría dar lugar a ir más allá del contenido de la norma, contrariando su espíritu, su alcance, originándose un falso raciocinio. El profesor uruguayo Enrique E. Tarigo referente a la casación expresa: “Es un recurso extraordinario por cuanto él exige, para su interposición la alegación de causales específicas, preestablecidas por la ley por un lado, y, por otro, porque el Tribunal de casación no puede pronunciarse sobre la totalidad de la cuestión litigiosa, sino solamente sobre aquellos aspectos sobre los que versa el recurso” (Fundación de Cultura Universitaria, cuarta edición actualizada, Montevideo-Uruguay, noviembre de 2007, pp. 269-260). **SEPTIMO.- ANALISIS DEL TRIBUNAL DE LA SALA PENAL:** El Recurso de Casación, tiene el carácter de extraordinario, cuya finalidad es establecer las violaciones de derecho que pudiere incurrir la sentencia impugnada, sujetándose a causales, que se encuentran establecidas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o por errónea interpretación y que de existir en el fallo el Tribunal de Casación está en la obligación de subsanar dichos errores, a fin de garantizar la correcta aplicación de las normas de derecho y sobre todo la seguridad jurídica y el debido proceso. Al amparo de la norma procesal antes citada, también está prohibido al Tribunal volver analizar la prueba, porque ello compete a otras instancias y a otro tipo de recursos.... Por su parte el autor Claus Roxin, en su obra “**Derecho Procesal Penal**”, **Tomo II.** Pág. 187 nos Dice: La Casación es un recurso limitado. Permite únicamente el control in iure. Esto significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y sólo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al Derecho material o formal. Así, la casación es, en contraposición a la apelación, que ha sido designada como una “segunda primera instancia”, un autentico procedimiento en segunda instancia. La violación es un delito por el cual se produce “el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril por vía oral, anal o vaginal; o la introducción por vía vaginal de los objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo,...” Esta conducta protege la libertad sexual como bien jurídico principal, pues también se protegen otros bienes como la dignidad, la salud y la libertad en sí misma. La característica o elemento normativo del tipo es que aquella conducta se realice con una menor de catorce años edad, que la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad, o por cualquier otra causa no pudiera resistirse, utilizando la violencia, amenaza; o

con intimidación y para su realización, según los profesores españoles Alfonso Serrano Gómez y Alfonso Serrano Maíllo, “es necesario que concurren elementos objetivos y subjetivos. Los primeros consisten en la conducta de carácter sexual realizada en el cuerpo de otra persona sin su consentimiento. Además, es necesario un elemento subjetivo del injusto caracterizado por la finalidad lúbrica que persigue el sujeto activo, el *animus* libidinoso. Este *animus*, en principio se presume en todo caso, de lo que se desprende que es suficiente con que el sujeto conozca que realiza un acto sexual sin consentimiento del sujeto pasivo.” (Derecho Penal, Penal Parte Especial, Editorial Dykynson, Décima Tercera Edición, Madrid, 2008, p. 217). Los profesores españoles sostienen además que debe mediar una relación de causalidad entre la violencia o intimidación y la conducta del sujeto y que el delito se consuma “con la realización de los actos que el sujeto lleva a cabo sobre el cuerpo de la víctima con fines libidinosos. No es necesario que el sujeto consiga la satisfacción lúbrica o deseo sexual que persiga”, pues el bien jurídico protegido es la autodeterminación sexual y no la satisfacción sexual. Luego de que este Tribunal ha deliberado, por unanimidad, se ha tomado en consideración lo expresado por el recurrente y por la Fiscalía, determinando que el procesado Franklin Stalin López Briones, no ha cumplido con lo establecido en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, ya que no ha señalado ni justificado cual de ellas es la que esgrime como violentados y que estas causales incurran en un error de derecho de la sentencia recurrida, en la fundamentación expresa que una de las violaciones se encuentran en el Art. 304 A del Código de Procedimiento Penal, es decir, que los juzgadores inferiores no han tenido la certeza para poder llegar establecer la responsabilidad del condenado, con lo que este Tribunal discrepa en virtud de que del análisis de la resolución de la sentencia atacada y de haber estudiado pormenorizadamente las actuaciones procesales, consta a fojas 12 del proceso, el reconocimiento médico legal practicado a la niña de 13 años víctima de esta agresión de carácter sexual, donde consta a la altura de la cabeza esquimosos, laceración en mucosa de labio superior, presencia de sangre coagulada, en el tórax tres escoriaciones de seis centímetros que demuestran la existencia de la violencia ejercida contra la niña. Que se refieren también en el informe médico legal a la altura del himen desgarros recientes, sangrantes de 4, 6 y 8 en la ubicación de las manecillas del reloj; que el médico legista llega a concluir que efectivamente existió la violación por la presencia del himen anular con desgarros recientes, sangrantes, lesiones extragenitales derivadas de un objeto contundente, duro y acción de objetos con filo, restos vegetales y pasto, pruebas que han sido introducidas legalmente en la audiencia de juzgamiento como efectivamente lo establece el Art. 250 del Código de Procedimiento Penal, constando donde además la edad de la víctima, 13 años; el testimonio del policía aprehensor con el que se demuestra que se detuvo al sentenciado en flagrancia, es decir, inmediatamente después de cometido el acto delictivo y sobre todo el testimonio de la víctima que señala como el autor de su agresión al procesado Franklin Stalin López Briones. En esta parte el Tribunal ha tomado la decisión, considerando la doctrina, que para este tipo de eventos delictivos de carácter sexual, no hay más testigos que la propia víctima, porque el cometimiento de la infracción se lo hace sin testigos, en la noche, en la clandestinidad, como ha ocurrido en este

caso, por ello, el testimonio rendido por la víctima es suficiente para arribar a una sentencia condenatoria, como lo expresa el tratadista español Manuel Miranda Estrampes, en su Obra La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal, Editorial Bosch, Pág. 184, expresando: ... “La convicción judicial, como fin de la prueba, no depende de un mayor o menor número de pruebas, en este caso de testigos, sino de la adecuación y fuerza de convicción de la prueba practicada, con independencia de su número. Por otro lado, se admite que dicho testigo único pueda ser la propia víctima o perjudicada por el delito”. Apreciación de carácter doctrinario que comparte este Tribunal, donde la versión de la víctima es suficiente para llegar a la sentencia condenatoria y así lo ha expresado en el testimonio rendido por ella, más allá de que el análisis expresado en la fundamentación del recurso de que tenía o no tenía un arma, no es suficiente para que el Tribunal pueda aceptarlo como tal, porque la sola presencia de un hombre adulto con fortaleza frente a una niña de 13 años, es suficiente para que se realice aquella intimidación y violencia, por lo que la apreciación de los actos de prueba que hemos señalado anteriormente, han sido analizados por los inferiores juzgadores a la luz de la sana crítica, como lo establece el Art. 86 del adjetivo penal, cumpliendo además en forma acertada, con lo dispuesto en los Arts. 250 y 252 *Ibidem*, ya que los actos con los cuales se comprueba la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado fueron practicados en el juicio, es decir, en la tercera etapa del proceso penal, obteniendo de ellos la certeza del delito tipificado en el Art. 512 del Código Penal, por cuanto ha existido violación, como lo refiere la doctrina: “la muerte en vida” o “la muerte suspendida”, encontrándose presente los elementos constitutivos del tipo, ya que el accionar ilegítimo del procesado, encaja perfectamente en el tipo por el cual se lo sentencia, pues la víctima es menor de 14 años y usó contra ella la violencia, amenaza e intimidación para lograr el acceso carnal, mediante la introducción del miembro viril, aprovechándose de la vulnerabilidad de la víctima, con tan solo 13 años de edad, por lo que la sentencia ha sido suficientemente motivada y no ha violado la Constitución, los instrumentos internacionales, la ley, ni ninguna norma procesal de las que fueron esgrimidas por el recurrente, por lo que, ninguna de sus alegaciones no encaja, en las causales del artículo 349 del adjetivo penal. Y que el tipo penal por el que ha sido condenado el señor López Briones, se ajusta perfectamente en los elementos constitutivos del tipo establecido en el Art. 512, es decir, que sea víctima menor de catorce años, donde se ha ejercido la violencia, la amenaza e intimidación que aparece de autos, pena establecida en el Art. 513 del Código Penal, por lo que las alegaciones como violatorias de la ley en la sentencia, no corresponden, ya que ésta ha sido debidamente motivada por el inferior y se ha tenido la certeza, como en efecto la tenemos los que integramos este Tribunal, en cuanto a que existe la materialidad de la infracción y culpabilidad del procesado, por lo que dicha sentencia se ajusta a lo que dispone la norma procesal penal y por ello, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, al tenor de lo dispuesto en el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, por no existir violación de la ley en la sentencia, este Tribunal por improcedente rechaza el Recurso de Casación planteado por el sentenciado Franklin Stalin López Briones.

nes. Devuélvase el proceso al tribunal de origen. Cúmplase y Notifíquese.

f.) Dr. Jorge M. Blum Carcelén, Msc., Juez Nacional Ponente.

Fdo.) Dres. Wilson Merino Sánchez, Zulema Pachacama Nieto, Jueces Nacionales.

**Certifico:**

f.) Dr. Honorato Jara Vicuña, Secretario Relator.

Asiento por tal que las nueve (9) copias que anteceden, son iguales a su original. Quito, 31 de julio de 2012. Certifico.

f.) Dra. Martha Villarroel Villegas, Secretaria Relatora (E).

---

**No. 314-2011**

**Ponente:** Dr. Jorge M. Blum Carcelén, Msc. (Art 141 del Código Orgánico de la Función Judicial).

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**

**SALA PENAL**

Quito, 11 de abril de 2012, las 10h30.

**VISTOS:** El sentenciado Dr. Rodrigo Rafael Paredes Carrera, interpone Recurso de Casación de la sentencia condenatoria expedida por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, confirmando la dictada, por el Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo de los Tsáchilas que le impone la pena de ocho días de prisión correccional, como autor del delito tipificado y sancionado en el Art. 472 del Código Penal. Aceptado al trámite y habiéndose cumplido con la audiencia oral, pública y contradictoria que establece el Art. 352 del Código de Procedimiento Penal, a la que concurrieron el impugnante representado por su defensor Dr. Jorge Andrade Lara, quien fundamentó el recurso, compareciendo además el señor Dr. Raúl Garcés en representación de la Fiscalía General del Estado, cumpliéndose con el trámite previsto para esta clase de recursos, al tenor de lo dispuesto en el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal y siendo el estado de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA:** El Consejo de la Judicatura de Transición, posesionó a las Juezas y Jueces Nacionales el 26 de enero de 2012. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión de 30 de enero de 2012, conformó sus ocho Salas Especializadas conforme dispone el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183. La Sala Especializada de lo Penal tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, y

186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, éste cuerpo legal en la Segunda Disposición Transitoria dispone que: “en todo lo relativo a la competencia, organización y funcionamiento de la Corte Nacional de Justicia, este Código entrará en vigencia a partir de la fecha en que se posesionen los nuevos jueces nacionales elegidos y nombrados de conformidad con lo establecido en la Constitución y este Código”, habiéndose mediante sorteo designado a este Tribunal y al juez ponente, de conformidad con los Arts. 185 de la Constitución de la República y 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, por lo que los suscritos, al tenor de las normas antes referidas y las del Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, luego del sorteo pertinente, somos competentes para conocer el recurso de casación penal planteado.- **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL:** Examinado el trámite del presente Recurso de Casación, no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna que pudiera invalidar o acarrear su nulidad, por cuanto fue presentado dentro del plazo establecido en el Art. 350 del Código de Procedimiento Penal, habiéndose celebrado la audiencia que trata el Art. 352 del Código de Procedimiento Penal, donde el recurrente fundamentó el recurso, habiendo también comparecido el delegado del señor Fiscal General del Estado, por lo que este Tribunal lo declara válido. **TERCERO.- ANTECEDENTES:** Héctor Melquiades Bazurto Vives, ha comparecido ante la Fiscalía de Santo Domingo de los Tsáchilas, presentando denuncia contra el Dr. Rodrigo Paredes Carrera, manifestando que ingresó al Hospital Gustavo Domínguez Zambrano el 19 de octubre del 2007, por emergencia, porque presentaba retención de líquidos, habiendo recibido atención médica oportuna hasta el 24 de octubre del 2007, que permaneció internado, fecha en la que ha solicitado el alta en vista de que el Dr. Paredes estaba en un congreso en Quito, que el doctor Paredes cuando estaba internado en dicho hospital le ha chequeado cuando pasaba visita a los enfermos; que después acudió junto con su esposa el 30 de octubre del 2007 al Hospital Gustavo Domínguez Zambrano, mediante consulta externa y sacaron un turno para el Urólogo Dr. Paredes, sugiriéndole éste que podía operarle en su negocio particular, y que dicha operación le constaría \$ 1.200 dólares, quedando de acuerdo en \$ 800, que le dio la dirección para que se vaya hacer un examen de CISTOMETRÍA, topándose con la sorpresa que aquel lugar era del doctor Paredes, que la enfermera le dijo que costaba \$ 80 dólares y luego de tanta insistencia le dejó en \$ 50. Que el día 12 de noviembre del 2007 a las 07h00 de la mañana acudió al Hospital y quedó ingresado en este centro para luego operarlo el 13 de mismo mes y año, a las 09h00. Que supuestamente procedió a operarle de la próstata, lo cual fue autorizado por su cónyuge la señora Blanca Alcívar, y no para que le estirpe los testículos; el doctor Paredes en forma arbitraria se tomó la atribución y procedió a extirparle los testículos, y los medicamentos que había solicitado para operarlo resultaron vanos y desperdiciados. Que la forma de actuar de este doctor, con gente inocente que busca paliar sus dolencias y coge personas incautas para obtener recursos económicos a su benéfico sin tomar en cuenta la pobreza de sus pacientes. Agrega el denunciante: “como es posible señor Fiscal que mercaderes de la vida proceden en forma arbitraria y lo que es más sin comprobar siquiera que esta operación debía hacerme, porque después de realizarme todos los exámenes de SOLCA de Guayaquil, se ha llegado a determinar que no tengo cáncer de próstata y que lo

único que tengo es inflamación de próstata”.- Agrega el denunciante, que en el Acta del Comité de Auditoría Médica efectuada en contra de este médico el Especialista Dr. Rodrigo Paredes, dice: que al revisar la historia clínica No. 232320 perteneciente al denunciante el Dr. Segura aclara que existen varias irregularidades como: El eco que se realizó al paciente no firma un médico radiólogo, En la hoja de protocolo como diagnostico preoperatorio consta CA:PROSTATICO, en la operación proyectada consta RTU +Orquiectomia Bilateral, no existe en la misma hoja ningún diagnostico Post- operatorio. Que la Dra. Fernández ha manifestado que si tenía la sospecha de que era cáncer de próstata, se debió haber confirmado su diagnostico con el examen Anatomopatológico, que es la Biopsia. Que el doctor Herrera ha manifestado: Si el Dr. Paredes indica que la sospecha es de cáncer de próstata se basa en tacto rectal o mediante determinación de antígeno prostático específico y se confirma con una biopsia, en la historia clínica no se encuentra completos ninguno de estos procedimientos. **CUARTO.- FUNDAMENTACION DEL RECURSO:** El recurrente Dr. Rodrigo Paredes Carrera, a través de su patrocinador Dr. Jorge Andrade Lara expresa: La sentencia impugnada es la dictada por el Tribunal Penal de Santo Domingo de los Tsáchilas y confirmada por la Corte de la misma ciudad, en la que se impuso a Rodrigo Paredes la pena de ocho días de prisión, considerando que está incurso en lo dispuesto en el Art. 472 del Código Penal que define las lesiones inintencionales, pues en este caso el doctor Paredes, urólogo, ha realizado una cirugía en el paciente Héctor Bazurto sin tomar las debidas precauciones y sobre todo porque lo autorizado por la familia Bazurto era la cirugía de próstata y lo que hizo el cirujano fue una extracción de los testículos, argumentando además el fallo que no hubo argumentación expresa para la segunda cirugía y que no había la suficiente precaución por parte del cirujano para ver si todo el equipo de urología funcionaba correctamente, ya que hubo un cable que es el que destruye la próstata y en el momento de realizar la cirugía no funcionó, por lo que el médico no hizo la operación de próstata sino la operación de los testículos, recalcando que hubo un voto salvado por parte del doctor William López en que se manifiesta un acuerdo con la condena, pero con la salvedad de que debería dejarse en suspenso la pena de conformidad con el Art. 82 del Código Penal. Manifiesta acto seguido el doctor Andrade que los argumentos para impugnar el fallo de la referencia se contraen por un lado al error de prohibición en la conducta del doctor Paredes, refiriéndose que su defendido tiene veintiocho años de experiencia, con una especialización en urología, con bastos conocimientos y con reconocimientos a nivel internacional se presumían capacidad, conocimientos y experiencia suficientes para saber lo que hacía, indicando que su representado no hizo la prostatectomía, sino la extirpación de los testículos, porque en el momento de estar en el quirófano y notar el mal funcionamiento del cable para la próstata, decidió hacerlo en otro momento, pero que era indispensable hacer la cirugía de los testículos porque éstos producen testosterona que es la hormona que alimenta las células cancerosas, y que al eliminar dicha hormona mediante la extracción de los testículos, baja la producción de células cancerosas y porque a juicio del doctor Paredes estas dos operaciones son casi juntas, la una disminuye la agresividad del cáncer y la otra elimina el foco cancerígeno. Para el doctor Paredes al no operar la próstata, por

falta de equipo, pero al realizar la operación de los testículos estaba cumpliendo su deber profesional, ejercitando su profesión y no estaba violando ninguna ley. Al respecto de lo manifestado que se ha discutido el hecho que hubo autorización por parte de la señora Blanca Alcívar para la operación de la próstata y no para la operación de los testículos y que existe un formulario de los hospitales con un espacio muy pequeño que dice “Autorización”, en el que se autoriza para la cirugía de próstata y nada más, pero que se entiende que al extender la autorización para esta clase de cirugía, también la tiene para la otra, que es parte de la primera para destruir la agresividad o vida de las células cancerosas, por lo que se sostiene que al haber autorizado la señora Blanca Alcívar, mujer del señor Bazurto, la operación de próstata no se necesitaba autorización expresa, sino que la ciencia le facultaba al cirujano hacer la operación necesaria de eliminación de los testículos. Pasa a referirse el doctor Andrade Lara el segundo aspecto por el cual se impugna la sentencia recurrida que se refiere a que el doctor Paredes es un cirujano, un urólogo de prestigio, que ha trabajado en Santo Domingo, que ha realizado miles de cirugías, que ha realizado estudios especializados, beneficiando a los pacientes del hospital en el que trabaja y en su consultorio profesional y que en general está aportando aspectos científicos valiosos a la sociedad y sin mancha en su vida, por lo que un hombre de esta calidad no merece ingresar a una cárcel, ni por ocho días, haciendo mención del Art. 82 del Código Penal que permite con el nombre de “condena de prisión condicional” cuando el delito no es reprimido con más de seis meses de prisión, en este caso es de ocho días a tres meses de prisión, por lo que tomando en cuenta la personalidad del procesado y las circunstancias, se pide subsidiariamente que de no aceptarse se absuelva al doctor Paredes, se le aplique la norma de la referencia dejándose en suspenso la condena de ocho días impuesta. **QUINTO.- OPINIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO:** El doctor Raúl Garcés Llerena, delegado de la Fiscalía General, quien señala: el recurso de casación es un recurso extraordinario contemplado en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal el que refiere y es procedente cuando en la sentencia se hubiere violado la ley por contravención expresa de su texto, indebida aplicación o errónea interpretación, es decir, que este recurso de refiere únicamente a la sentencia, más no a la prueba, que ya fue analizada por el juzgador de instancia, y además en este caso, es una sentencia de doble conforme, pues la Corte Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas confirma la sentencia dictada por el Tribunal. Dice además que el recurso tiene por objeto corregir los errores de derecho en que hubiera incurrido el juzgador de instancia y que justamente esta audiencia es para fundamentar los errores que ha cometido el juzgador de instancia al dictar la sentencia, pues la valoración de la prueba ya fue efectuada; afirma también el delegado de la Fiscalía, que no se ha fundamentado el recurso como manda el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, es decir, no se ha determinado cuál de las causas ha violado el juzgador en la sentencia. Pasa a referirse el señor fiscal que el abogado defensor ha indicado que el recurrente es un profesional en urología pero que se recuerda que conforme consta en la sentencia, la prueba y el testimonio rendido por el ofendido el mismo que manifestó que el doctor Paredes Herrera planificó la operación de la próstata y que al momento de efectuar la operación extirpa los dos testículos; que se ha argumentado por par-

te de la defensa que existía principios de cáncer, pero que al respecto consta también del proceso la certificación de SOLCA de Guayaquil de la que se desprende que el agraviado no tenía esa enfermedad; que aparece de la sentencia que el doctor Paredes trabajaba en el hospital de Santo Domingo de los Colorados pero que a pesar de eso, convocó al agraviado a su consultorio privado para proceder a efectuar la operación por su cuenta y riesgo. Dice el doctor Garcés que por lo expuesto la Fiscalía estima que en esta audiencia de casación el recurrente no ha fundamentado el recurso, conforme a las causales contenidas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, por lo que el recurso debe ser desechado. **REPLICA:** Se concede el derecho a la réplica al abogado defensor del recurrente, quien manifiesta: que el Art. 349 contempla los tres casos de violación de derecho y el último dice la equivocada interpretación jurídica que consiste en no considerar el error de prohibición como eximente de responsabilidad, lo cual está contenido expresamente en los Arts. 32 y 36 del Código Penal, recalando que esa es la equivocación de la Corte del fallo de primer nivel. **SEXTO.- ASPECTOS JURIDICOS: Normativa Constitucional; 6.1.-** La Constitución de la República, en el artículo 6, consagra que todas las ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución. El artículo 10 establece que las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, son titulares y gozan de los derechos garantizados en la Constitución y en los Instrumentos internacionales. El ejercicio de los derechos se regirá por los principios: de exigibilidad en forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; la igualdad y goce de los mismos derechos, deberes y obligaciones; aplicación directa e inmediata; no restricción de derechos y garantías; aplicación de la norma e interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia; inalienabilidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad, interdependencia e igual jerarquía; no exclusión de los derechos derivados de la dignidad de las personas, pueblos y nacionalidades; progresividad a través de normas, jurisprudencia y políticas públicas; respeto del Estado y hacer respetar los derechos, como lo establece el artículo 11. **6.2.- Art. 66.-** Se reconoce y garantizará a las personas:...3). El derecho a la integridad personal, que incluye: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual. b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad. La Supremacía Constitucional, consagrado en el artículo 425, coloca a la Constitución en la cúspide de la escala de valores a tener en cuenta por el Juzgador, en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, es deber de los Jueces velar porque los Derechos y Garantías de los sujetos procesales se cumplan, haciendo una interpretación interpartes de la Constitución; que no debe entenderse solo dirigida a cuidar los derechos y garantías de los justiciables; sino también, de las víctimas del delito conforme al artículo 78. **Normativa Sustantiva Penal; Art. 472 del Código Penal.-** Es reo de heridas o lesiones inintencionales el que las ha causado por falta de previsión o de precaución, y será reprimido con prisión de ocho días a tres meses y multa de seis a doce dólares de los Estados Unidos de Norte América, si el acto no estuviere más se-

veramente castigado como delito especial. **Normativa Adjetiva Penal;** Al tenor de lo dispuesto en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, el Recurso de Casación, es un medio impugnatorio, que tiene por objeto corregir los errores de derecho que pudiera incurrir el inferior en la sentencia, por lo que constituye un recurso extraordinario de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia, como lo señala el Art. 10 inciso segundo del Código Orgánico de la Función Judicial, sin que esté permitido a los juzgadores de Casación valorar la prueba actuada, que dio lugar a la sentencia que se impugna.- Cabe señalar, que los “errores de derecho”, son corregibles mediante casación y que debe limitarse a examinar si en el fallo impugnado se ha aplicado correctamente la ley, fundamentado en las causales que contiene el Art. 349 del adjetivo penal, cuando la sentencia recurrida ha violado la ley, por a) por contravenir expresamente a su texto; b) por haberse realizado una falsa aplicación de ella; y, c) por haberla interpretado erróneamente. Ya que la primera circunstancia implica contrariar su contenido y al hacerlo sería una violación directa.- La segunda, la falsa aplicación, puede darse aplicándola en un caso que no le corresponde.- La tercera, la interpretación errónea, podría dar lugar a ir más allá del contenido de la norma, contrariando su espíritu, su alcance, originándose un falso raciocinio. El profesor uruguayo Enrique E. Tarigo referente a la casación expresa: “Es un recurso extraordinario por cuanto él exige, para su interposición la alegación de causales específicas, preestablecidas por la ley por un lado, y, por otro, porque el Tribunal de casación no puede pronunciarse sobre la totalidad de la cuestión litigiosa, sino solamente sobre aquellos aspectos sobre los que versa el recurso” (Fundación de Cultura Universitaria, cuarta edición actualizada, Montevideo-Uruguay, noviembre de 2007, pp. 269-260). **SEPTIMO.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:** Conforme la normativa antes citada, el Recurso de Casación es extraordinario, cuya finalidad es analizar si en el texto de la sentencia existe o no violación de la ley, es un análisis de puro derecho y le está prohibido al Tribunal, examinar la prueba que sirvió de sustento al Tribunal inferior para emitir la resolución. En la audiencia de fundamentación el recurrente asegura que existe violación del Art. 472 del Código Penal, ya que el Tribunal que lo sentencia, calificó su accionar como lesiones inintencionales, siendo la actividad del casacionista derivada de un acto médico y que existe eximente de responsabilidad por error de prohibición, lo que no comparte este Tribunal de Casación, porque es sabido que la “consecuencia del acto médico”, produjo en el paciente Héctor Melquiades Bazarro Vives, lesiones de consideración al realizarle la extirpación de los testículos, lesionando un bien jurídico protegido como es la salud, cuando el acto médico que debía realizar el Dr. Rodrigo Rafael Paredes, era una cirugía programada para la extracción de la próstata, mediante laparoscopia y al no tener los cuidados y precaución debida no la pudo realizar, porque no funcionó el equipo de urología (Resectoscopio), provocándole lesiones irreparables, tanto más que los exámenes realizados en SOLCA (Sociedad de Lucha contra el Cáncer) determinaron que no padecía de cáncer de próstata, únicamente una inflamación de la misma, como consta detallado en la sentencia atacada, evidenciándose como una infracción culpable, que al tenor de lo dispuesto en el último inciso del Art. 14 del Código Penal, se presenta ... “cuando el acontecimiento pudiendo ser previsto pero no querido por el

agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de la ley, reglamentos u órdenes"... , cuyo fundamento es la "Teoría de la Previsibilidad", destacando la doctrina que impericia, lo constituye el actuar torpe y sin la aptitud que requiere la profesión; imprudencia, la falta de precauciones que ordinariamente se debe tener en la realización de este tipo de eventos médicos; negligencia, la desatención y cuidado; y la falta de aplicación de la técnica científica adecuada, como oportuna en el tratamiento de este tipo de padecimientos, que también se encuentra inserta en el actuar negligente e imprudente, todo ello ejecutado por el profesional médico, que lo subsumen, sin lugar a dudas en una conducta culposa, porque como especialista en urología no podía por ningún concepto realizar la extracción de los testículos, sin que previamente esté programada y aceptada por el paciente. Este Tribunal, tampoco puede aceptar el planteamiento del impugnante, respecto a que estaba autorizado para realizar la extirpación de los testículos, porque el consentimiento otorgado por el familiar del paciente, únicamente era para la cirugía de próstata y no se puede extender dicha autorización a la conveniencia del médico, que en este caso en particular no era necesario, ni técnicamente justificado, porque la ciencia no aconseja mantener la próstata y sacrificar los testículos, a pesar de que el paciente se encuentre en edad no reproductiva, con lo que el accionar médico se enmarca en un evento negligente de carácter culposo, por omisión de cuidado, que era necesario para evitar el resultado lesivo, provocado por la falta de previsión o precaución, lesiones inintencionales, que es el tipo penal que se ajusta a los hechos y fue escogido por los juzgadores, por lo que no existe violación del Art. 472 del sustantivo penal. Este Tribunal, coincide con lo expresado por el representante de la Fiscalía General del Estado, en el sentido de que el accionante, no justificó cual de las tres causales sustenta su alegación para reprochar la sentencia, ya que la simple enunciación de las mencionadas en el Art. 349 del adjetivo penal, no es sustento suficiente para considerar que exista error de derecho en el fallo que se examina y que el pedido de volver analizar la prueba, no corresponde al recurso de casación, porque el Tribunal inferior, lo ha hecho en forma adecuada, cumpliendo con las normas del debido proceso, sin que exista violación constitucional o procesal, como se lo enuncia en el considerando quinto de la sentencia examinada, donde se establece "...que la existencia material de la infracción se encuentra justificada con las historias clínicas adjuntadas al proceso y que han sido debidamente judicializadas, con el reconocimiento médico legal practicado por el legista Dr. Edgar Ramos Pilco, que constató la inexistencia de los testículos en la persona del ofendido Héctor Bazurto Vives, sino únicamente dos cicatrices y con la aceptación del imputado en cuanto a la realización de la extirpación de los testículos, afirmando que el paciente adolecía de cáncer de próstata, cuando posteriormente se constató que no adolecía de cáncer; y, la responsabilidad del procesado se determina de la prueba testimonial practicada en la audiencia de juzgamiento, estableciéndose que actuó en forma antiética, tratando de aprovecharse de una persona que había concurrido al Hospital en busca de atención médica, que pretendió lucrarse, sugiriendo que podía operarlo en su "negocio particular", indicándole primero un precio de \$ 1.200 y luego \$ 800 dólares, lo cual no se llevó a efecto por la falta de recursos económicos del paciente, insistiendo en ello, hasta que finalmente, ante los ruegos del ofendido, el 13 de noviembre de 2007 le practicó la

intervención quirúrgica extirpándole únicamente los testículos y no la próstata, aunque según la esposa del paciente, únicamente autorizó para que se le opere la próstata; luego de lo ocurrido le reclamaron al Dr. Paredes, inicialmente en su consultorio particular y posteriormente presentaron el reclamo en el Hospital Gustavo Domínguez Zambrano de la ciudad de Santo Domingo. De la auditoría médica practicada se determina que el procesado actuó en forma negligente e imprudente, por cuanto no se le realizó todos los exámenes para arribar al adecuado diagnóstico de cáncer de próstata, especialmente la biopsia, por lo que no cumplió con los procedimientos para determinar el diagnóstico preoperatorio de cáncer, actuando con desprecio al no haber conseguido operarlo en su consultorio particular y haberse lucrado con dicha intervención. El hecho de que no operó la próstata, por haberse descompuesto el Resectoscopio, lo prudente era que se suspenda la operación, cosa que no lo hizo, ocasionando un daño irreparable en el paciente"; con todo lo cual se evidencia la falta de precaución o previsión en el acto médico realizado por el sentenciado, quien debía esmerarse en sus deberes de cuidado, debiendo actuar con la diligencia indispensable para evitar que sus actos causen daño a la persona. Además, de lo analizado en la sentencia, se extrae que el casacionista, no cumplió con su deber profesional y luego de realizar la ponderación correspondiente, respecto de los hechos, de la personalidad del condenado, la naturaleza del delito, las circunstancias que lo rodean y el impacto sufrido por la víctima, este Tribunal considera que no puede acceder a la pretensión del Dr. Rodrigo Paredes, para que se deje en suspenso la pena impuesta, al tenor del Art. 82 del Código Penal, porque la misma es potestativa de los jueces y a nuestro criterio, el hecho tiene repercusiones en la víctima y en la sociedad, ya que además se atentó contra un derecho garantizado por la Constitución. Por lo expuesto, este Tribunal considera que no existe violación de la ley en la sentencia, en los términos que se indican en las causales del Art. 349 del adjetivo penal, por lo que **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA**, acorde a lo dispuesto en el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, estimando improcedente el recurso de casación planteado por el Dr. Rodrigo Paredes Carrera, se lo desecha, disponiendo que se remita el proceso al Tribunal de origen para la ejecución de la pena. Actuó en este proceso el Dr. Hermes Sarango, Secretario Relator. Notifíquese y devuélvase.

f.) Dr. Jorge M. Blum Carcelén, Msc., Juez Nacional Ponente,

Fdo.) Dres. Wilson Merino Sánchez, Paúl Iñiguez Ríos, Jueces Nacionales.

#### **Certifico:**

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

Asiento por tal que las seis (6) copias que anteceden, son iguales a su original. Quito, 31 de julio de 2012.

Certifico.

f.) Dra. Martha Villaruel Villegas, Secretaria Relatora (E).