



REGISTRO OFICIAL

ÓRGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

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

EDICIÓN ESPECIAL

Año II - Nº 166

**Quito, martes 16 de
septiembre del 2014**

Valor: US\$ 1.25 + IVA

**ING. HUGO ENRIQUE DEL POZO
BARREZUETA
DIRECTOR**

Quito: Avenida 12 de Octubre
N23-99 y Wilson

Edificio 12 de Octubre
Segundo Piso

Dirección: Telf. 2901 - 629
Oficinas centrales y ventas:
Telf. 2234 - 540

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 anual: US\$ 400 + IVA
para la ciudad de Quito
US\$ 450 + IVA para el resto del país
Impreso en Editora Nacional

40 páginas

www.registroficial.gob.ec

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

SUMARIO:

Págs.

FUNCIÓN JUDICIAL Y JUSTICIA INDÍGENA

RESOLUCIONES:

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA DE LO PENAL:

Recursos de casación en los juicios penales
seguidos en contra de las siguientes personas:

1008-2009	Nicolás Antonio Moncada Salazar	2
339-2010	Carlos Iván Vinueza Castillo y otra	6
563-2010	Ramiro Fabián Narváez Morales	10
87-2011	Sergio Enrique Narváez Suarez	13
128-2011	José Rafael Molina Álvarez	18
150-2011	Juan Carlos Rodríguez Villareal	22
209-2011	Wilson Alván Moscoso Calle	26
297-2011	Luis Alfredo Chulco Caiza	29
373-2011	Olger Jesús Carrera Carrera	33

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO:

218-2010	Autoridad Portuaria de Manta en contra del Servicio de Rentas Internas	36
----------	---	----

No. 1008-2009 MAV

DELITO: Violación.

IMPUTADO: Nicolás Antonio Moncada Salazar.

OFENDIDA: Anastacio Yagual Petra Elizabeth.

JUEZ PONENTE: Doctor Wilson Merino Sánchez.
(Artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial).

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL**

Quito, 30 de Julio del 2012.

VISTOS: Avocamos conocimiento, en calidad de Jueces de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia y como miembros del Tribunal sorteado conforme obra de las razones actuariales, para el discernimiento y resolución del Recurso de casación, interpuesto por El Ab. Julio Alejandro Aguayo Urgiles, Agente Fiscal Primero de la Unidad de Delitos Flagrantes PJ-G, ante la sentencia ABSOLUTORIA, a consecuencia del delito de violación, dictada por el QUINTO TRIBUNAL PENAL DEL GUAYAS, fechada viernes 03 de Abril del 2009, a las 14:30 en la que deja sin efecto las medidas cautelares y se ordena la inmediata libertad en favor del ciudadano NICOLAS ANTONIO MONCADA SALAZAR, refutando la decisión de dicho Tribunal y solicitando se dicte sentencia condenatoria por le delito sexual previsto en el artículo 512, número 1 y reprimido en los artículos 513 y 515, del Código Penal. Concluido el trámite y siendo el estado de la causa el de resolver, este Alto Tribunal considera lo siguiente.- **PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** Este Tribunal de 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. Este 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...”* **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** El Recurso interpuesto, se ha tramitado con arreglo a la normativa aplicable, sin que haya sido, tampoco, impugnada la competencia de los Jueces que integramos el Tribunal. Por tanto, es válido.- **TERCERO: ANTECEDENTES.-** De la denuncia presentada por Anastacio Yagual Petra Elizabeth, madre y curadora de la menor agraviada, la niña M. I. M. A. (Se omite el nombre de la ofendida)¹ donde detalló sobre el abuso sexual del cual fue víctima, agresión cometida por su padrastro y agresor, quien responde a los nombres de Nicolás Antonio Moncada Salazar, señalando la denunciante que el día 17 de Octubre

del 2008, a eso de las 20H40, al llegar a su domicilio ubicado en las calles Alianza 826 y la 17 de la ciudad de Guayaquil, encontró a su hija de 12 años de edad subiéndose el short, ya que lo tenía abajo, mientras que su conviviente se subía su pantaloneta, de inmediato pregunto a su hija sobre lo sucedido, la misma que responde con lagrimas entre sus ojos que fue víctima de violación por parte su padrastro, quien aprovechando de la circunstancia quito violentamente su short y su ropa interior y tapándole la boca para posterior violarla, al escuchar dicha versión la madre y denunciante salió a buscar ayuda llegando al lugar de los hechos, la Policía, siendo inmediatamente aprehendido agresor y trasladándolo hasta las dependencias de la Policía Judicial del Guayas, la menor fue examinada ginecológicamente por un médico Legista el cual determina que hubo una agresión sexual, que luego es comprobada a través del informe pericial en el que estableció científicamente la existencia espermatozoides en el canal vaginal de la víctima. En estas circunstancias y por cuanto se trata de un delito de acción pública, la Fiscalía General del Estado solicita se llame a juicio, el Juez Vigésimo Cuarto de lo Penal del Guayas dicta Auto de llamamiento a Juicio, el día 22 de Enero del 2009 a las 12:17, al ciudadano Nicolás Antonio Moncada Salazar, como presunto autor del delito tipificado y reprimido en los artículos 513 y 515 del Código Penal, en transcurso legal y respetando el debido proceso, la Sala Especializada de lo Penal Colusorio y Transito del Guayas, confirma en todas sus partes el Auto de la referencia; continuando con el trámite legal, es de

(ESEV), considerando que las sentencias de casación son de reproducción pública en la Gaceta Judicial. Por lo que de conformidad al artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador que señala: “Art. 44.- 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”; “Código de la Niñez y Adolescencia: artículo 1. Finalidad Este Código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad. Para este efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral; artículo 50 Derecho a la integridad personal.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se respete su integridad personal, física, psicológica, cultural, afectiva y sexual. No podrán ser sometidos a torturas, tratos crueles y degradantes. Artículo 52.- Prohibiciones relacionadas con el derecho a la dignidad e imagen. Se prohíbe (...) 3. La publicación o exhibición de noticias, reportajes, crónicas, historias de vida o cualquiera otra expresión periodística con imagen o nombres propios de niños, niñas o adolescentes que han sido víctimas de maltrato o abuso; 4. La publicación o exhibición de imágenes y grabaciones o referencias escritas que permitan la identificación o individualización de un niño, niña o adolescente que ha sido víctima de maltrato, abuso sexual o infracción penal, y cualquier otra referencia al entorno en el que se desarrollan; artículo 53.- Sin perjuicio de la natural vigilancia de los padres y maestros, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se respete la intimidad de su vida privada y familiar; y la privacidad e inviolabilidad de su domicilio, correspondencia y comunicaciones telefónicas y electrónicas, de conformidad con la ley.

¹ Se omite el nombre de la ofendida en la presente sentencia, a fin de evitar su exposición pública y que perjudiquen a desarrollo personal, social e integral; quien en adelante será identificada con las iniciales de sus nombres y apellidos

suma importancia enfatizar que se ha respetando el debido proceso y los derechos de los sujetos procesales. Luego del juicio el Tribunal Penal, encuentra dicta sentencia absolutoria en favor del procesado, aduciendo falta de pruebas suficientes, además deja sin efecto las medidas cautelares y ordena su inmediata libertad. La Fiscalía interpone el recurso de casación ante el Quinto Tribunal de Garantías Penales del Guayas de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 350 del Código Penal. El recurso en mención llega a conocimiento de este Alto Tribunal, luego del sorteo por Ley exigido y realizado el martes 07 de julio del 2009.-

CUARTO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.- El recurrente, Ab. Julio Alejandro Aguayo Urgiles, Agente Fiscal Primero de la Unidad de Delitos Flagrantes PJ-G, manifiesta su inconformidad legal con la sentencia absolutoria, por considerar que en ella se han violado los artículos 76 numerales 1, 3, y 7 literales a y b, de la Constitución de la República; artículo 79 del Código de Procedimiento Penal; por cuanto los testimonios rendidos por los peritos y la respectiva prueba documental, las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción fiscal alcanzaron el valor de prueba legal, que acreditaron tanto la materialidad de la infracción, así como la responsabilidad del acusado; el artículo 88 del Código de Procedimiento Penal, ya que en la infracción se encuentra comprobada conforme a derecho; la presunción se funda en hechos reales y probados, más nunca en presunciones; y, artículo 250 del Código de Procedimiento Penal, asegurando que el Tribunal Quinto al momento de dictar la sentencia recurrida ha violado la ley, debido que ha interpretado erróneamente la norma debido a que se ha comprobado conforme a derecho la existencia del delito de violación que sufrió la menor por parte del padrastro, en versión que rinde la víctima detalla de manera prolija en abuso sexual que fue objeto. **QUINTO: DICTAMEN FISCAL.-** El Doctor Alfredo Alvear Enríquez, Director Nacional de Asesoría Jurídica y Subrogante del Fiscal General del Estado, al emitir su dictamen expresa, en síntesis, que de la casación de la sentencia, se advierte: 5.1 Respecto a la presentación del recurso de casación, en lo que respecta la existencia del delito y de la culpabilidad del acusado se obtendrá de las pruebas de cargo y descargo que aporten los sujetos procesales en la etapa de juicio. 5.2 En la audiencia privada del juicio cambian la versión antes dicha tanto la madre (Petra Elizabeth Anastacio Yagual), la abuela materna (María Felicia Yagual Lindao) y la propia ofendida (Melany Ingrid Moncada Anastacio) exponiendo que las versiones rendidas en la fase de Investigación, fueron resultado de una confusión, quien tubo relaciones sexuales con la ofendida fue un tal “Jean Carlo Acuña” supuesto enamorado de la víctima quienes aseguran que fueron sorprendidos por el procesado manteniendo relaciones sexuales y por tal motivo éste le llamó la atención 5.3 Es evidente que la intención de la madre y abuela de la víctima, y de la propia agraviada, al decir que esta mantuvo relaciones sexuales con su enamorado es la de encubrir al verdadero responsable del delito de violación cuando en la etapa de investigación identificaron al acusado Nicolás Antonio Moncada Salazar como la persona que agredió sexualmente a la menor. 5.4 Es elemental importancia, observar la declaración rendida por el médico legista quien al ser interrogado en la audiencia privada de juicio por el Fiscal, asegura que existen signos de agresión sexual en la víctima presentando en ella una laceración de cinco milímetros de extensión siendo evidente que la

supuesta relación sexual de ninguna forma fue de mutuo consentimiento 5.5 La existencia jurídica del delito de violación, se da cuando se ejercita la violencia, amenaza o intimidación en una menor de catorce años tal como se presenta en este caso, en el que resalta el informe ginecológico a la menor, señalando que la relación sexual realizada el 17 de Octubre del 2008 no fue producto de un consentimiento mutuo en lo contrario existió fuerza y ganas de causar daño y el deseo carnal que tenía el acusado ante su víctima. 5.6 Al momento de la aprehensión a (Nicolás Antonio Moncada Salazar) en delito flagrante los familiares de la víctima al describir los detalles del suceso lo acusaban como autor del delito tal como consta en la denuncia presentada el 17 de Octubre del 2008 como también en la versión de la víctima acusando a su padrastro de causante del delito. 5.7 Se han violado normas que regulan la prueba, como la errónea declaración de los hechos tal como consta en los artículos 123 y 140 del Código de Procedimiento Penal existiendo una incorrecta calificación jurídica de los mismos, la falsa aplicación de los artículos 340-A y 311 ibídem, siendo por demás evidente que el juzgador trasgredió la ley en la sentencia al realizar una errónea interpretación y una indebida aplicación de las normas. Razón por la cual El Ab. Julio Alejandro Aguayo Urgiles, Agente Fiscal del Guayas solicita ante la Sala case la sentencia y en su lugar pronuncie otra en la que declare al acusado Nicolás Antonio Moncada Salazar, autor responsable del delito de violación en la circunstancia 1° del artículo 512 del Código Penal con la agravante que la pena a imponerse deberá contemplar además lo previsto en el artículo 515 ibídem.- **SEXTO: MARCO JURÍDICO:** **6.1.** Es pertinente establecer el marco jurídico, jurisprudencial y doctrinario para luego analizar el fondo del cuestionamiento a la sentencia casada: **6.1.1.-** La Constitución de la República, en el artículo 66, numeral 3, literal a) establece: “Se reconoce y garantiza a las personas: ...El derecho la integridad personal, que incluye: La integridad física, psíquica, moral y sexual”. **6.1.2.-** La misma Norma constitucional en el literal b) del numeral y artículo antes citado expresa: “Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida en contra de las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomaran contra la violencia, la esclavitud y la explotación” (La negrita y el subrayado me pertenecen). **6.1.3.-** La Supremacía Constitucional, consagrado en el artículo 425, coloca a la Carta Magna en la cúspide de la escala de valores a tener en cuenta por el Juzgador, en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, los Jueces tienen el deber de 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 a lo establecido en el artículo 78; pues, solo así se garantiza el equilibrio que hace posible el Principio de Universalidad, consagrado en el numeral 2 del artículo 11 ibídem. **6.1.4.-** El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y debe hacer efectivos los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad, economía procesal, así como, la aplicación de las garantías del debido proceso, sin sacrificar

la justicia por la omisión de meras formalidades², principios desarrollados en el Código Orgánico de la Función Judicial, que enfatiza el principio de celeridad³ esto es, que la Administración de Justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación, como en la resolución de la causa y en la ejecución de lo decidido. **6.2.- NORMATIVA** tramitación, como en la resolución de la causa y en la **SUSTANTIVA**. **6.2.1** El Código Penal ecuatoriano, en su artículo 512 establece: "...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 objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo, en los casos siguientes: 1.- Cuando la víctima fuera menor de catorce años.- Cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuanto por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiese resistirse; y, 3.- Cuando se usare la violencia, amenaza o intimidación...". **6.3.- NORMATIVA SOBRE CASACIÓN PENAL.** 6.3.1 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 del control de legalidad en los fallos de instancia de acuerdo a lo establecido en el artículo 10, inciso segundo, del Código Orgánico de la Función Judicial. **6.4.- NORMATIVA INTERNACIONAL.** 6.4.1. Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.- Al respecto es menester referir a algunas disposiciones de esta Convención: *Artículo 4. Derecho a la Vida.- 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.* *Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal.- 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.* *Artículo 8.- Garantías Judiciales.- 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no*

según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí misma ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el Tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, ni a declararse culpable; y, h) derecho de recurrir del fallo ante Juez o Tribunal superior. 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.- 6.4.2. Declaración Universal de los Derechos Humanos.- artículo 1.- Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. Artículo 3.- Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. Artículo 8.- Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley. **SÉPTIMO: ANÁLISIS DE ESTE TRIBUNAL.** 7.1.- El recurso de casación es un recurso extraordinario y formal, que permite controlar si un Tribunal Inferior ha violado la Ley; y, si dicha violación ha causado gravamen al recurrente. Como recurso es extraordinario, por cuanto tiene causales especiales para interponerse, y que, en nuestra legislación, se encuentran expresadas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, que expresa: "El Recurso de Casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación. No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba." 7.2.- Ahora, hay que desentrañar el significado que tiene cada una de las causales que el Código de Procedimiento Penal para poder interponer el recurso de casación, de lo que tenemos: a) Contravenir expresamente a su texto; es decir, violar la ley por hacer lo que esta no dispone; b) Hacer una falsa aplicación de la ley: se puede dar cuando la constancia fáctica del presupuesto delictivo se ajusta a otra realidad y se le aplica una norma que no le corresponde, por ejemplo, hacer una errónea tipificación; c) Interpretar erróneamente la Ley: es decir, ir más allá de su espíritu, de su alcance, de su contenido. 7.3.- Por medio de la casación, se trata de rectificar la violación de la ley en que ha incurrido el Inferior en la sentencia; no es susceptible de un nuevo estudio del proceso, ni una nueva valoración de las pruebas. Al ser así, Ricardo C. Núñez, expresa: "El de casación es un recurso extraordinario porque no implica la posibilidad del examen y resolución "ex novo" de la cuestión justificable, en todos sus aspectos de hecho y de derecho, sino, únicamente, el examen y resoluciones por éste de la aplicación de la ley procesal o sustantiva hecha, en el caso, por el tribunal "a quo". De manera que, este recurso no faculta al Juzgador realizar un nuevo examen de la prueba actuada dentro del proceso, y tiene como objetivo corregir y enmendar los errores de derecho que vicien la sentencia judicial, por uno de los motivos consignados en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal. La discordancia entre la verdad fáctica y su reconstrucción contenida en la sentencia, no

² Artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador.

³ Artículo 20 del Código Orgánico de la Función Judicial.

pueden abrir nunca la vía de la casación”. El Tratadista Fabio Calderón Botero, en su obra *Casación y Revisión* en materia penal, manifiesta: “es un juicio técnico jurídico, de puro derecho sobre la legalidad de la sentencia, también conocido por la doctrina como error in iudicando...”, el Dr. Orlando A. Rodríguez en su libro *Casación y Revisión Penal* manifiesta; La proposición jurídica es una carga procesal para el impugnante, que debe identificar y demostrar un error judicial atribuido al orden judicial sentenciador de instancia, y a partir de la causal legal construir un argumento de sustentación para que el Tribunal o la Corte de Casación ejerza el Control Constitucional y legal de la sentencia impugnada 7.4.-En el caso que nos ocupa, este Tribunal encuentra que el Quinto Tribunal de Garantías Penales del Guayas, ha violado el Art. 309, numerales dos y tres, del Código de Procedimiento Penal, por cuanto no se observa las pruebas que demuestran la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado. La denuncia formulada por Petra Elizabeth Anastasio Yagual en la cual tenemos una madre que afirma que al llegar a su domicilio encontró llorando a su hija, subiéndose su short y su padastro subiéndose la pantalonera. El hecho de que un adulto se encuentre desnudo con una menor de edad y al ser sorprendido se vista de manera apresurada, denota por sí un comportamiento anormal, añadiendo a esto la versión de la madre y de la menor, así como lo observado por el agente aprehensor y fundamentalmente por el reconocimiento médico ginecológico realizado por un médico legista, y el informe de criminalística. Todas estas pruebas fueron producidas en el juicio ante el Tribunal de Garantías Penales del Guayas tal como establece el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal, elementos suficientes que permiten determinar la existencia del delito y la responsabilidad del procesado. 7.5.- Es criterio de este Alto Tribunal, que se ha violado la ley y que existe errónea aplicación del artículo innumerado, colocado a continuación del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, pues no se valoró de manera objetiva los actos procesales practicados por la fiscalía, lo cual es atentatorio al debido proceso y a la seguridad jurídica. 7.6. En este caso, a más de que la violación es un delito por el cual el bien jurídico protegido es la libertad sexual, esto es, la capacidad que tiene la persona para decidir con quién mantiene relaciones sexuales en forma voluntaria, y alcanzar su aptitud reproductiva, resulta más grave el hecho de que la víctima en este caso era una niña, ya que al momento de la comisión de la infracción tenía doce años, de tal manera que la relación sexual antes del inicio de esta aptitud es prohibida, porque perturba e influye negativamente en el desarrollo de la sexualidad de la niña; debiendo añadirse que existen agravantes como el hecho de que el sujeto activo aprovechó la vulnerabilidad extrema de la menor perturbando su normal desarrollo biosicológico, de modo que su conducta no solo vulnera su seguridad sexual, también lesiona su integridad moral, al obligarla a soportar actos de naturaleza sexual que no los desea y, como se dijo antes el orden sexual persigue una finalidad que consiste en garantizar y proteger la formación de la familia para que esta pueda a su vez cumplir con los fines dentro de una organización social. 7.7.- Los derechos sexuales requieren un enfoque individualizado, basado en la demostración de madurez y en consideración de las circunstancias particulares de la niña, niño o adolescente en específico, tales como su nivel de comprensión, actividades, salud

física o estado mental, las relaciones con sus padres y con todas las personas involucradas circunstancias que comprenden la amenaza, violencia o intimidación, o poder sobre la víctima; esto es que el agresor esté en posición de poder o control sobre la víctima, que no solo puede darse por la edad o supremacía del desarrollo mental, sino por su carácter, por su posición corporal llegando a darse un abuso sexual por el abuso de poder. En este caso se trata del abuso sexual es una niña de 12 años, edad en la que se debe considerar su asimetría, que en realidad esta determina muchas otras, tales como: asimetría anatómica, asimetría en el desarrollo y especificación del deseo sexual (que no se especifica ni se consolida hasta la adolescencia), asimetría de afectos sexuales (el fenómeno de la atracción en prepúberes tiene menos connotaciones sexuales), asimetría en las habilidades sociales, asimetría en la experiencia sexual; por todo ello, el caso recae en una coerción, perfeccionándose el delito de estupro, con la participación directa del sentenciado. 7.8.-El maltrato psicológico no requiere la presencia de daños físicos; con sólo presenciar la violencia en la familia o experimentar abandono, rechazo o explotación, se considera que el niño ha estado expuesto a comportamientos que constituyen abuso o maltrato psicológico⁴. La mayoría de los expertos coinciden en que el maltrato psicológico debe involucrar un patrón de comportamiento destructivo por parte de un adulto, no un incidente aislado, lo cual nos demuestra el caso de la referencia en el cual existe fehacientemente la niña de 12 años abusada sexualmente, comprobado a través de exámenes periciales y pruebas científicas. Según lo explicado por el doctor Garbarino, existen varias categorías de comportamientos que constituyen maltrato psicológico: rechazar, aislar, aterrorizar, ignorar y este tipo de abuso puede resultar muy difícil de reconocer y a menudo puede confundirse con perturbaciones emocionales o psicológica del niño. Sin embargo, existen algunos elementos que ayudan a distinguir entre las perturbaciones que el niño puede padecer por otros motivos y las ocasionadas por el maltrato psicológico. Los padres de niños perturbados típicamente reconocen el problema y buscan ayuda para resolverlo; en cambio, los padres que abusan psicológicamente de los niños a menudo se presentan despreocupados y culpan a los niños del problema. Las consecuencias y las huellas que el maltrato emocional deja en el psiquismo del niño, se constituyen en un obstáculo que inhibe, coarta, limita y, en casos extremos, paraliza completamente su desarrollo. Aun cuando no se llegue a tales extremos, aquellos gestos que implican una falta de reconocimiento para el niño o su humillación en cualquier forma, suponen una gran dosis de sufrimiento, difícil de medir o de cuantificar, pero que indudablemente producen efectos que truncan sus posibilidades de alcanzar un desarrollo pleno. El abuso sexual que ocurre entre un niño y un adulto, que en un caso atípico es el padre, cuidador o responsable del niño/a. Típicamente involucra la explotación sexual del niño/a o sirve para gratificar o estimular sexualmente al adulto. El abuso sexual abarca un amplio rango de comportamientos que pueden incluir o no los contactos de naturaleza sexual. Los actos que no involucran dicho contacto, incluyen: los comentarios de

⁴ Hobbs, Christopher J., Helga Hanks and Jane M. Wynne, 1999, *Child Abuse and Neglect: A Clinical's Handbook*, 2d ed. New York: Churchill Livingstone, citado por Perry et.al, 2002:197-201.

índole sexual, el exhibicionismo y la masturbación, el voyeurismo y la exposición a material pornográfico. Los actos de contacto, en cambio, incluyen: el contacto sexual, la penetración digital o con objetos y el intercambio sexual. Los abusos sexuales ocurren preponderantemente al interior de la familia en todos los grupos étnicos y clases sociales. La mayoría de las definiciones de abuso sexual infantil establecen dos criterios básicos para identificar el abuso: a) la coerción, dado que el agresor utiliza la situación de poder que tiene para interactuar sexualmente con el menor y, b) la asimetría de edad, ya que el agresor debe ser significativamente mayor que la víctima, aunque no necesariamente mayor de edad. La asimetría de edad determina otras también presentes: la asimetría anatómica; la asimetría en el desarrollo y especificación del deseo sexual (que no se especifica ni se consolida hasta la adolescencia); la asimetría de afectos sexuales (el fenómeno de la atracción en pre púberes tiene menos connotaciones sexuales); la asimetría en las habilidades sociales y la asimetría en la experiencia sexual. Por todo ello, ante una diferencia significativa de edad, no se garantiza la verdadera libertad de decisión, lo que configura el factor de coerción siempre presente en esta clase de abuso. Debe tomarse en cuenta que el componente sexual de esta forma de maltrato hace que tanto su detección, como la revelación e incluso la persecución de este tipo de delitos, sean mucho más difíciles dado que aluden a aspectos íntimos de las personas sobre los que suele prevalecer la reserva, al tiempo que subsisten numerosos mitos y creencias. Un conjunto de falsas creencias que subsisten en torno a los abusos sexuales a pesar de que numerosos estudios han demostrado lo contrario, son: a) que sólo los sufren las niñas; b) que hoy en día se dan más casos que en el pasado; c) que quienes los cometen son enfermos psiquiátricos; d) que no se dan en todos los sectores sociales; e) que los niños no dicen la verdad; f) que los niños pueden evitar los abusos⁵.

OCTAVO: DECISIÓN DE ESTE TRIBUNAL. Por lo expuesto, y habiéndose justificado conforme a derecho tanto la existencia material del delito como la responsabilidad del procesado, este Tribunal de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, **“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”**, de conformidad con el artículo 358, declara que el recurso de casación interpuesto por El Ab. Julio Alejandro Aguayo Urgiles, Agente Fiscal Primero de la Unidad de Delitos Flagrantes PJ-G es PROCEDENTE, de esta manera y enmendando la violación de la ley existente en la sentencia recurrida, este Tribunal CASA la mencionada sentencia, declarando la culpabilidad a NICOLAS ANTONIO MONCADA SALAZAR, cuyos generales obran del expediente, a quien se lo condena como AUTOR del delito tipificado en el artículo 512, numerales 1 y 3 del Código Penal ecuatoriano y reprimido por el artículo 513, ídem, con la agravante determinada en el inciso segundo del artículo 515, íbidem., razón por la cual este Tribunal impone la pena de VEINTE AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ESPECIAL. Para el efecto gírese

las correspondientes boletas de encarcelamiento y remítaselas, mediante oficio, al señor Comandante General de la Policía y al señor Director de la Policía Judicial del Ecuador, para que procedan a la localización y captura del sentenciado. Devuélvase el proceso al inferior, para la ejecución de la sentencia.- Actúe en la presente causa la Dra. Martha Villarroel, Secretaria Relatora, encargada.- Hágase, saber, cúmplase y notifíquese.

Fdo.) Dres. Wilson Merino Sánchez, Juez Nacional Ponente, Jorge M. Blum Carcelén, Paul Iñiguez Ríos, Jueces Nacionales de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia. Certifico.- f.) Dra. Martha Villarroel Villegas, Secretaria Relatora (E).

Particular que pongo en su conocimiento para los fines de Ley.

CERTIFICO: Que las ocho (8) copias que anteceden son iguales a su original.- Quito, 3 de octubre del 2012. Certifico:

f.) Dra. Sara Jiménez Murillo, Secretaria Relatora (E).

No. 339-2010 MAV

DELITO:	Transporte Ilegal de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.
IMPUTADA:	Ramírez Álava Matilde Hermencia; Vinueza Castillo Carlos Iván.
OFENDIDO:	Estado Ecuatoriano.
JUEZ PONENTE	Dr. Wilson Merino Sánchez.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA DE LO PENAL

Quito, 30 Julio del 2012; a las 08h10.

VISTOS: 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 de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 183, del Código Orgánico de la Función Judicial. 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, este cuerpo legal en la Segunda Disposición

⁵ Hobbs, Christopher J., Helga Hanks and Jane M. Wynne, 1999, Child Abuse and Neglect: A Clinical's Handbook, 2d ed. New York: Churchill Livingstone, citado por Perry et.al, 2002:197-201.

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...”. Por lo expuesto, En calidad de Jueces de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia y como miembros del Tribunal sorteado conforme obra de las razones actuariales, para el conocimiento y resolución del recurso de casación, interpuesto por Carlos Iván Vinuesa Castillo y Matilde Hermencia Ramírez Álava, por ser su derecho, de conformidad con el artículo 76.7.m de la Constitución, el de recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos, al no estar conforme con lo resuelto por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Chimborazo, en sentencia de fecha 15 de abril del año 2010, a las 15:47, en la cual se lo declara culpable del delito prescrito y sancionado en el artículo 61 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, imponiéndole la pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria, esto a consideración de la concurrencia de las atenuantes de los numerales 6 y 7 del artículo 29 del Código Penal. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** Este Alto Tribunal, de la Sala Especializada Penal, es competente para conocer y resolver los recursos de casación y revisión, conforme lo dispone los artículos 184 numeral 1 y 76 numeral 7 literal k, de la Constitución de la República del Ecuador; en relación directa con los artículos 184 y 186.1, del Código Orgánico de la Función Judicial; y, el artículo 349 Código de Procedimiento Penal.- **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** El recurso de casación ha sido tramitado conforme las normas procesales de los artículos 352 y 354 del Código de Procedimiento Penal, vigente al 23 de marzo del 2009; asimismo se ha aplicado lo que dispone el artículo 76.3, de la Constitución de la República del Ecuador, por lo que se declara su validez.- **TERCERO.- ANTECEDENTES.-** Mediante parte policial se hace conocer de la detención de los ciudadanos Carlos Iván Vinuesa Castillo y Matilde Hermencia Ramírez Álava, el 23 de septiembre del año 2009, a las 17:00, en circunstancia, en que los citados ciudadanos se han encontrado en el interior de un vehículo de placas PXU-032, por el sector de San Andrés, en el control integrado del GOE, en donde al percatarse que iban a ser registrados, han intentado evadir dicho operativo policial, siendo alcanzados a unos dos kilómetros de ese lugar, encontrando en el vehículo, en la parte intermedia del tablero dos paquetes con una sustancia blanca, la misma que luego del análisis de campo a dado positivo para base de cocaína, con un peso de trescientos gramos el primero y trescientos cincuenta el segundo. Llevada a efecto la audiencia preparatoria de juicio el señor Fiscal acusa al señor Carlos Vinuesa y a la señora Matilde Ramírez, por considerar que su conducta se adecúa a lo tipificado en el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, y pide se dicte auto de llamamiento a Juicio en contra de los procesados, el cual una vez ejecutoriado, luego del sorteo de ley, es remitido al Primer Tribunal de lo Penal del Chimborazo, para la tramitación de la etapa de juicio, en la cual, se sentenció al recurrente a lo pena de doce años de reclusión mayor extraordinaria y a la recurrente, le confirma el estado de inocencia, sentencia que es modificada por la Sala de lo

penal de la Corte Provincial de Justicia del Chimborazo, a ocho años de reclusión mayor ordinaria a cada uno de ellos, por encontrarlos responsables del delito acusado, siendo esta la sentencia y la pena recurrida por los procesados.- **CUARTO.- ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO. 4.1 DE LOS RECURRENTES, MATILDE HERMENCIA RAMÍREZ y CARLOS IVÁN VINUEZA CASTILLO:** En la audiencia oral, pública y contradictoria fundamentan el recurso de casación, por ellos interpuesto y sostenido por su abogado defensor el señor doctor Jorge Eduardo Mancero Gómez, manifestando que: “Que el día 24 de febrero del 2010, en la audiencia pública llevada a efecto en la ciudad de Riobamba, en el Tribunal Primero de Garantías Penales, después de un exhaustivo análisis de las pruebas presentadas tanto por la fiscalía, como por la defensa, el Tribunal mencionado emite su resolución en la cual ratifica la inocencia de la señora Matilde Hermencia Ramírez Álava y confirman la responsabilidad del señor Carlos Iván Vinuesa, al cual le impone en primer lugar, el Tribunal de Garantías Penales, la pena de doce años de reclusión mayor, la misma que ha sido elevada a consulta al superior y conocida por la Sala de Conjuces del Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, quienes luego de las exposiciones respectivas, manifiestan que si bien es cierto que se ha comprobado la materialidad de la infracción, no se ha demostrado la conciencia y la voluntad de parte del sentenciado Carlos Iván Vinuesa Castillo, y juzgan de la misma manera a la señora Matilde Ramírez sin motivación alguna, es decir, revocaron la inocencia que dictó el Tribunal y sin basarse en el testimonio de una de las personas que indico, “no se le encontró ninguna sustancia ilícita a la señora Matilde Ramírez”, sin tomar en cuenta las atenuantes que los señores tenían en calidad de taxista amigo, el señor Vinuesa, el cual le ofreció traerla para que vaya traer su negocio, aproximadamente de 5 a 6 horas de Santo Domingo a Riobamba, no estuvieron portando arma alguna, no conocía el conductor, ni la pareja de la sustancia que se le entregó a manera de encomienda en Santo Domingo. Que se ha recurrido, por no haberse considerado las atenuantes, tanto trascendental conforme al artículo 86 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, así como lo que manifiesta el Código Penal y de Procedimiento Penal. Que este proceso se les siguió a los señores por presuntamente haber infringido el artículo 61 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Solicitando se tome en cuenta la última parte de mencionado artículo, además de esta que nunca fue considerada a favor del señor Carlos Vinuesa, no se aplicó el artículo 86, en cuanto a las atenuantes trascendentales. Solicita que en base a la justicia, al principio de legalidad, proporcionalidad, igualdad jurídica, la Sala case la sentencia y se le aplique a su defendido la pena atenuada de cuatro años; y, que en relación a la imputada Matilde Ramírez Álava, a quien jamás se le encontró ningún nexo causal del delito punible y la conducta típica, no encontrándose jamás nada, ni en su cuerpo ni pertenencias, solicita se confirme su estado de inocencia”. **QUINTO.- ARGUMENTACIÓN DEL SEÑOR FISCAL GENERAL DEL ESTADO. 5.1** El doctor José García Falconí, Asesor y Delegado del señor Fiscal General del Estado, al contestar la fundamentación del recurso de casación señala que: “El doctor Jorge Mancero, ha manifestado que reconoce la culpabilidad de su defendido, el señor Carlos Vinuesa, pero solicita se aminore la pena, aplicando la atenuante trascendental del

artículo 86 de la Ley de Sustancias Estupefacientes. Que el artículo 76 numeral 6 de la Constitución, señala el principio de proporcionalidad. Es el principio de proporcionalidad, siendo el equilibrio que debe haber entre el derecho punitivo del Estado con la ley general, como aplicaron este principio en la Primera Sala de lo Penal de la ex Corte Nacional, pues los jueces de ese entonces señalaron que en atención a la disposición de la Asamblea Constituyente, dictaron e indultaron hasta por dos kilos y en atención al artículo 76 numeral 7 de la Constitución de la República, bajaron las penas no en los parámetros que señala la Ley de Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas; en cambio la segunda Sala decía lo contrario, aplicaba el artículo 77 numeral 6 del Código Penal, señalando que el margen de racionalidad, lo que produce es una inseguridad jurídica. Que al respecto, a la inocencia de señora Matilde Ramírez, en la sentencia consta, que el 29 de septiembre del 2009, son encontrados en el vehículo, tanto Carlos Vinuesa, como Matilde Ramírez, con 650 gramos de cocaína, por lo que la Sala los consideró responsables del delito, por lo que solicita a la Sala que ratifique la sentencia dictada por la corte Provincial del Chimborazo y se devuelva el proceso al Tribunal a-quo". **SEXTA.- CONSIDERACIONES DE ESTE TRIBUNAL. 6.1 DEL RECURSO DE CASACIÓN: 6.1.1** "...La casación, como un juicio sobre la sentencia que es, no puede entenderse como una instancia adicional, ni como potestad ilimitada para revisar el proceso en su totalidad, en sus diversos aspectos fácticos y normativos sino como una fase extraordinaria, limitada y excepcional del mismo...".¹ **6.1.2** La Corte Suprema de Justicia de Colombia ha hecho importantes fallos definitorios de la casación así podemos mencionar: "*Casar, en derecho, equivale a anular; de suerte que el recurso de casación no es otra cosa que un recurso de nulidad del fallo contra el cual se ejercita, y por esta razón para expresar que se casa una sentencia, se emplean indistintamente las formas verbales anulase, invalidase y casase*"² "*La casación tiene por objeto la defensa del sistema jurídico a través del control de las sentencias judiciales, en cuanto al quebrantamiento del derecho por las resoluciones de los jueces. Pero su finalidad fundamental es eminente de carácter público, de utilidad social, por encima de pretensiones individuales de contenido privado. El recurso extraordinario de casación es un juicio técnico jurídico, de puro derecho sobre la legalidad de la sentencia, sobre el proceso en su totalidad o en diversos sectores del mismo...*"³ **6.1.3** De los conceptos y ponencias antes mencionadas podemos establecer que el recurso de casación se caracteriza por ser un medio de impugnación de carácter extraordinario, limitado en su aplicación, que tiene como fin corregir en una sentencia la aplicación errónea del derecho; y, por tanto, afecte la seguridad jurídica y genere un perjuicio al recurrente, es de carácter técnico por cuanto requiere de una fundamentación jurídica en base a las causales normativas establecidas en la ley, y restringido en

nuestro sistema jurídico por cuanto no permite una apreciación amplia de los hechos y pruebas practicadas ante el juez a quo; sino solo de errores de derecho de la sentencia. **6.1.4** El Tribunal de Casación, por el máximo Juez, en la justicia ordinaria, debe, en caso de establecer la existencia de errores, rectificar la sentencia, restableciendo el derecho vulnerado y garantizando los principios tutelares del debido proceso, como mecanismos que permitan la aplicación de una justicia equitativa e imparcial en todos los casos y para todos los miembros de una sociedad. Así lo ha expresado Ralph Waldo Emerson: "*Una injusticia hecha en perjuicio de uno solo es una advertida amenaza contra todos*". **6.2 DE LA MOTIVACIÓN DEL TRIBUNAL, ANTE EL RECURSO 6.2.1** Previo a emitir un criterio en relación a este caso, es importante para este Tribunal considerar las siguientes normas establecidas en nuestra legislación. Los Arts. 358 y 359, de la Carta Magna, colocan a la salud pública, como el bien jurídico tutelado, frente a la práctica de este tipo de delitos, y puede catalogarse entre aquellos bienes necesarios para el funcionamiento del sistema, por lo que procede a sancionar esta conducta, lesiva en un plano amplio. Siendo que para el caso, el concepto de salud deja de ser uno meramente negativo (el equivalente a la ausencia de enfermedad), para entenderse como aquel nivel de bienestar físico y psíquico necesario para el disfrute de una vida digna⁴ La Supremacía Constitucional, consagrado en el artículo 425 de Constitución de la República Del Ecuador, coloca a la Carta Magna en la cúspide de la escala de valores a tener en cuenta por el Juzgador, en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, los Jueces tienen el deber de velar, que 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 a lo establecido en el artículo 78; pues, solo así se garantiza el equilibrio que hace posible el Principio de Universalidad, consagrado en el numeral 2 del artículo 11 ibídem. El artículo 76.1, de la Constitución de la República del Ecuador establece: "...En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes" **6.2.2.** El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y debe hacer efectivos los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad, economía procesal, así como, la aplicación de las garantías del debido proceso, sin sacrificar la justicia por la omisión de meras formalidades⁵, principios desarrollados en el Código Orgánico de la Función Judicial, que enfatiza el principio de celeridad⁶ esto es, que la Administración de Justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación, como en la resolución de la causa y en la ejecución de lo decidido. **6.2.3. Normativa sustantiva.-** El artículo 61 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, establece: "*Quienes transporten, por cualquier medio o vía, sea fluvial, marí-*

¹ Torres Romero Jorge Enrique y Puyana Mutis Manuel Guillermo.- Manual del recurso de casación en materia penal. Medellín. 2da Edición 1989.

² Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Penal. Sentencia de 20 de septiembre de 1924, Gaceta Judicial T XXXI.

³ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Penal. Ponencia del Magistrado Alvaro Luna Gómez. Providencia de 4 de julio de 1981.

⁴ FRISANCHO, Aparicio Manuel. Trafico de Drogas y Lavado de Activos, ediciones Jurista. 2006.

⁵ Artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador

⁶ Artículo 20 del Código Orgánico de la Función Judicial.

tima, terrestre o aérea y por cualquier forma o procedimiento, sustancias sujetas a fiscalización, en transgresión de las normas de esta Ley, serán reprimidos con reclusión mayor extraordinaria de doce a diez y seis años y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales. No serán responsables los transportistas que desconocieren el contenido de la carga transportada”.

SEPTIMO.- ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE LA SALA.- 7.1.- La sentencia debe ser analizada en el recurso de casación a la luz de lo que dice el artículo 349 del Código Orgánico de Procedimiento Penal, es decir debe en la sentencia existir un error, que cause agravio al recurrente, por violación a la ley, por cualquiera de las tres circunstancias establecidas en el artículo mencionado, se ha dicho que debió haberse aplicado la atenuante trascendental contenida en el artículo 86 de la Ley de Sustancias estupefacientes y Psicotrópicas y en merito a ella haberse aplicado en principio de proporcionalidad, puesto que lo que se encontró al momento de la detención, fueron 650 gramos de cocaína los cuales se encontraron en el vehículo. **7.2.-** Al respecto, el Tribunal considera que para que opere la atenuante trascendental, debe cumplirse estrictamente con lo que establece la ley de la materia, que la información proporcionada por los sentenciados hayan permitido dar con el paradero de los autores de delitos, de igual o mayor proporción criminógena que el que se juzga en el respectivo caso, eso no se ha verificado en el caso sub lite, que debe ser considerado como transportista, existe jurisprudencia tanto de la ex Corte Suprema como de la Corte Nacional, en el sentido de que sea considerado transportista debe existir la respectiva guía de transporte, porque debe tratarse de un vehículo de servicio público; es decir, que exista realmente la certeza de que el conductor no conocía del contenido de la carga. **7.3.-** En la especie, por cuanto, la sustancia fue encontrada en los asientos de los pasajeros, y al no existir guía de remisión u otro documento que acredite, que se trata de una encomienda, la calidad de transportista no es atribuible al recurrente. En este caso habría que recordar que el Código de Procedimiento Penal en su artículo 252, establece que, la materialidad de la infracción y la responsabilidad del procesado se obtendrán de las pruebas de cargo y descargo aportadas por las partes, por tanto, una vez probada la materialidad y demostrada la responsabilidad de la conducta típica a un sujeto activo determinado, la excepción contenida en la última parte del artículo 61 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, debió por lógica, ser de igual manera justificada, lo cual en el presente caso no se hizo por parte del recurrente. Para el juzgador, la materialidad y la responsabilidad son dos circunstancias que deben probarse independientemente, así que aun demostrada la materialidad la responsabilidad pudiese desvirtuarse por el hecho de no ser el responsable o porque al hecho concurren circunstancias de inimputabilidad, las cuales rompen con el hecho antijurídico, pero esto debe ser probado por quien desea beneficiarse del mismo, no siendo posible lograrlo (romper con la antijuridicidad), con la sola enunciación de la norma y la enunciación de la calidad pretendida. Mas aún cuando del análisis de la sentencia, en sus antecedentes, señala que los procesados al darse cuenta de la presencia policial, han intentado huir, siendo alcanzados a tres kilómetros más adelante, y sin que esta circunstancia sea aclarada por los recurrentes en la etapa de juicio. Por tanto, en razón del recurso interpuesto por Carlos Vinuesa, la sentencia emitida por la Corte Provincial de Justicia del

Chimborazo, aplica de buena forma la proporcionalidad, bajando la pena de 12 a 8 años de reclusión mayor ordinaria, y, sin que en la misma se pueda encontrar error de derecho que deba ser corregido. **7.4.-** Así mismo, la pena impuesta en similares circunstancias a la señora Matilde Ramírez, al momento de resolver la consulta obligatoria, cumple con los presupuesto de la legislación penal ecuatoriana, conforme ya ha dicho este Tribunal y se ha sostenido en algunos trabajos académicos. La legislación penal ecuatoriana, en cuanto a la aplicación de penas es parcialmente indefinida, estableciendo para su aplicación un mínimo y un máximo, de lo cual se desprende que una pena es la adecuada mientras se encuentre en estos márgenes. Al caso de los dos recurrentes, es aplicable lo contenido en el numeral 6 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, esto es que “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales ...”, o sea, que es la ley y no la voluntad del juez o de los encartados quien fija dicha gradación, de la manera que queda explicado. **OCTAVO.- DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE LA SALA.** Por lo anteriormente expuesto, el presente Tribunal de la Sala Penal Especializada de la Corte Nacional del Ecuador, de conformidad con el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, en ejercicio de sus atribuciones, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, por considerar que en la sentencia recurrida, no existe violación a norma alguna, por tanto, tampoco existe la necesidad de corregir error de derecho producido en la misma, **RECHAZA**, el recurso de casación propuesto por los sentenciados **CARLOS IVÁN VINUESA CASTILLO y MATILDE HERMENIA RAMÍREZ ÁLAVA**, por considerarlo **IMPROCEDENTE**, en consecuencia dispone devolver el proceso, al Tribunal de origen, para que se ejecute la sentencia. Actué en al presente causa la Dra. Martha Villarreal, Secretaria Relatora Encargada.- **Notifíquese y cúmplase.**

Fdo.) Dres. Wilson Merino Sánchez, Juez Nacional Ponente, Jorge M. Blum Carcelén, Paul Iñiguez Ríos, Jueces Nacionales de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia. Certifico.- f.) Dra. Martha Villarreal Villegas, Secretaria Relatora, encargada.

Particular que pongo en su conocimiento para los fines de Ley.

CERTIFICO: Que las seis (6) copias que anteceden son iguales a su original.- Quito, 3 de octubre del 2012. Certifico:

f.) Dra. Sara Jiménez Murillo, Secretaria Relatora (E).

No. 563-2010 MAV

DELITO: Tenencia y Posesión Ilícita de Estupefacientes.

IMPUTADO: Narváez Morales Ramiro Fabián.

OFENDIDO: Estado Ecuatoriano.

JUEZ PONENTE Dr. Wilson Merino Sánchez.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL

Quito, 18 Junio de 2012; a las 10h15.

VISTOS: Avocamos conocimiento, en calidad de Jueces de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia y como miembros del Tribunal sorteado conforme obra de las razones actuariales, para el conocimiento y resolución del recurso de casación, interpuesto por Ramiro Fabián Narváez Morales, de la sentencia dictada el 28 de junio del 2010, a las 16h48, por la Sala de lo Penal y Tránsito de Imbabura, la cual, absolviendo la consulta obligatoria, así como el recurso de apelación propuesto por el señor Fiscal, decide revocar la sentencia dictada por el Tribunal Primero de Garantías penales de Imbabura y dicta en su lugar sentencia condenatoria, declarándolo culpable en el grado de autor del delito tipificado y sancionado en los artículos 38 y 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, imponiéndole la pena de Doce Años de Reclusión Mayor Extraordinaria. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** Esta 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. Este 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.”* **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Revisado el expediente no se encuentran vicios que pudieran generar nulidad procesal, razón por la cual este Tribunal declara la validez de lo actuado. **TERCERO: ANTECEDENTES.-** Esta causa se ha iniciado teniendo como base el parte policial N° 1818-09-JPAI-CP12, de fecha 19 de diciembre del 2009, en la cual se hace conocer, que realizando operaciones básicas de inteligencia, en la ciudad de Otavalo, calles Juan de Albaracín y de las Corazas, los agentes de la Jefatura Provincial de Antinarcóticos, observaron la presencia sospechosa de un vehículo Aveo, color Blanco, de placas IGN-819, por lo se habrían procedido a solicitar, a su conductor, que se detenga, para posterior proceder a realizar el registro respectivo a dicha persona, que se identificó como Ramiro Fabián Narváez Morales, encontrándolo en el bolsillo derecho de la chompa de cuero color café, que tenía puesta, quince fundas de plástico transparente conteniendo

una sustancia color crema, posiblemente cocaína, de igual manera se realizó el registro al vehículo y se encontró la cantidad de sesenta dólares los cuales fueron contados delante del señor Ramiro Narváez, así como un celular marca LG, además de la matrícula y SOAT del vehículo mencionado, por lo que se procedió a la aprehensión del ciudadano, y posterior traslado a la Jefatura de Antinarcóticos de Imbabura, en donde se efectuaron las pruebas preliminares a la sustancia, la misma que dio positivo para cocaína, con un peso aproximado de doce gramos. **CUARTO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.-** En la Sala de audiencias de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, el día lunes dieciséis de abril del dos mil doce, a las diez horas con cuarenta minutos, ante los señores doctores: Wilson Merino Sánchez, Jorge M. Blum Carcelén y doctor Paúl Íñiguez Ríos, Jueces Nacionales de esta Sala, se llevó a efecto la audiencia señalada en autos con la presencia de los sujetos procesales: el abogado Joselo Iván Pozo Castro, Defensor del recurrente señor Ramiro Fabián Narváez Morales, y del Doctor José García Falconí, Asesor y Delegado del señor Fiscal General del Estado. 1.- El abogado Joselo Iván Pozo Castro, a fin de fundamentar el recurso interpuesto en defensa de Ramiro Fabián Narváez Morales, dice: “Que ha presentado recurso de casación de la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de Tránsito de Imbabura, con fecha 28 junio del 2010, de conformidad con el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, y de conformidad con el Art. 352 de este mismo cuerpo legal, fundamenta su recurso, en los siguientes términos: Este caso empieza el 18 de diciembre del 2009 a las 20h30 en la ciudad de Otavalo en momentos en que su defendido se encontraba de tránsito por la ciudad y agentes antinarcóticos proceden a hacerle una revisión, siendo encontrado en su poder 15 fundas de cocaína en peso bruto y en peso neto 10 gramos de cocaína, por esa situación se inicia la instrucción fiscal, y su defendido es llamado a juicio, luego se realiza la apelación y la Corte Provincial de Justicia de Imbabura confirma la sentencia subida en grado y le sanciona en el grado de autor de conformidad con el artículo 38 y 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, por el delito de narcotráfico. Que en la etapa del juicio, el Tribunal Penal ha ratificado su inocencia por no haberse comprobado conforme a derecho que su defendido se dedicaba a expender droga, pues la droga encontrada en su poder era para consumo personal y de otros amigos conforme expone en su declaración, es decir del ciudadano apodado con el alias “el coco” y otras dos amigas. Que desde el inicio del proceso se señaló que la droga era para su consumo personal, pero el Tribunal de Garantías Penales de Imbabura, al observar en la audiencia respectiva de que no existía prueba alguna tendiente a demostrar que su defendido haya estado cometiendo el delito de corretaje tipificado en el Art. 59, ratifica su inocencia, así mismo los señores agentes de Policía Antinarcóticos manifiestan que a ellos jamás les ha constado que su defendido se haya encontrado expendiendo dicha droga, por esta razón el señor Agente Fiscal de Otavalo propone el recurso de apelación ante la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, en la cual al escuchar al señor Agente Fiscal, quien seguía sosteniendo que su defendido había cometido el delito de corretaje, la Corte en su resolución declara autor a su defendido, no por el delito de corretaje, sino por el delito tipificado en el Art. 38 y 62 de la Ley de Sustancias

Estupefacientes y Psicotrópicas, imponiéndole la pena de doce años de reclusión mayor extraordinaria y la multa de sesenta salarios mínimos vitales, solo por el hecho de haberse encontrado en su poder 10 gramos de cocaína. Que ha existido una violación de la ley por mala interpretación, pues es de conocimiento público que a personas que se han dedicado al transporte ilegal, venta y comercialización de sustancias prohibidas, no se les ha puesto una pena de esta naturaleza, por lo que al ser los señores jueces garantistas del derecho y a fin de que los mismos no sean vulnerados y tomando en cuenta los derechos constitucionales, sobretudo el principio de proporcionalidad de la infracción, de economía procesal, y sobre todo lo que dispone el Art. 4 del Código Penal que se refiere a la interpretación extensiva que está prohibida, pues existe una duda, toda vez que no se comprobó conforme a derecho de que existió corretaje; por lo que solicita en base al Art. 85 y 86 del Código de Procedimiento Penal, de acuerdo a la sana crítica y por la duda razonable que su defendido sea ratificado en su inocencia, dictándose una sentencia absolutoria a su favor".

2.- El doctor José García Falconí, en Representación del señor Fiscal General del Estado manifiesta: "El Tribunal de Garantías Penales de Imbabura, con fecha 25 de mayo del 2010, dicta sentencia ratificando la inocencia del procesado, pero de conformidad con el Art. 121 de la Ley de Drogas, sube a consulta a la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, con fecha 28 junio del 2010 quien revoca la sentencia de primera instancia y lo señala como autor del delito tipificado y sancionado en el Art. 62 de la ley de drogas, imponiéndole la pena de 12 años reclusión mayor extraordinaria. Que la sentencia señala lo siguiente, que en poder del procesado se encontraron 15 fundas de droga, consistentes en 12 gramos, que se realizó el examen médico en la persona del acusado, por parte de la doctora perito encargada, determinando que el recurrente es consumidor, pero la droga incautada en su poder era demasiada para su consumo. Que el Código Orgánico Penal Integral establece que el máximo de tolerancia para el consumo de droga, de 5 gramos en marihuana y 4 gramos en cocaína. Manifiesta que además el tráfico de drogas conforme el Art. 62 de la Ley de Drogas, señala que la pena parecería estar dentro del margen de proporcionalidad, pero a partir del 20 de octubre del 2008 se vive un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, siendo que el mismo se fundamenta en los Arts. 75, 76.6, 77 de la Constitución de la República, donde se señalan los derechos de las personas, del debido proceso y garantías básicas. Alegando además, que si es justo sancionar al hoy recurrente con 1 año por cada gramo, aunque el Estado y la justicia busca, a través del principio de proporcionalidad, el equilibrio entre el ius puniendi, el poder punitivo que tiene el Estado y los derechos humanos, sin embargo, se pregunta el señor fiscal: cuál es el margen de racionalidad que tiene el juez al momento de dictar sentencia, cómo entender y cómo aplicar el principio de proporcionalidad, y si será justo que por cada gramo se lo condene a un año de cárcel, siendo consumidor, y que la ley no señala actualmente un mínimo de droga. Lo que busca la nueva justicia es la paz social, pero también que se haga una verdadera justicia. Considera que se ha justificado la responsabilidad del recurrente en el Art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, de tal manera que los señores jueces deberán señalar de manera motivada su resolución y de conformidad con la Constitución de la República y el Art. 230 del Código Orgánico de la Función Judicial, aplicar el principio

de proporcionalidad. Por estas consideraciones de conformidad con el Artículo 4 del Código Penal, solicita aplique el principio antes mencionado al momento de dictar sentencia".

SEXTO: MARCO JURÍDICO: Es pertinente establecer el marco jurídico, jurisprudencial y doctrinario para luego analizar el fondo del cuestionamiento a la sentencia casada: 1.- **Normativa Constitucional.** 1.1.- La Constitución de la República, en su artículo 393, manifiesta que: "El Estado garantizara la seguridad humana a través de políticas y acciones integradas, para asegurar la convivencia pacífica de las personas, promover una cultura de paz y prevenir las formas de violencia y discriminación y la comisión de infracciones y delitos. La planificación y aplicación de estas políticas se encargará a órganos especializados en los diferentes niveles de gobierno" (el subrayado y las negrillas me pertenece).- 1.2.- La norma, consagrada en los Arts. 358 y 359, de la Carta Magna, colocan a la salud pública como el bien jurídico protegido, y puede catalogarse entre aquellos bienes necesarios para el funcionamiento del sistema, por lo que procede a sancionar este tipo de delitos. Siendo que para el caso, el concepto de salud deja de ser algo meramente negativo (el equivalente a la ausencia de enfermedad), para entenderse como aquel nivel de bienestar físico y psíquico que afecta a la colectividad¹; artículo 358.- "El sistema nacional de salud tendrá por finalidad el desarrollo, protección y recuperación de las capacidades para una vida saludable e integral, tanto individual como colectiva, y reconocerá la diversidad social y cultural. El sistema se regirá por los principios generales del sistema nacional de inclusión y equidad social, y por los de bio-ética, suficiencia e interculturalidad, con enfoque de género y generacional." 1.3.- La Supremacía Constitucional, consagrado en el artículo 425, coloca a la Constitución de la República del Ecuador en la cúspide de la escala de valores a tener en cuenta por el Juzgador, en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, los Jueces tienen el deber de 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 a lo establecido en el artículo 78; pues, solo así se garantiza el equilibrio que hace posible el Principio de Universalidad, consagrado en el numeral 2 del artículo 11 ibídem. 1.4.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y debe hacer efectivos los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad, economía procesal, así como, la aplicación de las garantías del debido proceso, sin sacrificar la justicia por la omisión de meras formalidades², principios desarrollados en el Código Orgánico de la Función Judicial, que enfatiza el principio de celeridad³ esto es, que la Administración de Justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación, como en la resolución de la causa y en la ejecución de lo decidido. 1.5.- En el mismo sentido se pronunciaba la Constitución Política de la República del Ecuador aprobada el 5 de junio de 1998, por la Asamblea Nacional Constituyente, cuando manifestaba: "**Art. 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución**

¹ FRISANCHO, Aparicio Manuel. Tráfico de Drogas y Lavado de Activos, ediciones Jurista. 2006.

² Artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador.

³ Artículo 20 del Código Orgánico de la Función Judicial.

y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: 1. La inviolabilidad de la vida. No hay pena de muerte. 2. La integridad personal. Se prohíben las penas crueles, las torturas; todo procedimiento inhumano, degradante o que implique violencia física, psicológica, sexual o coacción moral, y la aplicación y utilización indebida de material genético humano. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar, en especial, la violencia contra los niños, adolescentes, las mujeres y personas de la tercera edad. Las acciones y penas por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia, serán imprescriptibles. Estos delitos no serán susceptibles de indulto o amnistía. En estos casos, la obediencia a órdenes superiores no eximirá de responsabilidad. 3. La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, orientación sexual; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole. 4. La libertad. Todas las personas nacen libres. Se prohíbe la esclavitud, la servidumbre y el tráfico de seres humanos en todas sus formas. Ninguna persona podrá sufrir prisión por deudas, costas, impuestos, multas ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias. Nadie podrá ser obligado a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley.”

2.- Normativa sustantiva.- La Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas en sus artículos 38 y 62 manifiesta: art. 38 “Nadie podrá, sin autorización legal o previo despacho de receta médica, mantener en su persona, ropas, valijas, vivienda, lugar de trabajo u otro sitio cualquier cantidad de las sustancias sujetas a fiscalización, ni tenerlas, en cualquier forma, para el tráfico de ellas”; y, art. 62 “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 sus personas, ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio del que sean propietarios, arrendatarios, tenedores u ocupantes a cualquier título, o que este 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 en general”

3.- Normativa sobre casación penal.- 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 en los fallos de instancia de acuerdo a lo establecido en el artículo 10, inciso segundo, del Código Orgánico de la Función Judicial. **SEXTO: ANÁLISIS DE LA SALA.-** 1.- El Recurso de Casación es un Recurso extraordinario y Formal que permite controlar si el Tribunal Inferior ha violado la Ley; y, si dicha violación ha causado gravamen al recurrente. Como Recurso es extraordinario, por cuanto tiene causales especiales para interponerse, y que, en nuestra legislación, se encuentran expresadas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, que expresa: “El Recurso de Casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, ya por contravención expresa de su

texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación. No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba.” 2.- Ahora, hay que analizar el significado que tiene cada una de las causales que el Código de Procedimiento Penal para poder interponer el Recurso de Casación, de lo que tenemos: a) Contravenir expresamente a su texto; es decir, violar la ley por hacer lo que esta no dispone; b) Hacer una falsa aplicación de la ley: se puede dar cuando la constancia fáctica del presupuesto delictivo se ajusta a otra realidad y se le aplica una norma que no le corresponde, por ejemplo, hacer una errónea tipificación; c) Interpretar erróneamente la Ley: es decir, ir más allá de su espíritu, de su alcance, de su contenido. 3.- Por medio de la casación, se trata de rectificar la violación de la ley en que ha incurrido el Inferior en la sentencia; no es susceptible de un nuevo estudio del proceso, ni una nueva valoración de las pruebas. Al ser así, Ricardo C. Núñez, expresa: “El de casación es un recurso extraordinario porque no implica la posibilidad del examen y resolución “ex novo” de la cuestión justiciable, en todos sus aspectos de hecho y de derecho, sino, únicamente, el examen y resoluciones por éste de la aplicación de la ley procesal o sustantiva hecha, en el caso, por el tribunal “a quo”. De manera que, este recurso no faculta al Juzgador realizar un nuevo examen de la prueba actuada dentro del proceso, y tiene como objetivo corregir y enmendar los errores de derecho que vicien la sentencia judicial, por uno de los motivos consignados en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal. La discordancia entre la verdad fáctica y su reconstrucción contenida en la sentencia, no pueden abrir nunca la vía de la casación”. El Tratadista Fabio Calderón Botero, en su obra Casación y Revisión en materia penal, manifiesta: “es un juicio técnico jurídico, de puro derecho sobre la legalidad de la sentencia, también conocido por la doctrina como error in iudicando...”. 4.- Siendo el delito de tenencia y posesión de drogas, por el cual ha sido sentenciado el recurrente, uno de los que, tanto la normativa penal ecuatoriana como la internacional, considera que, atentan contra la salud pública, y siendo este un bien jurídico de carácter supraindividual, por cuanto la acción típica reprochada por la ley penal, representa un peligro grave en contra de la misma, por atentar contra la colectividad y no pudiéndose entender de ninguna forma, contra una persona determinada (como sí se lo puede hacer en los delitos contra la propiedad, por ejemplo), lo cual vuelve al bien jurídico protegido, de carácter difuso. Para el efecto de sancionar este tipo de delitos, la salud pública dejó de mantener un concepto negativo (ausencia de enfermedad), para pasar a conjugar dentro de sí, una serie de factores que intervienen en el bienestar (físico, psíquico y al pleno desarrollo de las capacidades del ser humano). Por ello, el artículo invocado en la sentencia recurrida (art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas), establece como acción típica el mantener la posesión o tenencia de la sustancia ilícita, en cualquiera de las circunstancias descritas por el artículo mencionado, por lo que, de la revisión de la sentencia en la parte en que hace referencia a los antecedentes, se establece de forma clara que el sujeto procesado mantenía en su poder (en el bolsillo derecho de su chompa) la sustancia ilícita, hecho por el cual, junto a los testimonios rendidos por los agentes policiales que realizaran la detención, ayudaría al juzgador a establecer la certeza, con respecto de la materialidad de la infracción. El estado de inimputabilidad, contenido en la

norma establecida en el artículo 364 de la Constitución de la República del Ecuador, debió haber sido lo suficientemente justificado por el procesado en la etapa procesal apropiada, esto no para destruir la materialidad; sino la responsabilidad del entonces procesado, por lo que, no habiendo sido así, la responsabilidad de la infracción, acreditada al procesado se encontraría demostrada conforme a derecho. 5.- En lo que trata a la motivación necesaria, al momento de dictar una sentencia, se entiende, que la relación de los hechos que sirven de fundamenta para la misma de mantener coherencia con la argumentación jurídica empleada, es decir, lo que esta Sala, al resolver el recurso propuesto, debe revisar la pertinencia de la norma empleada así como su legalidad de conformidad, a los hechos demostrados, recordando que si bien es cierto los señores jueces de instancia tienen la potestad de resolver los casos puesto a su conocimiento en base a su propio criterio, formado en base a lo que ha podido percibir de la sustanciación del proceso, la obligación de motivar la sentencia es una forma de regular esa facultad. Y en cuanto a lo dispuesto en el numeral 14 del artículo 77 de la constitución de la República, en el cual el recurrente alega que no se podía haber empeorado la situación de su defendido, hay que recordar que la norma penal no permite la interpretación extensiva, por lo tanto atendiendo lo manifestado en ese artículo, podemos establecer dos circunstancias claras, la primera, que sea al momento de resolver una impugnación; y, la segunda, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre cuando es el único que impugna el fallo, en este sentido, solo queda establecer que en el presente caso, quien recurre en apelación es la Fiscalía General del Estado, por lo que la Sala de la Corte Provincial, que conoce por apelación y consulta, tiene atribución de revocar, modificar o confirmar la sentencia que sube en consulta, está dentro de sus atribuciones legales, sin que esto signifique en caso alguno, que se haya violado el derecho del recurrente. 6.- De las exposiciones realizadas por los sujetos procesales, en especial por el recurrente, se pide corregir la sentencia, por haberse violado los Arts. 85 y 86 del Código de Procedimiento Penal y solicita se corrija el error existente en la sentencia y se dicte una de confirmación de inocencia. La fiscalía sostiene que sí existe una infracción y debe castigarse porque no hacerlo traería impunidad, lo cual devendría en inseguridad jurídica. Es verdad que la casación engendra la obligación de los jueces de comparar la sentencia recurrida con las disposiciones legales que se han invocado durante la fundamentación de la impugnación que se hace a esa sentencia y revisar si esos agravios han contribuido a hacer injusta la misma. En este caso el Tribunal de la Sala Penal de la Corte Provincial de Imbabura, llegó a la convicción de la existencia del delito y responsabilidad penal del procesado, convicción que no cuestionamos porque se apega a la Constitución y leyes, además, se ha demostrado la existencia de la infracción con las experticias de pesaje, destrucción, así como la pericia química de la sustancia incautada y la responsabilidad penal del procesado se ha demostrado con los testimonios de las personas que procedieron a su detención. Por tanto, no existe violación de la ley en cuanto al establecimiento de la responsabilidad del procesado. Lo que si llama la atención es que la Sala de la Corte Provincial de Imbabura haya sido insensible al dictar una sentencia de 12 años de reclusión por la cantidad de droga que le fue encontrada al sentenciado. En un estado constitucional de derechos y justicia, donde las personas

son el sujeto y fin del ordenamiento jurídico y constitucional del Estado, manifestado en el Art. 11 de la Constitución, se establece con claridad en el numeral 5 el principio pro homine y en el numeral 8 el principio de progresividad, que deben ser observados de manera obligatoria por los juzgadores. El Art. 169 de la Constitución establece que la justicia es el fin del sistema procesal, siendo que el derecho existe por causa del hombre y no el hombre por causa del derecho, debiendo aplicarse la modificación de la pena, establecida en el inciso tercero del Art. 72 del Código Penal, que dispone una pena menor para dicho ilícito. **SEXTO: DECISIÓN DE LA SALA.** Por todo lo expuesto, este Tribunal de la **Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”**, de forma unánime y siendo consecuentes con los designios antropocéntricos de nuestra Constitución, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, **CASA** la sentencia recurrida en cuanto a la pena impuesta al recurrente y aplicando el principio de proporcionalidad, declara que la pena adecuada es de conformidad con lo dispuesto en el Art. 72 inciso tercero del Código Penal, que manda morigerar la reclusión mayor de 12 a 16 años, a reclusión 8 a 12 años, por lo que este Tribunal le impone al recurrente **RAMIRO FABIÁN NARVÁEZ MORALES**, la pena de **OCHO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA**, los cuales deberá cumplirlos en los términos que han señalado los jueces juzgadores.- Hágase saber y cúmplase.

Fdo.) Dres. Wilson Merino Sánchez, Juez Nacional Ponente, Jorge M. Blum Carcelén, Paul Iñiguez Ríos, Jueces Nacionales de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia. Certifico.- f.) Dr. Honorato Jara Vicuña, Secretario Relator.

Particular que pongo en su conocimiento para los fines de Ley.

CERTIFICO: Que las ocho (8) copias que anteceden son iguales a su original.- Quito, 3 de octubre del 2012. Certifico.

f.) Dra. Sara Jiménez Murillo, Secretaria Relatora (E).

No. 87-2011 MAV

DELITO:	Violación.
IMPUTADO:	Narvárez Suarez Sergio Enrique.
OFENDIDO:	Morocho Pomovilla Luis Gilberto.
JUEZ PONENTE	Dr. Wilson Merino Sánchez.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL**

Quito, 27 de Julio del 2012, a las 15H30.

VISTOS: En calidad de Jueces de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia y como miembros del Tribunal sorteado conforme obra de las razones actuariales, para el conocimiento y resolución del Recurso de Casación, interpuesto por Sergio Enrique Narváez Suárez, por no estar de acuerdo con la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Penal Segundo de Cañar, en la cual, por considerarlo responsable, en calidad de autor del delito de violación tipificado y sancionado en los artículos 512.1 y 513 del Código Penal, lo condena a la pena de veinte años de reclusión mayor especial. Siendo el estado de la causa el de resolver, este Alto Tribunal considera lo siguiente: **PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** Este Tribunal de 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. Este 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...”* **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** El Recurso interpuesto se ha tramitado con observancia de las reglas del Debido Proceso, por lo que se declara su validez. **TERCERO: ANTECEDENTES.-** El presente hecho, llega a conocimiento de la Fiscalía, por medio de la denuncia presentada por el señor Luis Guillermo Morocho Pomavilla, en la cual manifiesta que el día 12 de enero del 2010, tiene conocimiento de que la niña M.C.M.C., (Se omite el nombre de la ofendida)¹ que estudia en la escuela Pablo Metler de la comunidad de San Francisco de San Pedro, de la parroquia Honorato Vásquez, de la cual, su director era el señor Sergio Narváez Suárez, venía siendo abusada sexualmente, por este ciudadano, desde el año anterior (a la fecha de cometido el delito), y de otras compañeritas más, a quienes les hacía llamar dos en dos con la excusa de hacerlas limpiar la dirección de la escuela, cometiéndose estos abusos también en la cocina y en la bodega, a la una le dejaba en la puerta para que le alertara si alguien se acercaba, mientras una niña vigilaba la puerta la otra era abusada, la menor al ser entrevistada manifestó que el abuso era vía anal; por lo que, una vez realizadas las diligencias de ley, se dio inicio a la Instrucción Fiscal en contra del señor Sergio Enrique Narváez Suárez, para posteriormente emitir un dictamen acusatorio por considerar que tendría participación en el

delito acusado, dictándose en su contra auto de llamamiento a juicio el mismo que fuera apelado por el procesado, apelación que fue rechazada por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Cañar. Una vez llevada a efecto la audiencia de juicio en contra de Sergio Enrique Narváez Suárez, en la cual fue declarada, por parte del Tribunal Penal Segundo de Garantías Penales del Cañar, tanto la existencia del delito como la responsabilidad del encausado, se lo condenó a la pena de veinte años de reclusión mayor especial, por encontrarlo responsable en grado de autor del delito de violación a la menor M.C.M.C., sentencia que fue confirmada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Cañar, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el sentenciado. De esa sentencia, el justiciable deduce Recurso de casación, el cual es conocido por este Tribunal de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador. **CUARTO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.- 4.1.- EL RECURRENTE SERGIO ENRIQUE NARVÁEZ SUÁREZ,** quien por intermedio de su abogado defensor el doctor Rómulo Argudo, a continuación, dice: “En el recurso de casación corresponde analizar exclusivamente la violación de la ley en la sentencia, esto es la sentencia emitida por la Corte Provincial de Justicia de Cañar, de conformidad con lo que establece el 349 del Código de Procedimiento Penal, observándose las siguientes irregularidades o violaciones a la Ley: Señala que en primer lugar la sentencia no es motivada situación que cae en la violación del artículo 76, numeral 7, literal 1) de la Constitución de la República norma que es de aplicación directa, inmediata y jerárquicamente superior frente a toda norma...Al momento de resolver los señores jueces califican esos hechos como violación sexual, pero no encasillan dentro de uno de los tipos penales establecidos en

pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas”; “Código de la Niñez y Adolescencia: artículo 1. Finalidad Este Código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad. Para este efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral; artículo 50 Derecho a la integridad personal.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se respete su integridad personal, física, psicológica, cultural, afectiva y sexual. No podrán ser sometidos a torturas, tratos crueles y degradantes. Artículo 52.- Prohibiciones relacionadas con el derecho a la dignidad e imagen. Se prohíbe(...) 3. La publicación o exhibición de noticias, reportajes, crónicas, historias de vida o cualquiera otra expresión periodística con imagen o nombres propios de niños, niñas o adolescentes que han sido víctimas de maltrato o abuso; 4. La publicación o exhibición de imágenes y grabaciones o referencias escritas que permitan la identificación o individualización de un niño, niña o adolescente que ha sido víctima de maltrato, abuso sexual o infracción penal, y cualquier otra referencia al entorno en el que se desarrollan; artículo 53.- Sin perjuicio de la natural vigilancia de los padres y maestros, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se respete la intimidad de su vida privada y familiar; y la privacidad e inviolabilidad de su domicilio, correspondencia y comunicaciones telefónicas y electrónicas, de conformidad con la ley.

¹ Se omite el nombre de la ofendida en la presente sentencia, a fin de evitar su exposición pública y que perjudiquen a su desarrollo personal, social e integral; quien en adelante será identificada con las Iniciales de sus nombres y apellidos (MCMC), considerando que las sentencias de casación son de reproducción pública en la Gaceta Judicial. Por lo que de conformidad al artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador que señala: “Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio

el Código Penal, pues debió haberse establecido, por qué artículo, en qué artículo está tipificada la conducta de su defendido, la consecuencia jurídica más bien de esa conducta evidentemente en el artículo respectivo igualmente del Código Penal que establece la sanción y las circunstancias inclusive constitutivas o agravantes de esta conducta, situación que no se cumple en primer momento por lo que considera que la sentencia emitida por la Sala de la Corte Provincial de lo Penal de Cañar, viola lo que corresponde a la motivación de la sentencia, al no aplicar la norma pertinente... Agrega, en segundo lugar, que el tipo penal por el que se le acusa, es por el de violación, y correspondía por aplicación del principio de legalidad, las normas del debido proceso, aplicando inclusive el artículo 309 numeral 2 del Código de Procedimiento Penal, analizar los elementos o analizar todos aquellos indicios que se le puso en su consideración, y fundamentar como manda el Código de Procedimiento Penal, establecer los fundamentos de hecho de la sentencia, para luego analizar la conducta del ciudadano y posteriormente encasillar obviamente esa conducta al tipo penal determinado, el juez sin duda de acuerdo con la exigencias del Código de Procedimiento Penal en el artículo 304.1 y 309, numerales 2, 3, 4, le correspondía analizar esta conducta que se puso a su consideración y darle la calificación jurídica aplicando a esta conducta o encasillando esta conducta en un tipo penal determinado, considera en este caso la defensa, que sin duda los señores jueces en la sentencia califican inadecuadamente el tipo penal a la conducta del ciudadano, por consideran en este caso, es una aplicación indebida de los artículos 512, 513 y 515 del Código Penal, pues, se conoce, que todo tipo penal tiene o está constituido por elementos objetivos, subjetivos y normativos para poder encasillar la conducta de un ciudadano, en el caso concreto al encasillar esta conducta en el artículo 512 del Código Penal, existe un error de aplicación por que el artículo 512 que establece y tipifica el delito de violación absolutamente claro entre los elementos objetivos, subjetivos y normativos. Procede a dar lectura de la norma, para luego señalar, que según la norma, violación es el acceso carnal con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; y las otras circunstancias de agresiones sexuales con otros tipos de objetos, en este caso la niña se refería que existía la agresión con el miembro viril del profesor, pero de las constancias de los fundamentos de hecho que constan en la sentencia no se puede llegar a la conclusión con la certeza que exige el artículo 304.A del Código de Procedimiento Penal, de que se está frente a una violación, porque no se demostró científicamente el acceso carnal, si su defendido tiene que responder por estos actos, sin duda debe responder por aquello que realmente cometió y no por aquellos actos que están en la mente del juzgador como lo califican subjetivamente, violando inclusive el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, esto es, aplicar las reglas de la sana crítica, no se demuestra que exista la penetración..., violando inclusive el artículo 4 del Código Penal, que establece la presunción de inocencia de su defendido, el artículo 76 numeral 2 de la Constitución, y sin duda al haberse calificado inadecuadamente la conducta de su defendido encasillándole en el tipo penal que no correspondía; que también existe aplicación indebida del artículo 513 que sanciona a su defendido por el delito de violación a la pena de dieciséis años, como él era profesor de acuerdo al artículo 515 se le sube cuatro años más la pena, es decir se le impone la pena de 20 años, aplicando

una vez más de forma inadecuada y errónea del artículo 513 y 515 del Código Penal, esta situación señores jueces viola la Ley, viola la garantías del debido proceso, las garantías constitucionales que tiene su defendido, y esto ocurre señores jueces por una sencilla razón, porque se le acusaba de haber agredido sexualmente a 4 niñas y obtuvo una sentencia condenatoria en otro caso anterior a este, y entonces los señores jueces lamentablemente prejuiciados ya no analizaron la conducta del defendido en este caso particular y subsumieron la conducta al caso anterior de una sentencia condenatoria por lo que se ha violado el artículo 76 numeral 7 literal k) de la Constitución de la República, al no haberse comprobado conforme a derecho la existencia de la infracción. Por lo que solicita se case la sentencia, porque al concurrir a la Corte Nacional de Justicia lo hace con el objetivo buscar se haga justicia, se considere que la conducta de su defendido podría estar encasillada en lo establecido y descrito en el Código Penal, como atentado al pudor o bien en el delito de tentativa de violación, por lo que el procesado pide que se tome en consideración la fundamentación y se case la sentencia.

4.2.- INTERVENCIÓN DEL REPRESENTANTE DE LA FISCALÍA.- La Abogada Gabriela Valdivieso Ortega, Asesora y Delegada del señor Fiscal General del Estado, quien manifiesta: “Que en primer lugar el acusado ha ejercido el derecho y garantía al doble conforme, obteniendo dos sentencias que declaran su culpabilidad; en segundo, respecto a lo sostenido en cuanto la sentencia no se encuentra motivada, señala que en la sentencia se establece las normas y principios aplicables al igual que explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho tal como lo señala el literal k) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República; de igual modo, agrega que, en el considerando cuarto de la sentencia si bien se realiza una simple enunciación de la prueba, en los considerandos siguientes se establece claramente como cada una de estas pruebas han servido para comprobar tanto la materialidad de la infracción cuanto la responsabilidad del acusado, respecto a las pruebas que han servido para probar la materialidad de la infracción; en la sentencia se señala claramente en primer lugar que se encuentra la partida de nacimiento de la víctima según la cual se desprende que la niña es una menor de edad de diez años once meses al momento en que se presentó la denuncia, de igual modo, como lo ha señalado el abogado del acusado en el examen del médico legista, se establece y no se puede descartar la penetración, pues en el testimonio del médico legista rendida en la audiencia de juzgamiento, señala en la letra e) en este sentido la menor habría sido víctima en este caso específico de penetración por existir mayor elasticidad del esfínter anal de la niña, de igual modo la médico psiquiatra en la audiencia de juzgamiento señala que si bien es cierto la niña tiene déficit en su desarrollo, producto de la ausencia de figura materna, este cuadro ha sido agravado, en esta caso por el abuso del Director de la escuela que anteriormente había sido su profesor, respecto a la responsabilidad del acusado si bien el testimonio de la víctima no constituye prueba plena, los jueces tienen que juzgar en base a su sana crítica y esta prueba tiene una validez especial en el caso de los delitos sexuales, sobre todo porque el delito lo cometen generalmente sin la presencia de testigos y en lugares ocultos, el testimonio de la menor es muy claro en el sentido de que su profesor le ha llevado a la oficina a limpiar el aula con otras tres niñas más de su edad, que dos se quedaban cuidando la puerta y que

con dos el entraba y ella es muy clara al utilizar la palabra me penetraba por detrás, a mas de eso señala que es afirmado por otras tres compañeras quienes señalan exactamente los mismos hechos en el sentido de que el acusado abusaba de ellas sexualmente e inclusive en ocasiones les pagaba un dólar, señalando que por favor no dijese nada a sus madres pues lo llevarían a la cárcel por este hecho, que a más de lo mencionado existe el testimonio de dos personas del INFA, que atendieron las llamadas anónimas y que acudieron a la escuela a entrevistar al acusado y a las niñas, quienes se ratificaron en el testimonio que el señor abusaba sexualmente de ellas, por lo mencionado, la sentencia establece correctamente el tipo penal que es el tipificado en el artículo 512 numeral 1 del Código Penal, y sancionado en el 513 del mismo cuerpo legal y la agravante del artículo 515 Ídem, por cuanto en este caso, siendo el director de la escuela en donde estudiaba la niña, él tenía una jerarquía, una superioridad con la niña, posteriormente indica que señalará específicamente por qué se aplicó el hecho de que se le subió la pena de cuatro años aplicándose el artículo 515 del Código Penal. A más de lo mencionado, solicita, se tome en cuenta el artículo 44 de la Constitución de la República que consagra el principio del interés superior del niño, y que señala claramente que sus derechos prevalecerán sobre los demás, el artículo 46 (da lectura a la norma), en virtud de lo expuesta solicita que se declare la improcedencia del recurso de casación interpuesto. **QUINTO: MARCO JURÍDICO: 5.1.** Es pertinente establecer el marco jurídico, jurisprudencial y doctrinario para luego analizar el fondo del cuestionamiento a la sentencia recurrida: **5.1.1.-** La Constitución de la República, en el artículo 66, numeral 3, literal a) establece: “Se reconoce y garantiza a las personas: ...El derecho la integridad personal, que incluye: La integridad física, psíquica, moral y sexual”. **5.1.2.-** La misma Norma Constitucional en el literal b) del numeral y artículo antes citado expresa: “Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida en contra de las mujeres, *niñas, niños y adolescentes*, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomaran contra la violencia, la esclavitud y la explotación”. **5.1.3.-** Artículo 44 de la Constitución.- “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y aseguraran el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas” **5.1.4.-** La Supremacía Constitucional, consagrado en el artículo 425, coloca a la Carta Magna en la cúspide de la escala de valores a tener en cuenta por el Juzgador, en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, los Jueces tienen el deber de 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 a lo establecido en el artículo 78; pues, solo así se garantiza el equilibrio que hace posible el Principio de Universalidad, consagrado en el numeral 2 del artículo 11 ibídem. **5.1.5.-** El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y debe hacer efectivos los principios de simplificación, uniformidad, eficacia,

inmediación, celeridad, economía procesal, así como, la aplicación de las garantías del debido proceso, sin sacrificar la justicia por la omisión de meras formalidades², principios desarrollados en el Código Orgánico de la Función Judicial, que enfatiza el principio de celeridad³, esto es, que la Administración de Justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación, como en la resolución de la causa y en la ejecución de lo decidido. **5.2.- NORMATIVA INTERNACIONAL.- 5.2.1.-** La Declaración de los Derechos del Niño, Proclamada por la Asamblea General en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959, aún en su preámbulo, establece: “Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento, y que, la necesidad de esa protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño”. **5.2.2.-** Principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño, manifiesta: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”. **5.2.3.-** Artículo 5 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, establece: “Derecho a la Integridad Personal.- 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”. **5.3.- NORMATIVA SUSTANTIVA. 5.3.1** El Código Penal Ecuatoriano, en su artículo 512 establece: “...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 objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo, en los casos siguientes: 1.- Cuando la víctima fuera menor de catorce años; .- Cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuanto por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiese resistirse; y, 3.- Cuando se usare la violencia, amenaza o intimidación...”. **5.3.2** Artículo 515 Ídem.- “El mínimo de las penas señaladas por los artículos precedentes será aumentado con cuatro años: ...*-Si los procesados son de los que tienen autoridad sobre la víctima”. **5.4.- NORMATIVA SOBRE CASACIÓN PENAL.-** 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 del control de legalidad en los fallos de instancia de acuerdo a lo establecido en el artículo 10, inciso segundo, del Código Orgánico de la Función Judicial. **SEXTO: ANÁLISIS DE ESTE TRIBUNAL. 6.1.-** El Recurso de Casación es un recurso extraordinario y formal, permite controlar si el Tribunal inferior ha violado la Ley y si dicha violación ha causado gravamen al recurrente, tiene causales específicas

² Artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador.

³ Artículo 20 del Código Orgánico de la Función Judicial.

para su interposición, las que, en nuestra legislación, se encuentran expresadas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, que manifiesta: “El Recurso de Casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación. No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba”. **6.2.-** Ahora, hay que analizar el significado que tiene cada una de las causales que el Código de Procedimiento Penal establece, para la interposición del Recurso de Casación, de lo que tenemos: a) Contravenir expresamente a su texto; es decir, violar la ley por hacer lo que esta no dispone; b) Hacer una falsa aplicación de la ley; se puede dar cuando la constancia fáctica del presupuesto delictivo se ajusta a otra realidad y se le aplica una norma que no le corresponde, por ejemplo, hacer una errónea tipificación; c) Interpretar erróneamente la Ley; es decir, ir más allá de su espíritu, o del su alcance, de su contenido. **6.3.-** El carácter formal, del recurso no admite la realización de un nuevo estudio del proceso, ni una nueva valoración de las pruebas. Ricardo C. Núñez, expresa: “El de Casación es un recurso extraordinario porque no implica la posibilidad del examen y resolución “ex novo” de la cuestión justiciable, en todos sus aspectos de hecho y de derecho, sino, únicamente, el examen y resoluciones por éste de la aplicación de la ley procesal o sustantiva hecha en el caso, por el tribunal “A quo”. De manera que, este recurso no faculta al Juzgador, a realizar un nuevo examen de la prueba actuada dentro del proceso, y tiene como objetivo corregir los errores de derecho que vicien la legalidad de la sentencia, por uno de los motivos consignados en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. La discordancia entre la verdad fáctica y su reconstrucción contenida en la sentencia, no pueden abrir nunca la vía de la Casación”. El Tratadista Fabio Calderón Botero, en su obra Casación y Revisión en materia penal, manifiesta: “Es un juicio técnico jurídico, de puro derecho sobre la legalidad de la sentencia, también conocido por la doctrina como error in iudicando...”; el Dr. Orlando A. Rodríguez en su libro Casación y Revisión Penal manifiesta: “La proposición jurídica es una carga procesal para el impugnante, que debe identificar y demostrar un error, atribuido al orden judicial sentenciador de instancia, y a partir de la causal legal, construir un argumento de sustentación para que el Tribunal o la Corte de Casación, ejerza el Control Constitucional y legal de la sentencia impugnada. **6.4.-** En el caso que nos ocupa, con respecto del argumento del recurrente, de que la sentencia no se encuentra motivada, revisada la sentencia, se ha observado que la misma reúne los requisitos del artículo innumerado colocado a continuación del artículo 304 y 309 del Código de Procedimiento Penal, es armónica y guarda coherencia en su parte expositiva y la parte resolutive; se ha dicho, por parte del casacionista, que no se establece en la sentencia el delito por el cual se lo ha condenado, lo cual, también es alejado a la verdad, ya que del análisis realizado, se observa que en el considerando Decimo Cuarto, el Tribunal expresa que el delito imputado, es el que se encuentra tipificado en numeral 1 del artículo 512 del Código Penal, y que el mismo se encuentra sancionado por el artículo 513 Ídem, encuadrando en la sentencia, las acciones realizadas por el procesado a la configuración del tipo penal de violación acusado, por el hecho de haber mantenido acceso carnal vía anal con una persona, menor de catorce años de edad. **6.5.-** A criterio del

Tribunal, la pena impuesta al recurrente, es proporcional al hecho cometido, por cuanto claramente se observa que la ofendida es una menor de edad, comprendida del grupo de atención prioritaria, a quienes el Estado, representado en esta caso por este Tribunal de la Corte Nacional de Justicia, debe dar protección, debe velar por el desarrollo psicosocial, sin perturbaciones, por que las armonías de esa persona se desarrollen de forma correcta, recordando además que, para los casos de delitos sexuales, en que la víctima sea menor de catorce años de edad, en la legislación ecuatoriana, no importa el consentimiento que la víctima en esas circunstancias, haya aportado para el cometimiento del ilícito, lo que tampoco se da en el presente caso. **6.6.-** En cuanto a la falta de prueba en el proceso, argumentada por la defensa, Manuel Mirando en su obra “Mínima edad probatoria en el proceso penal”, promueve un criterio que comparte el Tribunal, por tanto, el testimonio rendida por la niña, con las connotaciones especiales que rodean a este tipo de delitos, es suficiente para llegar a establecer la responsabilidad del procesado. Entre lo dicho por la menor, el Médico legista, el psicólogo, y por otros peritos que participaron en la audiencia de juzgamiento, sus testimonios tienen una congruencia y univocidad, que permite cumplir con los fines de la prueba, además, de que hay otras menores que han estado en las mismas circunstancias, testimonio unívoco al de la víctima, que corroboran y dan la certeza que tuvo el juzgador para arribar a la conclusión que ha llegado. **6.7.-** El artículo 44, artículo 46 y artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador, los dos primeros en cuanto a derechos de los menores de 18 años, el último mencionado en cuanto a los derechos de la víctima de no ser revictimizada por el sistema judicial del Ecuador, por que el dejar un delito en impunidad, equivale a revictimizar a la víctima, y eso mina la paz social y hace débil la democracia de un Estado. Si en algo fallado el Tribunal juzgador es en que no consideró, el hecho como lo dice el propio defensor del procesado, era reincidente, y que se ha verificado la agravante constante en el artículo 515 del Código Penal ecuatoriano por lo que la pena que hubiese correspondido era de veinte y cinco años, no sujeta a modificación, de conformidad con el artículo 169 de la Constitución, que establece que el sistema procesal debe ser un medio para la realización de la justicia. **6.8.-** Si se toma en consideración que la violación es un delito por el cual el bien jurídico protegido es la libertad sexual, esto es, la capacidad que tiene la persona para decidir con quien mantiene relaciones sexuales en forma voluntaria, y alcanzar su aptitud reproductiva, no podemos dejar de mencionar el hecho de que la víctima en este caso era una niña, ya que al momento de la comisión de la infracción tenía diez años once meses de edad, de tal manera que la relación sexual antes del inicio de esta aptitud está prohibida por la ley, porque perturba e influye negativamente en el desarrollo de la sexualidad de la niña; debiendo añadirse que en el presente caso, existen agravantes de la infracción como son el hecho de que el sujeto activo ejercía en cierto modo autoridad sobre la víctima, perturbando su normal desarrollo bio-sicológico, porque no solo se vulnera su seguridad sexual, sino también se lesiona su integridad moral, al obligarla a soportar actos no comprendidos por su corta edad, atendiendo a su vez que “El orden sexual persigue una finalidad que consiste en garantizar y proteger la formación de la familia para que esta pueda a su vez cumplir con los fines dentro de una organización

social...⁴ **6.9.-** El delito de violación acusado, si, es verdad que, al igual que en los demás delitos, para su configuración deben concurrir elementos propios del tipo, entre ellos, elementos subjetivos y objetivos, de los cuales, sin su concurrencia, no podría hablarse del delito específico de violación ya que se desnaturalizaría; de la lectura de la sentencia recurrida, se observa los elementos del tipo penal de violación se encuentran reunidos y demostrados en la sentencia, la alegación hecha por el casacionista, de que por lógica se puede sostener que al no haber dolor, picazón, sangrado y/o disminución de la capacidad de caminar de la ofendida, sería suficiente para que el juzgador establezca que no ha existido el acceso carnal es desacertarlo, ya que estas circunstancias señaladas por el procesado no se constituyen en elementos del tipo, necesarios para la configuración del delito, por lo que no merecen el análisis, más aun, cuando del hecho denunciado se tiene que la infracción venía siendo cometida por el lapso de un año atrás, por lo que toda lesión reciente sería imposible de establecer en mérito al tiempo que la medicina legal establece para ellas; la pretensión esgrimida por la defensa del procesado, de que se case la sentencia en base, al argumento de que el informe médico legal, en sus conclusiones, no establece lesiones en el esfínter anal de la víctima, sino solamente manifiesta que el esfínter anal se encuentra distendido, hace necesario que por medio de este Tribunal se recuerde que la prueba tomada en cuenta por el juzgador de conformidad con lo establecido por el Código de Procedimiento Penal, y las reglas de la valoración de la prueba, es únicamente la que fuera producida en juicio por lo que la prueba se constituye en el testimonio del perito y no en el informe realizado dentro de la Instrucción Fiscal. **SEPTIMO: DECISIÓN DE ESTE TRIBUNAL.** Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, **“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”**, de conformidad con lo establecido en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, **RECHAZA** por **IMPROCEDENTE**, el Recurso de Casación interpuesto por el recurrente **SERGIO ENRIQUE NÁRVAEZ SUÁREZ**, por considerar que no se ha violado la Ley, por tanto no hay error de Derecho que corregir en la sentencia, en los términos establecidos en el artículo 349 Ídem, en consecuencia, devuélvase el proceso al inferior, para la ejecución de la sentencia.- Actúe en la presente causa la Dra. Martha Villarroel, Secretaria Relatora, encargada.- **Hágase saber, cúmplase y publíquese.**

Fdo.) Dres. Wilson Merino Sánchez, Juez Nacional Ponente, Jorge M. Blum Carcelén, Paul Iñiguez Ríos, Jueces Nacionales de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia. Certifico.- f.) Dra. Martha Villarroel Villegas, Secretaria Relatora (E).

Particular que pongo en su conocimiento para los fines de Ley.

CERTIFICO: Que las (10) fotocopias que anteceden son iguales a su original. Quito, 3 de octubre del 2012.

f.) Dra. Sara Jiménez Murillo, Secretaria Relatora (E).

No. 128-2011 MAV

DELITO: Estupro.
IMPUTADO: Molina Álvarez José.
OFENDIDA: Fajardo Guamán Flor María.
JUEZ PONENTE: Dr. Wilson Merino Sánchez.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL

Quito, 26 Julio del 2012; a las 12h45.

VISTOS: 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 de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 183, del Código Orgánico de la Función Judicial. 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, este 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...”. Por lo expuesto, En calidad de Jueces de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia y como miembros del Tribunal sorteado conforme obra de las razones actuariales, para el conocimiento y resolución del recurso de casación, interpuesto por José Rafael Molina Álvarez, por ser su derecho, el de recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos, de conformidad con el artículo 76 numeral literal m de la Constitución, quien por considerar que interpretación realizada por el juzgador es errada, la misma que la condena a la pena de un año de prisión correccional, por considerarlo autor responsable, del delito de estupro, tipificado y sancionado en los artículos 509 y 510 del Código Penal, la misma que fuera confirmada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** Este Alto Tribunal, de la Sala Especializada de lo Penal, es

⁴ Los delitos sexuales, Manual de Investigación.- Leo Julio Lencione, enero 2002.

competente para conocer y resolver los recursos de casación y revisión, conforme lo dispone los artículos 184.1 y 76.7.k, de la Constitución de la República del Ecuador; en relación directa con los artículos 184 y 186.1, del Código Orgánico de la Función Judicial; y, el artículo 349 Código de Procedimiento Penal. **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** El recurso de casación ha sido tramitado conforme las normas procesales de los artículos 352 y 354 del Código de Procedimiento Penal, vigente al 23 de marzo del 2009; asimismo se ha aplicado lo que dispone el artículo 76.3, de la Constitución de la República del Ecuador, por lo que se declara su validez. **TERCERO.- ANTECEDENTES.-** Con fecha 13 de Mayo del año 2010, a las 11:28, comparece a la Fiscalía de la ciudad de Chunchi, la menor J.R.S.F (Se omite el nombre de la ofendida)¹ la misma que por requisitos legales lo hace en compañía de su madre, en calidad de Curadora Ad-litem, con el fin de presentar la denuncia verbal, la misma, en la que se narran los siguientes hechos: “Que en el mes de marzo del mismo año, en una fecha que no recuerda exactamente, se habría quedado una tarde haciendo prácticas de la asignatura de Ciencias Naturales, en el colegio Técnico Agropecuario de ese Cantón, ya que se encontraba cursando en primer año en ese colegio, que luego de terminar las practicas se habría dirigido hasta el parque central, en donde se habría encontrado con el señor José Rafael Molina Álvarez, quien se desempeñaría como chofer del colegio donde ella estudiaba, preguntándole el, si ya se iba a la casa, a lo que ella respondiera que si, y como se trataba de una persona conocida y que vivía cerca del domicilio de la menor, esta habría aceptado embarcarse en su carro y que él le llevara hasta su casa, en donde ella se habría puesto a llorar, siendo la reacción de José Molina, la de preguntarle a la menor el porqué de su llanto, a lo que la niña, respondiera que su madre le había pegado el día anterior, por lo que este individuo le habría aconsejado que le haga caso a su mamá y le habría dado un abrazo y le había dicho que no llore, proponiéndole que se pasaran a la parte de atrás de la camioneta, en donde habrían mantenido relaciones sexuales con el consentimiento de la menor”, hecho por el cual se iniciara luego una instrucción fiscal y posterior enjuiciamiento del señor José Rafael Molina Álvarez, por el delito de estupro, llegando así a la imposición de una pena al considerarlo autor del mismo, por lo que siendo confirmada por la Sala Penal de la Corte Provincial, llega a conocimiento de esta Tribunal por el recurso de Casación interpuesto por el sentenciado. **CUARTO.- ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACION DEL RECURSO. 4.1 DEL RECURRENTE, JOSÉ RAFAEL MOLINA ÁLVAREZ:** Quien en la audiencia oral y pública fundamentan el recurso de casación, por el interpuesto y sostenido por su abogado defensor el doctor Freddy Erazo, manifestando que: “Que la inconformidad a la sentencia dictada por el Tercer Tribunal de Garantías Penales de Chimborazo con sede en Alausí y ratificada por los jueces de Chimborazo radica en que, para dictarla sentencia e imponer la sanción de un año de prisión, al

procesado, solo analizaron la edad de la menor que a la época tenía 15 años dos meses, siendo este el elemento sustancial para imponer la condena. Los elementos constitutivos del estupro tipificado en el artículo 509 del Código Penal, son la seducción y el engaño; y en el análisis de las resoluciones impugnadas no se encuentra el engaño ni la seducción para haber mantenido las relaciones sexuales la menor J. R. S. F. con su representado, siendo ese el fondo de la sentencia e impugnación, negando el propio testimonio de la menor, diciendo que, lo por ella manifestado es irrelevante para el caso. Que no fue un engaño o seducción sino un acto espontáneo y voluntario, porque la chica estaba molesta, herida por lo que le había hecho su madre el día anterior; por lo tanto no existe mérito suficiente en las resoluciones dictadas, en donde está configurada la seducción y engaño para imponer la sanción, razón por la que solicita se profundice en el análisis del estupro, que no están motivadas como establece la ley en las resoluciones por parte de los señores jueces, estos dos elementos, y al no haber encontrado los elementos configurativos del delito, no debieron haber impuesto la sanción a su representado. Por lo tanto solicita se case la sentencia y ratifiquen la inocencia de su defendido”. **QUINTO.- ARGUMENTACIÓN DEL SEÑOR FISCAL GENERAL DEL ESTADO 5.1.-** El doctor José García Falconí, Asesor y Delegado del señor Fiscal General del Estado, al contestar la fundamentación del recurso de casación señala que: “En este caso, el Tercer Tribunal de Garantías Penales de Chimborazo con sede en Alausí dicta

conformidad al artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador que señala: “Art. 44.- 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”; “Código de la Niñez y Adolescencia: artículo 1. Finalidad Este Código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad. Para este efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral; artículo 50 Derecho a la integridad personal.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se respete su integridad personal, física, psicológica, cultural, afectiva y sexual. No podrán ser sometidos a torturas, tratos crueles y degradantes. Artículo 52.- Prohibiciones relacionadas con el derecho a la dignidad e imagen. Se prohíbe(...) 3. La publicación o exhibición de noticias, reportajes, crónicas, historias de vida o cualquiera otra expresión periodística con imagen o nombres propios de niños, niñas o adolescentes que han sido víctimas de maltrato o abuso; 4. La publicación o exhibición de imágenes y grabaciones o referencias escritas que permitan la identificación o individualización de un niño, niña o adolescente que ha sido víctima de maltrato, abuso sexual o infracción penal, y cualquier otra referencia al entorno en el que se desarrollan; artículo 53.- Sin perjuicio de la natural vigilancia de los padres y maestros, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se respete la intimidad de su vida privada y familiar; y la privacidad e inviolabilidad de su domicilio, correspondencia y comunicaciones telefónicas y electrónicas, de conformidad con la ley.

¹ Se omite el nombre de la ofendida en la presente sentencia, a fin de evitar su exposición pública y que perjudiquen a desarrollo personal, social e integral; quien en adelante será identificada con las iniciales de sus nombres y apellidos (ESEV), considerando que las sentencias de casación son de reproducción pública en la Gaceta Judicial. Por lo que de

sentencia señalando que, al contar con la certeza de la existencia del delito de estupro tipificado y sancionado en los artículos 509 y 510 del Código Penal, así como de la responsabilidad del señor José Rafael Molina Álvarez, le condena a la pena de un año de prisión, el sentenciado interpone recurso de apelación, el mismo que al ser resuelto por la Sala Penal de la Corte Provincial de Chimborazo, confirma la sentencia apelada, por lo que existe el doble conforme. El abogado de la recurrente, ha señalado que las relaciones sexuales con la menor ofendida eran de mutuo acuerdo, lo cual no es verdad, pues el testimonio de la menor J. R. S., de 15 años de edad, señala que el recurrente le ofreció matrimonio, formar una familia, llevarle a la ciudad de Riobamba para que tenga una mejor educación, y por esa razón se entregó la primera vez, siendo que fue engañada y seducida para tener relaciones sexuales con el hoy recurrente. Siendo que la sentencia de la Sala Penal de la Corte Provincial de Chimborazo, se encuentra debidamente motivada, por lo que solicita se rechace el recurso interpuesto, sobre todo de conformidad con el Art. 44 de la Constitución de la República, que habla sobre el interés superior de las niñas, niños y el adolescentes, estableciendo que sus derechos estarán sobre los derechos de los demás; en tal virtud, toda vez que no se ha fundamentado en forma debida el recurso de casación por parte del recurrente, solicita se devuelva el proceso, a fin de que se dé cumplimiento a la sentencia dictada por del Tribunal inferior". **SEXTO.- CONSIDERACIONES DE ESTE TRIBUNAL. 6.1 DEL RECURSO DE CASACIÓN 6.1.1** "...La casación, como un juicio sobre la sentencia que es, no puede entenderse como una instancia adicional, ni como potestad ilimitada para revisar el proceso en su totalidad, en sus diversos aspectos fácticos y normativos sino como una fase extraordinaria, limitada y excepcional del mismo..."² **6.1.2** La Corte Suprema de Justicia de Colombia ha hecho importantes fallos definitorios de la casación así podemos mencionar: "*Casar, en derecho, equivale a anular; de suerte que el recurso de casación no es otra cosa que un recurso de nulidad del fallo contra el cual se ejercita, y por esta razón para expresar que se casa una sentencia, se emplean indistintamente las formas verbales anulase, invalidase y casase*"³ "*La casación tiene por objeto la defensa del sistema jurídico a través del control de las sentencias judiciales, en cuanto al quebrantamiento del derecho por las resoluciones de los jueces. Pero su finalidad fundamental es eminentemente de carácter público, de utilidad social, por encima de pretensiones individuales de contenido privado. El recurso extraordinario de casación es un juicio técnico jurídico, de puro derecho sobre la legalidad de la sentencia, sobre el proceso en su totalidad o en diversos sectores del mismo...*"⁴ **6.1.3** De los conceptos y ponencias antes mencionadas podemos establecer que el recurso de casación se caracteriza por ser un medio de impugnación de carácter extraordinario, limitado en su aplicación, que tiene como fin corregir los yerros en la aplicación de la Ley en sentencia;

y, por tanto, afecte a la seguridad jurídica y genere un perjuicio al recurrente. Es de carácter técnico por cuanto requiere de una fundamentación jurídica en base a las causales normativas establecidas en la ley, y restringido por cuanto no permite una apreciación amplia de los hechos y pruebas practicadas ante el juez a quo; sino solo de errores sistemáticos de la sentencia. **6.1.4** El Tribunal de Casación, al ser el máximo Juez, en justicia ordinaria, debe, en caso de establecer la existencia de errores, rectificar la sentencia, restableciendo el ordenamiento jurídico vulnerado y garantizando los principios tutelares del debido proceso, como mecanismos que permitan la aplicación de una justicia equitativa e imparcial en todos los casos y para todos los miembros de una sociedad. Así lo ha expresado Ralph Waldo Emerson: "*Una injusticia hecha en perjuicio de uno solo es una advertida amenaza contra todos*". **6.2 DE LA FUNDAMENTACIÓN DEL TRIBUNAL.- 6.2.1** Previo a emitir un criterio en relación a este caso, es importante para este Tribunal considerar lo siguiente: El artículo 66, numeral 3, literal a) de la Constitución de la República del Ecuador establece: "Se reconoce y garantiza a las personas: ...El derecho la integridad personal, que incluye: La integridad física, psíquica, moral y sexual". En el literal b) del numeral y artículo antes citado expresa: "Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida en contra de las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación". En concordancia con el artículo 44 de la Constitución de la República, que establece: "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..." **6.2.2.** La Supremacía Constitucional, consagrado en el artículo 425, coloca a la Carta Magna en la cúspide de la escala de valores a tener en cuenta por el Juzgador, en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, los Jueces tienen el deber de 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 justiciarios; sino también de las víctimas del delito conforme a lo establecido en el artículo 78; pues, solo así se garantiza el equilibrio que hace posible el Principio de Universalidad, consagrado en el numeral 2 del artículo 11 ibídem. **6.2.3.** El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y debe hacer efectivos los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad, economía procesal, así como, la aplicación de las garantías del debido proceso, sin sacrificar la justicia por la omisión de meras formalidades⁵, principios desarrollados en el Código Orgánico de la Función Judicial, que enfatiza el principio de celeridad⁶, esto es, que la Administración de Justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación, como en la resolución de la causa y en la

² Torres Romero Jorge Enrique y Puyana Mutis Manuel Guillermo.- Manual del recurso de casación en materia penal. Medellín. 2da Edición 1989.

³ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Penal. Sentencia de 20 de septiembre de 1924, Gaceta Judicial T XXXI.

⁴ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Penal. Ponencia del Magistrado Alvaro Luna Gómez. Providencia de 4 de julio de 1981.

⁵ Artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador.

⁶ Artículo 20 del Código Orgánico de la Función Judicial.

ejecución de lo decidido. **6.2.4. Normativa sustantiva.-** El Código Penal establece en su artículo 509.- *Llámase estupro a la copula con una persona, empleando la seducción o engaño para alcanzar su consentimiento. Y en el artículo 510 del mismo Código establece: El estupro se reprimirá con prisión de tres meses a tres años si la víctima fuere mayor de catorce años y menor de diez y ocho.* **SEPTIMO.- ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE LA SALA.-** 7.1.-El Recurso de Casación, es el medio extraordinario, por el cual una de las partes que intervinieron en el proceso, intenta que se corrija el error de derecho del que crea, adolece la sentencia, y por el cual, estima se le ha producido un gravamen al ejercicio de sus derechos; entendiéndose que, por ser extraordinario, es también limitado, debiendo ceñirse únicamente al análisis de la sentencia, en contraste con la causal invocada para su interposición, siendo las establecidas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, las mismas que están determinadas de la siguiente forma: “El recurso de casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se haya violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación”. 7.2.- El delito de estupro, es por su naturaleza, uno de los más discutidos, en cuanto a la punibilidad de la conducta típica, esto en el análisis de que, por lo general las conductas delictivas son de aquellas que van en contra de la voluntad de la víctima (robo, asesinato, lesiones, etc....); más, en nuestro ordenamiento jurídico existen tipos penales (de los contemplados dentro de los delitos contra la libertad sexual), que a pesar de no irse en contra de la voluntad de la persona agredida (sino más bien, que para la consumación y configuración del tipo penal se hace necesaria su participación al grado de prestar por sí misma el consentimiento), vulneran bienes jurídicos tutelados y por ello causan una alarma social. De lo expuesto, se colige que en la perpetración de este delito, no concurre la violencia o algún otro medio de coerción física en contra de la persona agraviada, sin que ello signifique que el consentimiento de la agraviada exima de responsabilidad al sujeto activo del delito, ya que de la lectura del artículo 509 del Código Penal, podemos notar que, dentro de los elementos del tipo, como acción tenemos el acceso carnal, y como elemento también tenemos la seducción⁷ o el engaño como medio de alcanzar el consentimiento de la víctima, puesto que de concurrir al tipo penal ya sea la violencia, intimidación o cualquier otro medio de coerción física, no estaríamos frente a un tipo penal de estupro si no de violación, por lo cual, no sería importante la consideración de la edad de la agredida para la configuración del delito, aclaración que se realiza por el argumento del recurrente de que las relaciones que habría mantenido con la menor, habrían sido con su consentimiento y voluntad, indicando además que al no haber violencia no existiría delito, más aun, cuando señala que la menor sería quien le habría inducido a él a mantener las relaciones sexuales, lo que es tremendamente increíble,

que se pretenda hacer creer a este Tribunal que un hombre de 48 años de edad, que ha tenido dos compromisos, de los cuales ha procreado varios hijos, pueda ser manipulado por una menor de 15 años, y más preocupante nos resulta, que como medio de defensa el abogado del recurrente exprese que la menor habría sido quien indujo al señor José Molina a mantener relaciones sexuales y que en su defensa sostenga que la menor ya habría mantenido relaciones anteriormente con alguna otra persona, debiendo recordarle que aun, sin tomar en cuenta que la ofendida es menor de edad la normativa legal establece que, el comportamiento público no privado de la víctima, anterior a la comisión del delito sexual o de trata de personas, no será considerado dentro del proceso (artículo innumerado 16 colocado a continuación del artículo 517 del Código Penal), en estrecha relación con lo dispuesto en el artículo innumerado 17 colocado a continuación del artículo 517 del Código Penal que expresa en los delitos sexuales el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad será irrelevante... 7.3.- En la especie, hay que recordar, que al sancionar la conducta del acceso carnal, con una persona menor de edad, lo que el legislador pretende proteger es la libertad sexual, ya que al no contar con la madurez para tomar decisiones tan importantes como lo son las de carácter sexual, no se puede hablar de un verdadero discernimiento y una facultad verdadera para prestar el consentimiento, mas sí lo podemos presumir tratándose de una persona adulta, que por su experiencia, de lo cual es consciente de que está cometiendo en, así el artículo 3 del Código Penal, previniendo esta situación establece: Se presume de derecho que las leyes penales son conocidas de todos aquellos sobre quienes imperan. Por consiguiente, nadie puede invocar su ignorancia como causa de disculpa. Una vez analizada la sentencia, este Tribunal de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, considera que no existe violación alguna a la ley en la sentencia que deba ser corregida en los términos establecidos por el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, la misma que es motivada y cumple con los requisitos del artículo 309 Ídem. Respecto del análisis que manifiesta el recurrente, se precisa que el mismo corresponde al delito de estupro, toda vez que en la fundamentación realizada en la audiencia, sostiene que no existe infracción alguna, al no existir seducción ni engaño para haber alcanzado el consentimiento de la menor y que las relaciones mantenidas con ésta, fueron resultado de acto espontáneo y voluntario. Como sustento para dicha determinación se toma lo que el mismo defensor del recurrente expresa: “porque la chica estaba molesta, herida por lo que le había hecho la madre el día anterior”, por lo que, como ya se manifestó no se puede hablar de voluntad o consentimiento si la agraviada se encontraba en tal estado de vulnerabilidad emocional; pues, de el hecho, que la realidad social demuestre una gran cantidad de casos de esta naturaleza, no hace menos reprochable que un adulto se aproveche de la condición de vulnerabilidad de una menor para accederla carnalmente, sino mas bien, nos cause alarma por la frecuencia con que

⁷ Según Hernández Gallego, consiste en “mendacidad o ardid de que se vale el seductor para que el sujeto pasivo consienta el acto sexual, que de otro modo no hubiera permitido”, es decir, es un vicio del consentimiento, que se remonta a un acto anterior. Mientras, el engaño, que en palabras de Muñoz Conde, dice: habrá que entender, por tanto, cualquier medio fraudulento empleado por el sujeto activo para conseguir la relación que determine causalmente un vicio de voluntad del

sujeto pasivo. Se aseveró también, que los delitos sexuales protegen la libertad e intangibilidad sexual, siendo que el orden jurídico, no reconoce la validez del consentimiento de los menores de 14 años. Sin embargo, este tipo penal, incluye en su esfera de protección, a los menores de dieciocho y mayores de 14 años de edad, puesto, que según el legislador, nos encontramos ante un consentimiento viciado.

se dan estos casos. **OCTAVO.- DECISION DEL TRIBUNAL DE LA SALA.-** Por lo anteriormente expuesto, el presente Tribunal de la Sala Penal Especializada de la Corte Nacional del Ecuador, de conformidad con el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, en ejercicio de sus atribuciones, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, por considerar que en la sentencia recurrida, no existe violación a norma alguna, por tanto, tampoco existe la necesidad de corregir error de derecho producido en la misma, RECHAZA el recurso de casación interpuesto por JOSÉ RAFAEL MOLINA ÁLVAREZ, por considerarlo IMPROCEDENTE, en consecuencia dispone devolver el proceso, al Tribunal de origen, para que se ejecute la sentencia. Actué en la presente causa la Dra. Martha Villarroel Villegas, Secretaria Relatora, encargada.- **Notifíquese y cúmplase.**

Fdo.) Dres. Wilson Merino Sánchez, Juez Nacional Ponente, Jorge M. Blum Carcelén, Paul Iñiguez Ríos, Jueces Nacionales de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia. Certifico.- f.) Dra. Martha Villarroel Villegas, Secretaria Relatora (E).

Particular que pongo en su conocimiento para los fines de Ley.

CERTIFICO: Que las seis (6) copias que anteceden son iguales a su original.- Quito, 3 de octubre del 2012. Certifico.

f.)Dra. Sara Jiménez Murillo, Secretaria Relatora (E).

No. 150-2011 MAV

DELITO:	Violación.
IMPUTADO:	Rodríguez Villareal Juan Carlos.
OFENDIDA:	Hernández Cando Viviana Elizabeth.
JUEZ PONENTE	Dr. Wilson Merino Sánchez.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL

Quito, 18 de Junio del 2012. A las 11h35.

VISTOS: En calidad de Jueces de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia y como miembros del Tribunal sorteado, conforme obra de las razones actuariales, para el conocimiento y resolución del recurso de casación, interpuesto de la sentencia condenatoria, dictada por el Tribunal Primero de Garantías Penales del Carchi, el jueves veinte y cinco de noviembre del dos mil diez, a las quince horas con diez minutos, la misma que fuera

confirmada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Carchi, en la que se condena al recurrente JUAN CARLOS RODRÍGUEZ VILLAREAL, a la pena de dieciséis años de reclusión mayor especial, por considerarlo autor responsable del delito de violación, tipificado y sancionado en los artículos 512.1 y 513 del Código Penal. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** Esta 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. Este 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.”* **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** El Recurso de casación se ha tramitado conforme al ordenamiento penal ecuatoriano; se llevó a cabo la audiencia oral de fundamentación del recurso, a la que asistió el recurrente y el representante del señor Fiscal General del Estado, sin que se haya omitido solemnidad alguna o se haya alterado el procedimiento propio; en tal virtud, se declara la validez de lo actuado. **TERCERO: ANTECEDENTES.-** Mediante denuncia presentada por Viviana Elizabeth Hernández, se hace conocer de la agresión sexual (violación), que sufriera H. E.K.C. (Se omite el nombre de la ofendida)¹ de siete años de edad, por lo que, contando con los elementos suficientes para justificar la existencia de la infracción y la responsabilidad del sospechoso Juan Carlos Rodríguez Villareal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, el Fiscal inicia la etapa de Instrucción en contra del mencionado ciudadano, a quien se le acusa del cometimiento del delito tipificado en el artículo 512.1, del Código Penal, por lo cual se emite dictamen acusatorio por parte del Fiscal de la causa y solicita se dicte auto de llamamiento a juicio. Llevada a efecto la audiencia de juzgamiento se condena, al

¹ Se omite el nombre de la ofendida en la presente sentencia, a fin de evitar su exposición pública y que perjudiquen a desarrollo personal, social e integral; quien en adelante será identificada con las iniciales de sus nombres y apellidos (HEKC), considerando que las sentencias de casación son de reproducción pública en la Gaceta Judicial. Por lo que de conformidad al artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador que señala: “Art. 44.- 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”; “Código de la Niñez y Adolescencia: artículo 1. Finalidad Este Código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad. Para este efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral; artículo 50 Derecho a la integridad personal.- Los niños, niñas

procesado Juan Carlos Rodríguez Villarreal, como autor responsable del delito de violación, imponiéndole la pena de dieciséis años de reclusión mayor especial, hecho, que fuere confirmado por la Sala Penal de la Corte Provincial del Carchi, siendo derecho de las partes, el de impugnar las resoluciones que afecten derechos fundamentales, el sentenciado interpone el presente recurso, por lo que viene a conocimiento de este Tribunal de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia. **CUARTO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.-** En la Sala de audiencias de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, el día lunes diecinueve de abril del dos mil doce, a las catorce horas con cuarenta y cinco minutos, ante los señores doctores: Wilson Merino Sánchez, Jorge M. Blum Carcelén y Paul Íñiguez Ríos, Jueces Nacionales de esta Sala, se llevó a efecto la audiencia señalada en autos con la presencia de los sujetos procesales: el doctor Miguel Ayala Contreras, Abogado defensor del recurrente Juan Carlos Rodríguez Villarreal, y el Doctor Raúl Garcés, Asesor y Delegado del señor Fiscal General del Estado. **4.1.-** El doctor Miguel Ayala Contreras, en defensa del recurrente Juan Carlos Rodríguez Villarreal, quien a continuación, dice: “Que ha interpuesto el recurso de casación fundamentado en lo que disponen los artículos 349 y 350 del Código de Procedimiento Penal, disposiciones legales que tratan de las causales y el término para interponer el presente recurso, en este caso, se viola la Ley por la causal tercera del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, en vista de que la Corte Provincial de Justicia del Carchi, en forma errónea interpreta disposiciones legales, como la contenida en el artículo 252 y segundo caso de la parte final del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, por lo que la Corte Provincial de Justicia del Carchi, debió absolver a su defendido, pues dicha Corte, cometió un grave error de derecho y una violación a la Ley, por errónea interpretación de las normas legales antes citadas, cuando en el considerando segundo de la sentencia se manifiesta, “que es necesario dejar constancia que nuestra intervención como jueces de la Corte Provincial, etc... en la diligencia oral la señora Fiscal Provincial para sustanciar estos argumentos en este juicio, recurrió a los documentos que quedaron en la Fiscalía ...más adelante dice...nosotros entonces estamos avocados a juzgar sobre algo que no aparece de autos”, y terminan concluyendo, que el proceso guarda la debida unidad. Que al juzgar la Corte Provincial

de Justicia del Carchi a su defendido lo hace con duda, conforme lo señala la parte final del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, toda vez, que ninguna de las pruebas constantes y que se practicaron en la instrucción fiscal fueron presentadas ante el Tribunal Penal, por lo que la Corte Provincial de Justicia expresa en el considerando segundo lo anteriormente citado, por lo que solicita se case la sentencia en base a las disposiciones contempladas en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, porque aparte de haberse violado las disposiciones contenidas en el artículo 252 y en el segundo caso del artículo 304-A ibídem, se ha violado las garantías básicas contenidas en artículo 76.4.7 de la Constitución de la República en concordancia con el artículo 427 de la misma norma Suprema; en el supuesto contrario, si la Sala observare que en la sentencia impugnada existe una violación a la ley, solicita case la sentencia en base a lo dispuesto en la parte final del artículo 358 del Código de Procedimiento Penal”. **4.2.-** El doctor Raúl Garcés, quien en representación del señor fiscal General del Estado, a continuación, manifiesta: “Que el recurso de casación es extraordinario que tiene por objeto corregir los errores que haya cometido el juez de instancia en la sentencia, por las tres causales que contiene la norma; esto es, cuando se viola la ley por contravención expresa a su texto; por indebida aplicación de la misma y por errónea interpretación. Recurso que se refiere exclusivamente a la sentencia, por lo tanto el recurrente debe fundamentar cuál de estas causales fue violada en la sentencia dictada por el juzgador de instancia. Que se ha manifestado que el juzgador de instancia, es decir, que la Corte Provincial de Justicia del Carchi, ha violado la ley respecto del artículo 252 y 304-A del Código de Procedimiento Penal; y una vez revisada la sentencia, la fiscalía estima que el juzgador de instancia efectúa una motivación pertinente, haciendo el análisis jurídico que requiere el delito de violación a una menor de 7 años 6 meses, hecho ocurrido el 27 de marzo del 2012, en la ciudad de Tulcán, cuando Juan Carlos Rodríguez, aprovechando que la menor se encontraba jugando en un parque con su primo de cinco años de edad; y encontrándose en estado etílico, le coge y le toma del brazo a la menor y la lleva a un lugar abandonado, donde procede a violarle, mientras que al menor de cinco años le encarga a una señora. Que la materialidad de la infracción se encuentra establecida en la sentencia en el considerando cinco, cuando el juzgador de instancia hace una valoración de la prueba en especial el reconocimiento médico legal practicado por el perito doctor Wilson Montenegro, quien ha concluido de que si existe la violación, con desgarramiento total; mientras que la responsabilidad se encuentra plenamente establecida en el considerando sexto de la sentencia, donde se hace un análisis de la prueba practicada. Además de conformidad con el artículo 258 del Código de la Niñez y adolescencia tiene un principio de interés superior de la menor ofendida, que prevalece sobre cualquier derecho, al igual, los artículos 44 y siguientes, artículo 175 de la Constitución de la República. Agrega, que para juzgar esta clase de delitos, los menores tienen una justicia especializada encargándose de esto la Fiscalía para conocer de delitos de menores; en este caso, el testimonio de la menor tiene preeminencia. Que el recurrente indica que en el considerando segundo no se ha receptado estas experticias con la presencia del Fiscal, que hay que tomar en consideración la norma del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, inciso segundo, que

y adolescentes tienen derecho a que se respete su integridad personal, física, psicológica, cultural, afectiva y sexual. No podrán ser sometidos a torturas, tratos crueles y degradantes. Artículo 52.- Prohibiciones relacionadas con el derecho a la dignidad e imagen. Se prohíbe (...) 3. La publicación o exhibición de noticias, reportajes, crónicas, historias de vida o cualquiera otra expresión periodística con imagen o nombres propios de niños, niñas o adolescentes que han sido víctimas de maltrato o abuso; 4. La publicación o exhibición de imágenes y grabaciones o referencias escritas que permitan la identificación o individualización de un niño, niña o adolescente que ha sido víctima de maltrato, abuso sexual o infracción penal, y cualquier otra referencia al entorno en el que se desarrollan; artículo 53.- Sin perjuicio de la natural vigilancia de los padres y maestros, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se respete la intimidad de su vida privada y familiar; y la privacidad e inviolabilidad de su domicilio, correspondencia y comunicaciones telefónicas y electrónicas, de conformidad con la ley.

establece que los delitos sexuales y de abortos los peritos pueden practicar reconocimientos sin la presencia del Fiscal y el secretario; por lo tanto no es necesario la intervención de dichos funcionarios. Que en relación a lo manifestado, el juzgador de instancia hace una valoración de la prueba de acuerdo a la sana crítica y motiva su sentencia, por lo que la Fiscalía considera que el recurrente no ha fundamentado su recurso conforme lo dispone el art. 349 del Código de Procedimiento Penal, por lo que solicita se rechace el recuso por improcedente. Que el juzgador realiza la tipología en el art. 512.1 del Código Penal, en relación con el art. 513 ibídem, por lo tanto la sanción es la que merece el procesado Juan Carlos Rodríguez Villarreal, como autor del delito de violación, a quien la Corte Provincial del Carchi, resolviendo el recurso de apelación le impone la pena de dieciséis años de reclusión especial; por lo que existe el doble conforme".

QUINTO: MARCO JURÍDICO: 5.1.- Es pertinente establecer el marco jurídico, jurisprudencial y doctrinario para luego analizar el fondo del cuestionamiento a la sentencia casada: **5.1.1.-** La Constitución de la República, en el artículo 66, numeral 3, literal a) establece: "Se reconoce y garantiza a las personas: ...El derecho la integridad personal, que incluye: La integridad física, psíquica, moral y sexual". **5.1.2.-** La misma Norma constitucional en el literal b) del numeral y artículo antes citado expresa: "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 en contra de las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación". El artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador, manifiesta: "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 interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas..." **5.1.3.-** La Supremacía Constitucional, consagrado en el artículo 425, coloca a la Constitución de la República del Ecuador en la cúspide de la escala de valores a tener en cuenta por el Juzgador, en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, los Jueces tienen el deber de 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 a lo establecido en el artículo 78; pues, solo así se garantiza el equilibrio que hace posible el Principio de Universalidad, consagrado en el numeral 2 del artículo 11 ibídem. **5.1.4.-** El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y debe hacer efectivos los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad, economía procesal, así como, la aplicación de las garantías del debido proceso, sin sacrificar la justicia por la omisión de meras formalidades², principios desarrollados en el Código Orgánico de la Función Judicial, que enfatiza el principio de celeridad³ esto es, que la Administración de Justicia

será rápida y oportuna, tanto en la tramitación, como en la resolución de la causa y en la ejecución de lo decidido.

5.2.- NORMATIVA SUSTANTIVA. 5.2.1 El Código Penal ecuatoriano, en su artículo 512 establece: "...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 objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo, en los casos siguientes: 1.- Cuando la víctima fuera menor de catorce años; 2.- Cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuanto por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiese resistirse; y, 3.- Cuando se usare la violencia, amenaza o intimidación..."

5.3.- NORMATIVA SOBRE CASACIÓN PENAL.- 5.3.1 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 del control de legalidad en los fallos de instancia de acuerdo a lo establecido en el artículo 10, inciso segundo, del Código Orgánico de la Función Judicial. **SEXTO: ANÁLISIS DE TRIBUNAL.- 6.1.-** El Recurso de Casación es extraordinario y formal, las causales para que opere el recurso son específicas y en nuestra legislación. Se encuentran establecidas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal: *"El Recurso de Casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación. No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba."*⁴. En relación al recurso de Casación, Jorge Enrique Torres Romero y Manuel Guillermo Puyana Mutis, expresan su criterio diciendo: *"La casación, como un juicio sobre la sentencia que es, no puede entenderse como una instancia adicional, ni como potestad ilimitada para revisar el proceso en su totalidad, en sus diversos aspectos fácticos y normativos, sino como una fase extraordinaria, limitada y excepcional del mismo"; "La casación, es un instituto judicial consistente en un órgano único en el Estímulo que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina, solo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas por los interesados mediante un remedio judicial utilizable contra las sentencias que contengan un error de derecho en la resolución de mérito"*⁵. Siendo un recurso limitado, permite únicamente el control in iure, lo que significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y solo se analizara si el tribunal habría incurrido en una lesión al derecho material o formal⁶ **6.2.-** Que el recurso de casación siendo extraordinario sirve para que el Tribunal de Casación examine la sentencia y

² Artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador.

³ Artículo 20 del Código Orgánico de la Función Judicial.

⁴ Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano.- Art. 349.

⁵ CASACIÓN Y REVISIÓN PENAL. EVOLUCIÓN Y GARANTISMO.- Bogotá, Colombia, 2008. P. 20.

⁶ CORDOVA, Gabriela E. y PASTOR, Daniel R., Derecho Procesal las piezas procesales ahí establecidas, así como el Penal. Buenos Aires-Argentina, Editores del Puerto, 200, pp. 466.

entonces pueda verificar si la misma ha sido emitida bajo los lineamientos que exige la Constitución y la Ley; por ello es que el art. 349 del Código de Procedimiento Penal, ha establecido las tres causales por las cuales procede, la corrección de una sentencia vía Casación. El recurrente a través de su defensor ha manifestado que se ha violado el innumerado colocado a continuación del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, porque aun habiendo duda se ha sentenciado a su representado, lo cual también ha llevado a una violación del artículo 252 del Código de Procedimiento Penal y artículo 76 numerales 4 y 7 letra l) de la Constitución de la República en concordancia con el artículo 427 ibídem, sustentando su alegación en lo manifestado por la Sala Penal de la Corte Provincial, en el considerando segundo de la sentencia emitida, mas, el comentario de la reforma contenida en el ultimo inciso del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, en el cual se establece que para la etapa de juzgamiento se enviara al tribunal solamente cumplimiento de esa norma, no puede tomarse como violación de otra norma, y así abrir el camino de la Casación, por mucho que algunos juzgadores no estén de acuerdo con dichas reformas, recordando que las mismas obedecen al principio Constitucional del Debido Proceso del cual hacen parte, también los principios de inmediación, contradicción, igualdad de oportunidades de las partes e imparcialidad del juzgador, derechos y principio consagrados en el Código Orgánico de la Función Judicial. **6.3.-** Si se toma en consideración que la violación es un delito en el que el bien jurídico protegido es la libertad sexual, es decir aquella capacidad que tiene la persona para decidir con quien mantiene relaciones sexuales en forma voluntaria, y la capacidad también de alcanzar su aptitud reproductiva, no podemos dejar de mencionar el hecho de que la víctima en este caso era una niña, ya que al momento de la comisión de la infracción tenía siete años, de tal manera que la relación sexual antes del inicio de esta aptitud es prohibida, porque perturba e influye negativamente en el desarrollo de la sexualidad de ella; debiendo añadirse que en el presente caso, existen agravantes de la infracción como son el hecho de que el sujeto activo aprovechó la vulnerabilidad extrema de la misma, perturbando su normal desarrollo biosicológico, porque no solo se vulnera su seguridad y dignidad sexual, sino que también se lesiona su integridad moral, al obligarle a soportar actos de naturaleza sexual que no los desea y perturba su desarrollo biosicológico "...El orden sexual persigue una finalidad que consiste en garantizar y proteger la formación de la familia para que esta pueda a su vez cumplir con los fines dentro de una organización social..."⁷ **6.4.-** Ahora, el delito por el cual se ha iniciado el proceso penal, que hoy es materia del presente recurso, es el de violación, delito, el cual para la configuración del tipo, establece tres circunstancias bien definidas, la primera que la víctima sea menor de catorce años; la segunda, que la ofendida se encuentre privada de la razón o del sentido o que por cualquier motivo no le sea posible resistirse, esto es, que de modo alguno se pudiera suponer, que la ofendida haya prestado el consentimiento debido, para que el hecho se cometa; y, la tercera, cuando el agresor haya empleado la violencia, amenaza o intimidación. Ya en el caso sub lite, se puede establecer,

que es en la primera de las circunstancias señaladas, en que el delito acusado, encontraría la configuración de la acción típica, esto a merced de que la ofendida es una menor de siete años, por tanto, la intención del legislador de preservar la libertad sexual de las personas, al sancionar el acceso carnal con menor de catorce años, es, en si justificada pues no se puede hablar de capacidad para prestar consentimiento de una persona que, física ni psicológicamente (Impúber), está desarrollada como para permitirse actos propios de adultos. Peor aun si hablamos de una menor de siete años. **6.5.-** En cuanto, a lo manifestado, por el recurrente que se le ha sentenciado, violando lo preceptuado en los artículos 252 y 304.1 del Código de Procedimiento Penal, al respecto el Tribunal establece que, esta probado en el proceso la materialidad de la infracción con el reconocimiento médico legal practicado a la menor H. E. K. de 7 años, en el cual se establece que la niña presenta desfloración total de su himen, desgarró de su vagina, el cual ha tenido que ser reparado quirúrgicamente, sometiendo a la niña a un proceso con anestesia, inclusive para poder evitar el sangrado que probablemente le hubiese llevado a la muerte. Existe también del proceso, la certeza que el juzgador tiene acerca de la responsabilidad penal del procesado, a fs. 22 se observa el testimonio anticipado que rinde la menor ante el señor Juez Temporal de Garantías Penales del Carchi, con todas las garantías que establece el artículo 119 del Código de Procedimiento Penal, es decir está presente el defensor del procesado, quien interroga a la víctima conforme se observa de fs. 22 vta. en la parte final del testimonio; hay un acta de reconocimiento realizado por el Juzgado en el cual la menor identifica a su agresor, existe el estudio psicológico a la menor ofendida y en la audiencia del juicio, revisada las tablas procesales a fs. 62 consta que el señor Fiscal que actuó en la causa produce como prueba ante el Tribunal de Garantías Penales, el testimonio anticipado, la partida de nacimiento de la menor, el informe médico legal, el informe de historia clínica de la menor en el hospital; es decir se produce prueba de forma que el juzgador al considerar que se ha probado la responsabilidad penal del procesado, no yerra. **6.6.-** Esta convicción lleva a este Tribunal a establecer que no existe violación de la ley ni de la Constitución en cuanto a la sentencia, la misma que es motivada, coherente en su parte expositiva con su parte resolutive, No habiendo, en definitiva, violación a la ley como para que este Tribunal la case. **6.7.-** No debemos olvidar que, por su naturaleza, este tipo de delitos se perpetran en la intimidad, no siendo posible la presentación de testigos presenciales, en cuanto al cometimiento del mismo, por lo que, el testimonio de la víctima adquiere gran relevancia como lo cita la doctrina por el Autor español Manuel Miranda Estampres quien sostiene que el testimonio rendido por la víctima, es suficiente para arribar a una sentencia condenatoria, y no se puede exigir bajo ningún punto de vista que se lleve a la menor a revictimizarla viendo a su agresor y rindiendo un testimonio en una audiencia de juicio, eso atentaría contra la dignidad, contra los derechos y el interés superior de la niña ofendida; además, ella es integrante de un grupo de atención prioritaria y eso conlleva que el Estado a través de nuestro fallo se vele por su protección y bienestar. **6.8.-** Llama la atención a este Tribunal que la Fiscalía no haya interpuesto el recurso de apelación, que no haya impugnado la sentencia emitida por la Sala, porque esto no

⁷ Los delitos sexuales, Manual de Investigación.- Leo Julio Lencione, enero 2002.

ha permitido a este Tribunal por la prohibición existente en el artículo 77.14 de la Constitución de la República, del no reformatio in pejus, de valorar realmente lo que aquí debía establecerse como sanción por este delito, ya que si bien es cierto en el artículo 513 se establece como sanción para el delito de violación, la pena de dieciséis a veinte y cinco años de reclusión mayor especial, la misma debe ser coherente con las circunstancias en que se demuestre se realizaron los hechos, y en el presente caso, es por demás reprochable que una persona haya abusado de la manera en que se demuestra en el examen médico realizado a la ofendida y se le imponga el mínimo de la pena establecida para el hecho, esto en atención a las reglas establecidas por el mismo código de procedimiento Penal, en el cual en su artículo 76.6 establece que la pena se impondrá de acuerdo a las circunstancias del caso, a fin de establecer el grado de alarma que el hecho causa en la sociedad, así como la peligrosidad del procesado para la misma, y así en obediencia al principio de proporcionalidad, imponer la pena que mas se ajuste, de lo cual, a decir de este Tribunal, no se debió imponer al sentenciado la pena mínima establecida, en observación al principio del interés superior de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y del derecho a la integridad física, psíquica y sexual, al que todas las personas tienen derecho. **SÉPTIMO: DECISIÓN DEL TRIBUNAL.-** Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, **“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”**, de conformidad con el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, por no haber encontrado error que corregir en la sentencia sometida a análisis, **RECHAZA, POR IMPROCEDENTE**, el recurso de casación interpuesto por **JUAN CARLOS RODRÍGUEZ VILLAREAL**, en consecuencia se ordena, que se devuelva el proceso a su lugar de origen, a fin de que, se proceda a la ejecución de la sentencia.- **Hágase saber y cúmplase.**

Fdo.) Dres. Wilson Merino Sánchez, Juez Nacional Ponente, Jorge M. Blum Carcelén, Paul Iñiguez Ríos, Jueces Nacionales de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia. Certifico.- f.) Dr. Honorato Jara Vicuña, Secretario Relator.

Particular que pongo en su conocimiento para los fines de Ley.

CERTIFICO: Que las ocho (8) copias que anteceden son iguales a su original.- Quito, 3 de octubre del 2012. Certifico:

f.) Dra. Sara Jiménez Murillo, Secretaria Relatora (E).

No. 209-2011 MAV

DELITO: Tráfico de Drogas.
IMPUTADO: Moscoso Calle Wilson (353 fs.).
OFENDIDO: Estado Ecuatoriano.
JUEZ PONENTE Dr. Wilson Merino Sánchez.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL**

Quito, 18 de Junio del 2012; a las 08:45.

VISTOS: El procesado Wilson Alván Moscoso Calle, interpone Recurso de Revisión de la sentencia condenatoria emitida en su contra, el 13 de octubre del año 2005, a las 17H30, por el Tribunal Cuarto Penal de Pichincha, confirmada en todas sus partes por la Tercera Sala Especializada de lo Penal, de la Corte Superior de Justicia de Quito, por considerar que su conducta se encasilla en lo dispuesto en el Art. 62 de la Ley de Estupefacientes y Psicotrópicas, condenándolo a la pena modificada de diez años de reclusión mayor ordinaria y multa de cien salarios mínimos vitales generales. Concluido el trámite y siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** Esta 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. Este 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.”* **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Revisado el expediente no se encuentran vicios que pudieran generar nulidad procesal, razón por la cual este Tribunal declara la validez de lo actuado. **TERCERO: ANTECEDENTES.-** El señor Agente Fiscal, conoce por el parte policial que le ha sido remitido, en el que se indica que, por denuncia de un morador del sector de la Jijijapa, que no ha querido identificarse por temor a represalias, ha indicado que en el sector de la Jijijapa, en la Av. Isla Genovesa N 43-171 e Isla Floreana, existe un inmueble de hormigón armado, de dos pisos, en la parte posterior del mismo existen dos cuartos de una planta, de hormigón, en los cuales estaría habitando el ciudadano que se hace llamar Wilson Moscoso, el cual estaría dedicado al almacenamiento y distribución de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, debiendo indicar que los números telefónicos que estaría utilizando para estas actividades ilícitas son 02-2449-878 y 099919742, este ilícito estaría realizando en coordinación con un ciudadano que se hace llamar Fernando, por lo cual se iniciaría la respectiva Indagación Previa, el 09 de noviembre del 2004, aproximadamente a las 21h00, se hace conocer que mediante operativo se logró la aprehensión de los

ciudadanos Wilson Alván Moscoso Calle y Edgar Fernando Garzón Pérez, luego de las operaciones de inteligencia realizadas por la Unidad de Antinarcóticos de Pichincha, quienes los abordaron, cuando se encontraban movilizándose en una camioneta Chevrolet, modelo S10 4X4, color blanco, de placas MCV-254, rumbo al noroccidente de Quito, vía a Nono, aproximadamente en el Km. 4½, procediendo al registro de los mencionados ciudadanos y de la camioneta, encontrándose en la parte posterior de la misma, unos baldes y en su interior cinco paquetes envueltos con cinta de embalaje color beige y tres fundas de plástico transparente los cuales contenían una sustancia blanquecina presumiblemente droga, razón por la cual se han trasladado al domicilio del ciudadano Wilson Moscoso y en presencia del Fiscal de Antinarcóticos Dr. Carlos Morales, han procedido al allanamiento del inmueble y posteriormente los ciudadanos aprehendidos han sido trasladados hasta la Jefatura de Provincial Antinarcóticos de Pichincha, para proceder a la verificación y pesaje de la sustancia, la cual dio positivo para Cocaína con un peso bruto aproximado de 7855 gramos, por lo que se dio inicio a la etapa de Instrucción Fiscal y se dictó la correspondiente orden de prisión preventiva. **CUARTO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.-** El recurrente al fundamentar su recurso manifiesta, en síntesis lo siguiente: “Que propone Recurso de Revisión al amparo de lo dispuesto en los artículos 359; 360, numerales 3, 4 y 6; 361 inciso segundo; y, 362 del Código de Procedimiento Penal. Que en el cuaderno penal consta que al dictar sentencia en su contra se lo hizo en virtud de documentos e informes periciales errados y maliciosos; así tenemos las actas de verificación y pesaje y de las denominadas pruebas de identificación preliminar homologada; que no se han realizado al tenor del artículo 2 del Reglamento de Peritos Acreditados al Ministerio Público y de conformidad con los artículos 94 y 95 del código de Procedimiento Penal y artículo 24 numeral 14 de la Constitución Política del Ecuador; realizado por los señores: Pablo Emilio Núñez Tovar, Oliver Salcedo Quishpe y Marco Raúl Ruiz Lara, quienes no eran peritos acreditados al Ministerio Público en esa época y por lo tanto las diligencias realizadas por ellos carecen de sustento legal y constitucional; así mismo los partes policiales de aprehensión realizados por el Subteniente Marco Ruiz Lara y Oliver Salcedo Quishpe, en su contra son maliciosos, todo lo que ha llevado que se dicte sentencia de diez años, sin que se haya tenido en cuenta que la persona que entregó información verdadera, precisa y real, y sin que se haya realizado una verdadera investigación de los hechos; ya que colaboró íntegramente con los señores oficiales de policía para poder establecer la verdad, para dar con el autor intelectual y material del delito por el que se lo sentenció, sin que se tome en cuenta su propia declaración, y no se consideró su declaración como medio de prueba y de defensa a su favor, peor aún las atenuantes trascendentes del artículo 86 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas”. **QUINTO: DICTAMEN FISCAL.-** 5.1.- El señor Fiscal General del Estado, al emitir su dictamen expresa, en síntesis: el procesado Wilson Alván Moscoso Calle, interpone recuso de revisión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 359, 360 numerales 3, 4 y 6; 361 inciso 2º, 362 del Código de Procedimiento Penal y artículo 24 numerales 10 y 17 de la Constitución Política de la República de 1998, señalando que al dictarse la sentencia en su contra se lo hizo en virtud de documentos e informes periciales errados y

maliciosos, más aún cuando los peritos Pablo Emilio Núñez Tovar, Oliver Salcedo Quishpe y Marco Raúl Ruiz Lara no se encontraban acreditados como tales en el Ministerio Público, y que por ello sus informes carecen de valor legal. 5.2.- El recurso de revisión es extraordinario y especial, tendiente a destruir la cosa juzgada, que es inmutable, de acuerdo con la doctrina jurídica, consiguientemente requiere de nueva prueba para acreditar nuevos hechos que no fueron justificados cuando el juzgador dictó sentencia. En el presente caso, el recurrente dentro del término señalado por la ley, no ha presentado nueva prueba para justificar el recurso interpuesto, en las causales 3 y 4 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, pues se ha limitado a presentar certificaciones de honorabilidad, que avalan que no ha sido sentenciado con anterioridad, lo cual evidentemente de manera alguna constituye prueba nueva. Respecto de la causal sexta es menester que la sentencia dictada por la Tercera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Quito con fecha 30 de Noviembre del 2006, a las 15h30, establece que se encuentra justificada conforme a derecho la existencia del delito tipificado en el artículo 62 de la Ley de Sustancias estupefacientes y Psicotrópicas. 5.3.- Por lo que el representante de la Fiscalía continúa diciendo, que: en atención a lo expuesto, toda vez que no se han justificado los errores de hecho en la sentencia dictada por la Tercera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Quito, solicita a la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, deseche el recurso interpuesto por Wilson Alván Moscoso Calle, por improcedente”. **SEXTO: MARCO JURÍDICO:** Es pertinente establecer el marco jurídico, jurisprudencial y doctrinario para luego analizar el fondo del cuestionamiento a la sentencia que se solicita se case: **6.1.- Normativa Constitucional. 6.1.1.-** La Constitución de la República, en su artículo 393, manifiesta que: “El Estado garantizara la seguridad humana a través de políticas y acciones integradas, para asegurar la convivencia pacífica de las personas, promover una cultura de paz y prevenir las formas de violencia y discriminación y la comisión de infracciones y delitos. La planificación y aplicación de estas políticas se encargara a órganos especializados en los diferentes niveles de gobierno”(el subrayado y las negrillas son del Tribunal).- **6.1.2.-** La norma, consagrada en los artículos 358 y 359 de la Constitución, coloca a la salud pública como el bien jurídico protegido, y puede catalogarse entre aquellos bienes necesarios para el funcionamiento del sistema, por lo que procede a sancionar este tipo de delitos. Siendo que para el caso, el concepto de salud deja de ser algo meramente negativo (el equivalente a la ausencia de enfermedad), para entenderse como aquel nivel de bienestar físico y psíquico que afecta a la colectividad¹; artículo 358.- “El sistema nacional de salud tendrá por finalidad el desarrollo, protección y recuperación de las capacidades para una vida saludable e integral, tanto individual como colectiva, y reconocerá la diversidad social y cultural. El sistema se regirá por los principios generales del sistema nacional de inclusión y equidad social, y por los de bio-ética, suficiencia e interculturalidad, con enfoque de género y generacional.” **6.2.- Normativa sustantiva.-** La Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas en su artículo 62

¹ FRISANCHO, Aparicio Manuel. Tráfico de Drogas y Lavado de Activos, ediciones Jurista. 2006.

manifiesta: “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 sus personas, ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio del que sean propietarios, arrendatarios, tenedores u ocupantes a cualquier título, o que este 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 en general” **6.3.- Normativa sobre revisión penal.**- El artículo 359 del Código de Procedimiento Penal, manifiesta: “El recurso de revisión por una de las causales previstas en el artículo siguiente, podrá proponerse en cualquier tiempo, después de ejecutoriada la sentencia condenatoria”; artículo 360 C.P.P “Habrá lugar al recurso de revisión para ante la sala de la Corte Nacional de Justicia, en los siguientes casos: 3.- Si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados; 4.- Cuando se demostrare que el sentenciado no es responsable del delito por el que se lo condenó; 6.- Cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho, la existencia del delito a que se refiere la sentencia. Excepto el último caso la revisión podrá declararse en virtud de nuevas pruebas que demuestren el error de hecho de la sentencia impugnada”. **SEPTIMO: ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE LA SALA.- 7.1.-** El recurso de revisión es un medio extraordinario y especial de impugnación de una sentencia condenatoria pasada por autoridad de cosa juzgada, que tiende a demostrar, con nuevas pruebas, y ajenas al proceso fenecido, el error de hecho de la sentencia impugnada, que conlleva a la injusticia de la condena. Como se deja anotado, salvo el motivo previsto en la regla sexta del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, lo cual prevé una revisión automática cuando su alegación es por no haberse comprobado conforme a derecho la existencia del delito a que se refiere la sentencia, esto implica, que no se establecieron formalmente todos y cada uno de los elementos constitutivos del tipo. “Con la acción de revisión se realiza un juicio jurídico a un proceso judicial ya concluido mediante sentencia o providencia de preclusión de la investigación, que ha hecho tránsito a cosa juzgada, terminada o fallada de manera definitiva. Por ello, “la acción de revisión tiene las siguientes características: a) es independiente del proceso penal en el cual se profirió el fallo cuestionado; b) es requisito de procedencia que las sentencias estén “ejecutoriadas”; c) es derogado, porque solo procede por la iniciativa de una parte procesal que actuó en el proceso fenecido; d) no se cuestiona la legalidad del fallo, sino que se examina dentro de principio de taxatividad, los hechos o las circunstancias que tornan viable remover los efectos de la cosa juzgada; y, e) responde a unos principios que la rigen, por lo que no es de libre postulación”² **7.2.-** La impugnación constituye el desacuerdo del condenado con la sentencia; y, el recurso es el medio, camino o vehículo que permite la revisión del fallo de condena; estos presupuestos deben cumplirse de forma simultánea en el acto procesal de impugnación. Merece destacarse que Fernando de la Rúa, al hablar de la

naturaleza excepcional del recurso, señala respecto de su trámite: “Por esta vía se procura, por excepción, rescindir sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, cuando se verifica fehacientemente que alguno de los elementos que le dieron fundamento es falso o distinto, de manera tal que pudo conducir al error judicial”³; y añade: “Siempre procede por un grueso error en la fijación de los hechos descubiertos con posteridad a la sentencia firme impugnada”⁴ Es decir que la trascendencia del recurso es de tal significado, que deja sin valor jurídico alguno al fallo ejecutoriado, al verificarse en el recurso, la causal invocada por el revisionista; tanto que incide en el objetivo fundamental del ius puniendi Estatal, de preservar bienes de especial significado, lo que es determinante para que el pronunciamiento de la Sala, sobre el recurso interpuesto sea lo suficientemente prolijo. **7.3.-** Del análisis a la sentencia, la fundamentación realizada por el recurrente y las pruebas actuadas dentro de la tramitación del recurso, es criterio de este Tribunal, que: Como se ha dejado señalado en líneas anteriores, para que pudiera declarar procedente un recurso, es requisito indispensable que se actué nueva prueba y que esta sea coherente con la causal invocada en la interposición del recurso, que la prueba debe tratar sobre nuevos hechos, tendientes a comprobar una realidad histórica diferente a la que llevó a dictar la sentencia condenatoria. **7.4.** La prueba actuada por el recurrente, en la cual pretende demostrar ante el Tribunal de Revisión que la sentencia en su contra, se la hizo en torno a informes errados y maliciosos, no ha logrado hacer llegar al juzgador a la certeza de que el Tribunal de Juicio actuó de esa manera, ya que de la lectura del expediente se nota que los nombrados son agentes de la policía, y como es de conocer los señores agentes de policía son auxiliares de la Función Judicial por mandato legal, además, nada se ha demostrado, durante la tramitación del presente recurso que permita inferir la falsedad de los testimonios de estos agentes de policía. En cuanto a la causal cuarta del artículo 360, que dice que no se ha comprobado la responsabilidad del procesado en el delito juzgado, el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, reprocha la conducta de tener o poseer la sustancia prohibida, sin autorización legal o despacho de receta médica previa, sea con conocimiento tácito o expreso, lo cual a criterio de este Tribunal de la Sala Penal, tampoco se ha demostrado en el caso sub iudice, esto a merced del análisis de la prueba actuada por la Fiscalía en el juicio; pruebas que además conllevan inequívocamente a la comprobación de la materialidad de la infracción, recordando que es irrelevante para la configuración de este tipo de delitos que la sustancia llegue o no a su destino o a los consumidores. Esto no ha sido rebatido con prueba nueva por el recurrente. En consecuencia, la causal sexta invocada por el recurrente tampoco tendría fundamento en las afirmaciones realizadas por el mismo, pues, se ha comprobado la existencia material de la sustancia ilícita, tal como dispone el artículo 118 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, lo cual es a, consideración de este Tribunal, suficientemente desarrollado en la sentencia, cumpliendo así con todo lo dispuesto en el artículo innumerado colocado a continuación del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, en relación de la motivación de la sentencia,

² RODRIGUEZ, Orlando A. Casación y Revisión Penal. Evolución y Garantismo. Editorial TEMIS, S.A. Bogotá-Colombia, 2008, pp. 392.

³ DE LA RÚA, Fernando. La Casación Penal, pág. 371-372

⁴ DE LA RÚA, Fernando. Obra citada, pág.373

artículo 309 ídem y artículo 76.7.1 de la Constitución de la República del Ecuador. **OCTAVO: DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE LA SALA.-** Por todo lo expuesto, este Tribunal de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 367 del Código de Procedimiento Penal, declara que el recurso interpuesto por **WILSON ALVAN MOSCOSO CALLE** es **IMPROCEDENTE** y por ello lo **RECHAZA**. En consecuencia, ordena devolver el proceso al Tribunal de origen para que continúe con la ejecución de la sentencia.- **Hágase saber, cúmplase y publíquese.**

Fdo.) Dres. Wilson Merino Sánchez, Juez Nacional Ponente, Jorge M. Blum Carcelén, Paul Iñiguez Ríos, Jueces Nacionales de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia. Certifico.- f.) Dr. Honorato Jara Vicuña, Secretario Relator.

Particular que pongo en su conocimiento para los fines de Ley.

CERTIFICO: Que las seis (6) copias que anteceden son iguales a su original.- Quito, 3 de octubre del 2012. Certifico:

f.) Dra. Sara Jiménez Murillo, Secretaria Relatora (E).

lo establecido en los artículos 512.2 y 513 del Código Penal, artículos que tipifican y sancionan el delito de violación, declarando su responsabilidad, lo condena a la pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria. Siendo el estado de la causa el de resolver, este Alto Tribunal considera lo siguiente: **PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, 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. Este 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...*” **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Revisado el cuadernillo del recurso, no se encuentra vicio alguno, que pudiera generar la nulidad del presente Recurso de Casación, razón por la cual, interpuesto correctamente, admitido a trámite y sustanciado conforme a las reglas del Procedimiento Penal, este Tribunal declara su validez. **TERCERO: ANTECEDENTES.-** Mediante denuncia presentada en la Fiscalía de Pastaza, por la señora Hilda Serafina Agualongo Chango, se tiene conocimiento de que el día miércoles 24 de junio de 2009, se habría cometido el abuso sexual (violación), de la señorita M.Y.Z. (Se omite el nombre de la ofendida)¹ la misma que tiene una discapacidad intelectual del 45%, agresión que a decir de lo expuesto por la denunciante, se habría realizado en

No. 297-2011 MAV

DELITO:	Violación.
IMPUTADO:	Chulco Caiza Luis Alfredo.
OFENDIDA:	Agualongo Chango Hilda Serafina.
JUEZ PONENTE	Dr. Wilson Merino Sánchez.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL

Quito, 26 de Julio del 2012, a las 14h45.

VISTOS: En calidad de Jueces de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia y como miembros del Tribunal sorteado conforme obra de las razones actuariales, para el conocimiento y resolución del Recurso de Casación, interpuesto por Luis Alfredo Chulco Caiza, por no estar de acuerdo con la sentencia condenatoria dictada en su contra, por el Tribunal de Garantías Penales del Puyo, en la cual, considera que su conducta se adecuó a

¹ Se omite el nombre de la ofendida en la presente sentencia, a fin de evitar su exposición pública y que perjudiquen a desarrollo personal, social e integral; quien en adelante será identificada con las iniciales de sus nombres y apellidos (M.Y.Z), considerando que las sentencias de casación son de reproducción pública en la Gaceta Judicial. Por lo que de conformidad al artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador que señala: “Art. 44.- 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”; “Código de la Niñez y Adolescencia: artículo 1. Finalidad Este Código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad. Para este efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral; artículo 50 Derecho a la integridad personal.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se respete su integridad personal, física, psicológica, cultural, afectiva y sexual. No podrán ser sometidos a torturas, tratos crueles y degradantes. Artículo 52.- Prohibiciones relacionadas con el derecho a la dignidad e imagen. Se prohíbe (...) 3. La publicación o exhibición de noticias, reportajes, crónicas, historias de vida o cualquiera otra expresión periodística con imagen o nombres propios de niños, niñas o adolescentes que han sido víctimas de maltrato o abuso; 4. La publicación o exhibición de imágenes y grabaciones o referencias escritas que permitan la

las siguientes circunstancias: a eso de las 20:00 o 21:00, del día señalado, cuando se encontraban terminando de merendar, se percata que la señorita M.Y.Z., no se encontraba dentro de la casa, por lo que, al salir a buscarla se dio cuenta que el señor Luis Alfredo Chulco Caiza, se había escondido al percatarse de que ella se acercaba, por lo que sospechó de su conducta y se dirigió hacia la bodega que queda alado de la gasolinera Azor, del barrio “Las Palmas”, en la que este señor trabaja como guardia, encontrando a la señorita M.Y.Z., en el interior de dicha bodega, por lo que le preguntó a Luis Alfredo Chulco Caiza, que hacía con la joven, a lo que este ha respondido que ha mantenido relaciones sexuales con ella, procediendo a llamar a la policía para que lleven a cabo la detención de ciudadano Luis Alfredo Chulco Caiza, dando inicio al enjuiciamiento penal en su contra, y posterior imposición de la pena, por el cometimiento del delito de violación, en contra de M.Y.Z. **CUARTO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.- 4.1.- EL RECURRENTE LUIS ALFREDO CHULCO CAIZA**, quien por intermedio de su abogado defensor, dice: “Que ha presentado el Recurso de Casación de la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Pastaza, así como de la sentencia dictada por la Sala de la Corte Provincial de Pastaza, en vista de que se ha violentado normas legales y constitucionales, pues a su defendido se le acusa del delito de violación por el artículo 512.2 del Código Penal, porque supuestamente la víctima adolece de una discapacidad, hecho que nunca fue demostrado en el proceso. Que en el desarrollo de la audiencia de juzgamiento, así como en la etapa de instrucción fiscal, ningún perito practicó examen alguno que pueda decir que la víctima adolece o es una discapacitada, ni se ha demostrado el grado de la misma, simplemente se presenta una copia simple y en base a este copia se desarrolla el proceso; posteriormente se presenta a la fiscalía y luego al Tribunal, otra copia certificada por un Notario con fecha noviembre del 2006, en el cual se dice, es fiel de la compulsa que se la presenta, sin embargo el Tribunal dicta sentencia condenatoria por el numeral 2 del artículo 512 del Código Penal, es decir, aduciendo que la ofendida supuestamente se hallaba privada de la razón, lo cual no fue demostrado por la fiscalía, nunca se dio la pericia, no se conoce el motivo, sin embargo le dan valor a esta prueba y se juzga. Como en un proceso acusatorio, las pruebas deben ser evacuadas ante el Tribunal Penal, las mismas que puedan ser rebatidas conforme lo determina el derecho a la defensa establecido en el artículo 76.7 de la Constitución de la República, por lo que se ha violentado los principios del debido proceso numerales 7, 4 del artículo 76 de la Constitución de la República. Que de igual forma se ha violentado lo establecido en el artículo 258 del Código Penal, que establece que el proceso es oral y se deben observar los principios de inmediación y contradicción, lo cual no pudo practicarse en este caso. Que el artículo 304-A es violentado, porque para que el Tribunal llegue a la

conclusión de la existencia material de la infracción y responsabilidad del imputado, debe tener certeza, la cual debe partir de las pruebas que se practican durante la audiencia; por lo que se ha interpuesto el recurso de casación; pues toda la interpretación que hace el Tribunal y Corte, lo hacen partiendo del carnet del CONADIS, el cual según los juzgadores hace prueba y por lo que condenan a su defendido, sin haberse practicado pericia alguna y presentado al perito en la audiencia de juzgamiento a rendir su testimonio y de esta forma ejercer el principio de contradicción, y probar el hecho de que la víctima no pudo resistirse, lo cual llama mucho la atención, al haberse violentando los principios constitucionales y normas contempladas en el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal, por lo que solicita se case la sentencia y dicte sentencia ratificando el estado de inocencia de su defendido; toda vez, que no se ha llegado a establecer la existencia de la infracción conforme lo establece el artículo 512 del Código Penal”. **4.2.- INTERVENCIÓN DEL REPRESENTANTE DE LA FISCALÍA.-** El doctor José García Falconí, Asesor y Delegado del señor Fiscal General del Estado, quien manifiesta: “Que el Tribunal de Garantías Penales de Pastaza, el 29 de noviembre del 2010, en sentencia debidamente motivada la cual señala que existe la certeza de haberse cometido el delito tipificado en el artículo 512.2 del Código Penal, y la responsabilidad de Luis Alfredo Chulco Caiza y impone la pena de ocho años, sentencia de la cual Luis Alfredo Chulco Caiza, interpone recurso de apelación y la Sala de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza, confirma la sentencia subida en grado, por lo que existe el doble conforme, y de la cual, el sentenciado interpone Recurso de Casación. Que la Casación es un recurso extraordinario que se fundamenta en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, en las tres causales y el inciso segundo prohíbe valorar la prueba.- Cita y da lectura del artículo 512 del Código Penal.- Que en la sentencia dictada por la Corte Provincial, se señala que la agraviada es una persona con discapacidad de 45% sin que tenga conciencia y voluntad; que existe el testimonio de la doctora María Sánchez García, por lo que no tiene conciencia y voluntad para tener relaciones sexuales, procede a dar lectura a lo sostenido por la jurisprudencia extranjera sobre la violación.- Que el artículo 81 de la Constitución de la República establece que esta clase de delitos causan alarma social, mientras que el Código Orgánico de la Función Judicial, establece la paz social, por lo que no se puede dejar en la impunidad esta clase de delitos, más aún, cuando se trata de una discapacitada que no tiene conciencia y voluntad, por lo que solicita se deseché el Recurso de Casación por no haberse fundamentado y se devuelva el proceso al Juez A quo”.

QUINTO: MARCO JURÍDICO: 5.1. Es pertinente establecer el marco jurídico, jurisprudencial y doctrinario para luego analizar el fondo del cuestionamiento a la sentencia recurrida: **5.1.1.-** La Constitución de la República, en el artículo 66, numeral 3, literal a) establece: “Se reconoce y garantiza a las personas: ...El derecho la integridad personal, que incluye: La integridad física, psíquica, moral y sexual”. **5.1.2.-** La misma Norma Constitucional en el literal b) del numeral y artículo antes citado expresa: “Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida en contra de las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con

identificación o individualización de un niño, niña o adolescente que ha sido víctima de maltrato, abuso sexual o infracción penal, y cualquier otra referencia al entorno en el que se desarrollan; artículo 53.- Sin perjuicio de la natural vigilancia de los padres y maestros, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se respete la intimidad de su vida privada y familiar; y la privacidad e inviolabilidad de su domicilio, correspondencia y comunicaciones telefónicas y electrónicas, de conformidad con la ley.

discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación". **5.1.3.-** La Supremacía Constitucional, consagrado en el artículo 425, coloca a la Carta Magna en la cúspide de la escala de valores a tener en cuenta por el Juzgador, en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, los Jueces tienen el deber de 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 a lo establecido en el artículo 78; pues, solo así se garantiza el equilibrio que hace posible el Principio de Universalidad, consagrado en el numeral 2 del artículo 11 ibídem. **5.1.4.-** El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y debe hacer efectivos los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad, economía procesal, así como, la aplicación de las garantías del debido proceso, sin sacrificar la justicia por la omisión de meras formalidades ², principios desarrollados en el Código Orgánico de la Función Judicial, que enfatiza el principio de celeridad³, esto es, que la Administración de Justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación, como en la resolución de la causa y en la ejecución de lo decidido. **5.2.- NORMATIVA INTERNACIONAL.-** Artículo 5 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, establece: "Derecho a la Integridad Personal.- 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral". **5.3.- NORMATIVA SUSTANTIVA.** El Código Penal Ecuatoriano, en su artículo 512 establece: "...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 objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo, en los casos siguientes: 1.- Cuando la víctima fuera menor de catorce años; 2.- Cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuanto por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiere resistirse; y, 3.- Cuando se usare la violencia, amenaza o intimidación...". **5.4.- NORMATIVA SOBRE CASACIÓN PENAL.-** 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 del control de legalidad en los fallos de instancia de acuerdo a lo establecido en el artículo 10, inciso segundo, del Código Orgánico de la Función Judicial. **SEXTO: ANÁLISIS DE ESTE TRIBUNAL.** **6.1.-** El Recurso de Casación es un recurso extraordinario y formal, que permite controlar si un Tribunal Inferior ha violado la Ley; y, si dicha violación ha causado gravamen al recurrente, tiene causales especiales para su interposición, y que, en nuestra legislación, se encuentran expresadas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, que expresa: "El Recurso de Casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación. No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la

prueba." Ahora, hay que desentrañar el significado de cada una de las causales que el Código de Procedimiento Penal para poder interponer el recurso de casación, de lo que tenemos: a) Contravenir expresamente a su texto; es decir, violar la ley por hacer lo que esta no dispone; b) Hacer una falsa aplicación de la ley: se puede dar cuando la constancia fáctica del presupuesto delictivo se ajusta a otra realidad y se le aplica una norma que no le corresponde, por ejemplo, hacer una errónea tipificación; c) Interpretar erróneamente la Ley: es decir, ir más allá de su espíritu, de su alcance, de su contenido. Por medio de la casación, se trata de rectificar la violación de la ley en que ha incurrido el Inferior en la sentencia; no es susceptible de un nuevo estudio del proceso, ni una nueva valoración de las pruebas. Ricardo C. Núñez, expresa: "El de casación es un recurso extraordinario porque no implica la posibilidad del examen y resolución "ex novo" de la cuestión justiciable, en todos sus aspectos de hecho y de derecho, sino, únicamente, el examen y resoluciones por éste de la aplicación de la ley procesal o sustantiva hecha, en el caso, por el tribunal "a quo". De manera que, este recurso no faculta al Juzgador realizar un nuevo examen de la prueba actuada dentro del proceso, y tiene como objetivo corregir y enmendar los errores de derecho que vicien la sentencia judicial, por uno de los motivos consignados en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. La discordancia entre la verdad fáctica y su reconstrucción contenida en la sentencia, no pueden abrir nunca la vía de la casación". El Tratadista Fabio Calderón Botero, en su obra Casación y Revisión en materia penal, manifiesta: "es un juicio técnico jurídico, de puro derecho sobre la legalidad de la sentencia, también conocido por la doctrina como error in iudicando...", el Dr. Orlando A. Rodríguez en su libro Casación y Revisión Penal manifiesta; La proposición jurídica es una carga procesal para el impugnante, que debe identificar y demostrar un error judicial atribuido al orden judicial sentenciador de instancia, y a partir de la causal legal construir un argumento de sustentación para que el Tribunal o la Corte de Casación ejerza el Control Constitucional y legal de la sentencia impugnada. **6.2.-** El recurrente al fundamentar el Recurso de Casación, por él interpuesto, manifiesta que no se encuentra probado en derecho que la víctima del delito sea una persona discapacitada por haber adjuntado al proceso una copia simple del carnet otorgado por el CONADIS, y que por ello, se ha violado la ley en lo dispuesto en los numerales 4 y 7 del artículo 76 de la Constitución de la República, el innumerado agregado a continuación del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal y numeral 2 del artículo 512 del Código Penal. De lo dicho por el recurrente, este Tribunal, encuentra que tal argumento, con base en los artículos de la Constitución que se citan, hace referencia a la carencia de eficacia probatoria que acarrearían los medios prueba, obtenidos con violación a la norma suprema y a las garantías que en ella se consagran, siendo la alegación del recurrente, de que se trata de copias simples del carnet de discapacidad de la víctima, aduciendo que ello viola la ley, es improcedente; pues, del proceso se observa que dicho carnet sí se encuentra agregado de legal forma. Tampoco se puede decir que ha existido vulneración al derecho a la defensa que le asiste al procesado, si del examen de la sentencia se puede observar que el mismo, se encontraba presente en el juicio, diligencia en la que estuvo acompañado de su defensor particular elegido libremente por él; que por intermedio de su defensor, hizo pleno uso de su derecho a repreguntar a

² Artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador.

³ Artículo 20 del Código Orgánico de la Función Judicial.

los testigos presentados por la Fiscalía, por tanto, no se ha demostrado que se haya infringido o vulnerado de forma alguna lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador. **6.3.-** El artículo 512 del Código Penal, establece: *“Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o, la introducción por vía oral, vaginal o anal, de los objetos, dedos u otros distintos del miembro viril, a un apersona de cualquier sexo, en los siguientes casos: 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 pudiese resistirse; y, 3.- Cuando se usare de violencia, amenaza o de intimidación”*, siendo la segunda de estas circunstancias en la que el juzgador encontraría encuadrada la conducta del procesado, para el efecto de la configuración del delito de violación; ya que la ofendida, como se ha dicho, adolece de una enfermedad mental que disminuye su capacidad de razonar, debiendo entenderse que no se encontraba en uso de razón al momento de la perpetración del ilícito, siendo inexcusable el hecho asegurado por Luis Chulco Caiza, que sería la ofendida quien se habría acercado a él y que voluntariamente consintiera en mantener relaciones sexuales, consentimiento, que, en caso de haberse dado, estuvo viciado, siendo obligación de quien sí se encuentra en pleno uso de sus facultades cognitivas y volitivas, evitar el acceso carnal con quien no puede prestar consentimiento válido. Razón, raciocinio⁴ o razonamiento, es la capacidad que tenemos los seres humanos para querer o entender el resultado que pudiese sobrevenir de una conducta adoptada con pleno conocimiento por la persona (es decir la capacidad de pensar o razonar, articuladas o complejas ideas), y sabemos con claridad, que las enfermedades mentales que pueden aquejar a las personas disminuyen su capacidad de razonamiento y por tanto su querer y su entender (en mayor grado dependiendo de la afectación mental), por ello no se puede decir que, esta persona haya consentido el hecho de mantener relaciones sexuales con el procesado, por cuanto no tiene tal facultad (de prestar consentimiento), ya que se ha demostrado de manera fehaciente (copia certificada del carnet del CONADIS que obra a fs. 12 del expediente), que la ofendida tiene un grado de discapacidad que corresponde al 45% de disminución de sus facultades intelectuales, que le impide el actuar como una persona normal, hecho que se vuelve en elemento constitutivo del tipo penal acusado. **6.4.-** Del testimonio de la perito, doctora María Sánchez García, quien narra con lujo de detalles de que la víctima presenta una discapacidad de 45%, y que el himen de la examinada, presenta un desgarramiento antiguo, entroito vaginal dilatado por introducción de objeto duro como el miembro viril, se encontraría comprobada la materialidad de la infracción, por lo que al tenor del artículo 143 del código de Procedimiento Penal, el mismo que en su parte pertinente dice: *“...Su testimonio será medio de defensa y prueba a su favor, pero de probarse la existencia del delito, la admisión de culpabilidad hecha de forma libre y voluntaria, dará al testimonio del acusado el valor de prueba contra él”*, se establece la existencia material del delito y la responsabilidad del procesado Luis Chulco Caiza, por lo que, la transgresión a lo dispuesto en

el artículo 512.2 el Código de Procedimiento Penal, alegada por el recurrente, no ha sido demostrada en la fundamentación de este recurso, así como tampoco se ha logrado demostrar, que no haya existido la certeza necesaria por parte del juzgador para sentenciar al procesado por el cometimiento del delito acusado, esto en razón de que es el mismo procesado, es el que manifiesta haber mantenido relaciones sexuales con la ofendida, a pesar de que esta es una persona con discapacidad intelectual. Por la expuesto este Tribunal, luego de realizado confrontar la sentencia con las causales establecidas para la corrección de los errores de Derecho que pudiese adolecer la misma, mediante el Recurso de Casación, considera que el juzgador no ha violado ninguno de los presupuestos establecido en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, al emitir su sentencia ya que la misma cumple con los requisitos del artículo innumerado colocado a continuación del artículo 304 Ídem, y artículo 309 ídem, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 76.7.1 de la Constitución de la República del Ecuador, esto es que guarda coherencia su parte expositiva con su resolutive, así como el análisis de los medios de prueba que sirvieron para que el juzgador llegara a la certeza de la existencia del ilícito, como los que sirvieron para demostrar la responsabilidad del procesado, y que la tipicidad en relación a su conducta, se adecuó a lo dispuesto en el artículo 512.2 del Código Penal, pues la ofendida es una persona que sufre de discapacidad y por consiguiente integrante de un grupo prioritario y el Estado tiene la obligación de darle protección. **SEPTIMO: DECISIÓN DE ESTE TRIBUNAL.** Por lo expuesto, y habiéndose justificado conforme a derecho tanto la existencia material del delito como la responsabilidad del procesado, este Tribunal de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, **“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”**, de conformidad con el artículo 358, declara que el Recurso de Casación interpuesto por Luis Alfredo Chulco Caiza es IMPROCEDENTE, por tanto se lo RECHAZA, por considerar que revisada la sentencia no existe violación a la ley que corregir, en los términos del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. Devuélvase el proceso al inferior, para la ejecución de la sentencia. Actúe en la presente causa la Dra. Martha Villarroel Villegas, Secretaria Relatora Encargada.- **Hágase saber y cúmplase.**

Fdo.) Dres. Wilson Merino Sánchez, Juez Nacional Ponente, Jorge M. Blum Carcelén, Paul Iñiguez Ríos, Jueces Nacionales de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia. Certifico.- f.) Dra. Martha Villarroel Villegas, Secretaria Relatora, Encargada.

Particular que pongo en su conocimiento para los fines de Ley.

CERTIFICO: Que las siete (7) copias que anteceden son iguales a su original.- Quito, 3 de octubre del 2012. Certifico:

⁴ Ver Diccionario Enciclopédico Vox 1. 2009 Larousse Editorial, S.L.

f.) Dra. Sara Jiménez Murillo, Secretaria Relatora (E).

No. 373-2011 MAV

DELITO: Violación.

IMPUTADO: Carrera Carrera Olguer Jesús.

OFENDIDA: Pesantez García Ana Natalia.

JUEZ PONENTE: Dr. Wilson Merino Sánchez.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL**

Quito, 21 de Agosto del 2012, a las 10h16.

VISTOS: Siendo facultad de las partes recurrir de los fallos y resoluciones en todos los procedimientos en que se decida sobre sus derechos¹, con fecha veinte de abril de dos mil doce, a las nueve horas con cincuenta minutos, este tribunal avocó conocimiento del recurso de casación planteado por Olger Jesús Carrera Carrera, en contra de la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, en la cual se confirma lo dispuesto por el Tribunal Primero de Garantías Penales de esa jurisdicción, el que, una vez llevada a efecto la audiencia de juzgamiento en contra del hoy recurrente, lo sentenció a la pena de dieciséis años de reclusión mayor especial, por el delito de violación en contra de M.P.V.Z. (Se omite el nombre de la ofendida)², menor de trece años de edad, quien habría sido obligada por el señor Olger Jesús Carrera, a mantener relaciones sexuales, para lo cual, el día veinte y nueve de octubre de dos mil nueve, habría llevado a la ofendida, al motel denominado “Pasión”, de la ciudad de Santo Domingo de los Tsáchilas, siendo esta la primera, de varias ocasiones en que Olger Jesús Carrera, habría abusado de la adolescente. Hechos por los cuales, tanto el Tribunal de Garantías Penales como la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, por considerar comprobada la existencia del delito y la certeza de la responsabilidad del acusado, lo declaró culpable del delito de violación tipificado y sancionado en los artículos 512.1 y 513 del Código Penal. Siendo el estado de la causa el de resolver, este Alto Tribunal considera lo siguiente: **PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** De conformidad a lo dispuesto en los artículos 172 y 184 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con el artículo 186 numeral 1 de la Constitución de la República, la Corte Nacional de Justicia, ejerce su jurisdicción en todo el territorio nacional; y, así mismo, esta Sala Especializada de lo Penal tiene competencia para conocer y resolver los recursos de casación y revisión

en materia penal. **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** El presente recurso de casación, ha sido interpuesto correctamente, admitido a trámite y sustanciado conforme a las reglas del procedimiento establecido para ello, por lo que revisado que fuera, este Tribunal declara su validez. **TERCERO: ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACION DEL RECURSO.- 3.1.- EL RECURRENTE OLGER JESÚS CARRERA CARRERA,** quien por intermedio de su abogado defensor, dice: “...Tanto los Jueces de la Corte Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas, como los del Tribunal Primero de Garantías Penales, haciendo una falsa aplicación de la ley, vulneraron el principio contemplado en el artículo 76, numeral 7, literal l, de la Constitución de la República, puesto que para dictar una sentencia condenatoria, se debe establecer la existencia material de la infracción, para posteriormente entrar al análisis de la responsabilidad de los autores, cómplices o encubridores, en el cometimiento del delito; que no se ha comprobado conforme a derecho la materialidad de la infracción, por tanto, se ha hecho una errónea interpretación de los artículos 79, 80, 85, 87, 88 del Código de Procedimiento Penal, que hacen referencia a la valoración de la prueba, por basarse en indicios no justificados, como es un examen médico legal, que en sus conclusiones, se lee que era imposible establecer con qué objeto se causó la lesión, también se habla de una equimosis de medio centímetro. Que la Corte Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas, toma en cuenta solamente una de las respuesta dado por el médico legista, de que existe una equimosis, misma que podría ser producida por un rose, tocamiento, fricción de cualquier otra naturaleza, mas no por el tocamiento del miembro viril del sentenciado. Que se ha

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”; “Código de la Niñez y Adolescencia: artículo 1. Finalidad Este Código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad. Para este efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral; artículo 50 Derecho a la integridad personal.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se respete su integridad personal, física, psicológica, cultural, afectiva y sexual. No podrán ser sometidos a torturas, tratos crueles y degradantes. Artículo 52.- Prohibiciones relacionadas con el derecho a la dignidad e imagen. Se prohíbe (...) 3. La publicación o exhibición de noticias, reportajes, crónicas, historias de vida o cualquiera otra expresión periodística con imagen o nombres propios de niños, niñas o adolescentes que han sido víctimas de maltrato o abuso; 4. La publicación o exhibición de imágenes y grabaciones o referencias escritas que permitan la identificación o individualización de un niño, niña o adolescente que ha sido víctima de maltrato, abuso sexual o infracción penal, y cualquier otra referencia al entorno en el que se desarrollan; artículo 53.- Sin perjuicio de la natural vigilancia de los padres y maestros, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se respete la intimidad de su vida privada y familiar; y la privacidad e inviolabilidad de su domicilio, correspondencia y comunicaciones telefónicas y electrónicas, de conformidad con la ley.

¹ Ver artículo 76, numeral 7, literal m, de la Constitución de la República del Ecuador; capítulo 8vo, Derechos de Protección.

² Se omite el nombre de la ofendida en la presente sentencia, a fin de evitar su exposición pública y que perjudiquen a desarrollo personal, social e integral; quien en adelante será identificada con las iniciales de sus nombres y apellidos (ESEV), considerando que las sentencias de casación son de reproducción pública en la Gaceta Judicial. Por lo que de conformidad al artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador que señala: “Art. 44.- El Estado, la sociedad y la

violado principios constitucionales de valoración de la prueba, como lo son el de legalidad, inmediación, contradicción y oralidad, contemplados en los artículo 76 numerales 3, 4, 5 numeral 7 literal H y D, artículo 168 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, artículos 5.1, 5.2, 5.3 del Código de Procedimiento Penal, que en la sentencia de la Corte Provincial y del Tribunal de Garantías Penales se debió realizar una ponderación de la ley, puesto que, en claro error de derecho se ha vulnerado los artículos 424 y 425 de la Constitución de la República, ya que es una sentencia simplista no integradora, es una sentencia legalista, mas no constitucionalista, que carece de sustento constitucional, internacional, doctrinario y jurisprudencial, es decir que no se respetó el debido proceso garantizado en la norma constitucional, que en la sentencia dictada en su contra, se ha violado la ley, acusándole el tipo penal contemplado en los artículos 512, 513 del Código Penal, sin que se haya comprobado conforme a derecho la concurrencia de las circunstancias constitutivas de tal infracción, por lo que, el juzgador ha incurrido en un error in iudicando o de derecho, por haber realizado una falsa aplicación de la ley, al no haber sustentado alguno sobre la materialidad de la infracción, ya que el perito médico legal no supo establecer con precisión, si fue con el miembro viril del sentenciado, que se habría agredido a M.P.V.Z., por lo que, mal se podría hablar de su responsabilidad. Que en claro error de procedimientos se dice que se da inicio al proceso penal, en la ciudad de Santo Domingo de los Tsáchilas, cuando tanto por parte de la ofendida como por parte de la Fiscal, se dice que los hechos se han producido en la ciudad de Quito, en el Hotel Frank Internacional. Que por tal razón solicita que haciendo justicia se acepte el recurso de casación y se ratifique su estado de inocencia...”

4.2 DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO.- La doctora Paulina Garcés Cevallos, delegada del señor doctor Galo Chiriboga Zambrano Fiscal General del Estado, quien manifiesta: “...Que luego del testimonio de la víctima, se ha hablado del examen médico legal, y sorprende que por varias ocasiones el abogado de la defensa señale que no existe la motivación adecuada, sobre la existencia de la infracción; y, que esto configura un error de derecho porque no hay sustento probatorio en relación a la misma. Acto seguido señala que la existencia de la infracción no se encuentra comprobada, porque no se ha podido determinar el instrumento con el cual se produjo la lesión en la zona genital de la niña; el artículo 512 del Código de Procedimiento Penal, señala: *“es violación el acceso carnal con introducción total o parcial del miembro viril vía oral, anal, vaginal de objetos dedos u órganos”*, la norma no pide como requisito sustancial del delito, un objeto determinado para su configuración, lo importante del hecho es el acceso a la víctima, acceso que ésta ha sido ratificado por el señor abogado, quien por innumeradas ocasiones ha señalado que si hay una lesión, la cual ésta establecida en el informe médico legal, que cuando la Fiscal pregunta el tiempo de producción de la equimosis, el perito responde: “por las características presentadas, es una lesión reciente de 24 a 48 horas”; que por la partida de nacimiento la víctima, al momento de los hechos tenía 13 años de edad, que el testimonio de la ofendida, el del perito médico legista, y de la psicóloga, dan cuenta de que la adolescente manifestó siempre que el acusado mantuvo relaciones sexuales con ella. Que bajo esos argumentos, la pretensión única es la revisión probatoria, lo cual no es aplicable

dentro del recurso de casación, que no existe ningún error de derecho en el que se haya incurrido al momento de aplicar la norma jurídica, en los parámetros establecidos en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, razón por la cual se solicita, se declare improcedente el recurso...”

CUARTO: MARCO JURÍDICO: Es pertinente establecer el marco jurídico, jurisprudencial y doctrinario para luego analizar el fondo del cuestionamiento a la sentencia recurrida:

4.1.- Marco Constitucional.-

4.1.1.- La Constitución de la República, en el artículo 66, numeral 3, literal a) establece: “Se reconoce y garantiza a las personas: ...El derecho la integridad personal, que incluye: La integridad física, psíquica, moral y sexual”.

4.1.2.- La misma Norma Constitucional en el literal b) del numeral y artículo antes citado expresa: “Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida en contra de las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación”.

4.1.3.- Artículo 44 de la Constitución.- “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y aseguran el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas”

4.1.4.- La Supremacía Constitucional, consagrado en el artículo 425, coloca a la Carta Magna en la cúspide de la escala de valores a tener en cuenta por el Juzgador, en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, los Jueces tenemos el deber de 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 a lo establecido en el artículo 78; pues, solo así se garantiza el equilibrio que hace posible el Principio de Universalidad, consagrado en el numeral 2 del artículo 11 ibídem.

4.1.5.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y debe hacer efectivos los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad, economía procesal, así como, la aplicación de las garantías del debido proceso, sin sacrificar la justicia por la omisión de meras formalidades³ principios desarrollados en el Código Orgánico de la Función Judicial, que enfatiza el principio de celeridad⁴, esto es, que la Administración de Justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación, como en la resolución de la causa y en la ejecución de lo decidido.

4.2.- NORMATIVA INTERNACIONAL.-

4.2.1.- La Declaración de los Derechos del Niño, Proclamada por la Asamblea General en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959, aún en su preámbulo, establece: “Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento, y que, la necesidad de esa protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y reconocida en la Declaración Universal de Derechos

³ Artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador.

⁴ Artículo 20 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Humanos y en los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño”.

4.2.2.- Principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño, manifiesta: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”. **4.2.3.-** Artículo 5 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, establece: “Derecho a la Integridad Personal.- 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”. **4.3.- NORMATIVA SUSTANTIVA.**

4.3.1 El Código Penal Ecuatoriano, en su artículo 512 establece: “...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 objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo, en los casos siguientes: 1.- Cuando la víctima fuera menor de catorce años. - Cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuanto por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiese resistirse; y, 3.- Cuando se usare la violencia, amenaza o intimidación...”.- **4.3.2** Artículo 513 Ídem.- “El delito de violación será reprimido con reclusión mayor especial de dieciséis a veinte y cinco años, en el número del artículo anterior 1; y, con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años, en los números 2 y 3 del mismo artículo”.

4.4.- NORMATIVA SOBRE CASACIÓN PENAL.- 4.4.1 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 del control de legalidad en los fallos de instancia de acuerdo a lo establecido en el artículo 10, inciso segundo, del Código Orgánico de la Función Judicial.

QUINTO: ANÁLISIS DE ESTE TRIBUNAL.- 5.1.- El recurso de casación es un recurso extraordinario y formal, que permite controlar las violaciones a la ley en las que, el inferior haya incurrido; y, si dicha violación ha causado gravamen al recurrente. Por su carácter de extraordinario, tiene causales especiales para su interposición, las que, en nuestra legislación, se encuentran en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, que expresa: “El Recurso de Casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación. No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba.” **5.2.-** Ahora, hay que tener en cuenta como una de las premisas a observar para su interposición, que por medio de este recurso se pretende el resarcimiento de un derecho lesionado por la mala aplicación de la ley en la sentencia recurrida, esto es, por la existencia de un error de derecho (in iudicando)⁵ por tanto, su análisis se regirá solamente a las cuestiones formales de la norma penal o procedimental, no siendo posible, dentro de este recurso, volver a valorar las pruebas aportadas en el juicio, o discernir sobre la veracidad de los hechos fácticos que le antecedieron. En este caso se ha dicho por parte del recurrente de que no se ha valorado conforme a derecho el acervo probatorio por

parte el Tribunal de instancia y por la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, por cuanto se ha hecho una mala interpretación de la ley, en los artículos que hacen referencia valoración de la prueba y a las reglas de la sana crítica. **5.3.-** “*El fin de la casación reside en el aseguramiento de una protección jurídica realista, pudiendo ser presentadas a la revisión del tribunal de casación (sólo) aquellas partes de la decisión de los jueces de mérito que son independientes del paso del tiempo y que, por ello, no son del dominio natural del juez de primera instancia, quien actúa de manera más cercana a los hechos...*”⁶ **5.4.-** Los niños y adolescentes como derechohabientes poseen la misma vulnerabilidad y necesidades de: cuidado, consejería y protección por parte de los padres, de sus familias, comunidades y sobre todo del del Estado. La doctrina de las capacidades evolutivas de los niños, maneja esta doble identidad de manera flexible y contextual para la aplicación de derechos legales y protecciones de acuerdo a las etapas evolutivas de maduración y desarrollo. La sociedad ecuatoriana debe crear en su entorno, ambientes en los cuales las niñas, niños y adolescentes, puedan alcanzar sus capacidades óptimas y donde se dé un mayor respeto a su potencial desarrollo, para que en su madurez tomen decisiones responsables sobre sus vidas, dado que existe una gran diversidad en lo que respecta al nivel de desarrollo y de las distintas capacidades. **5.5.-** Es innegable que el artículo 512 .1 del Código Penal Ecuatoriano, establece que toda relación sexual, mantenida con una persona menor de catorce años constituye violación. Que el décimo séptimo innumerado colocado a continuación del artículo 528 del Código Penal, manifiesta que, tratándose de delitos sexuales, el consentimiento de la víctima menor de catorce años de edad, es irrelevante, lo que nos llevaría a concluir que las relaciones sexuales con una persona antes de que haya alcanzado la madurez (física y/o legal) suficiente para prestar su consentimiento para mantenerlas, afectan su desarrollo bio-psicosocial, por lo tanto, no es aceptable desde ningún punto de vista que un adulto mantenga relaciones sexuales con una persona que no está apta para prestar su consentimiento, esto atenta contra la integridad y libertad sexual. **5.6.-** Por lo anteriormente anotado y teniendo en cuenta como ya se ha dicho en la doctrina y la jurisprudencia de la ex Corte Suprema, Corte Nacional y este Tribunal, en diferentes fallos emitidos, en delitos sexuales el testimonio de la ofendida, es relevante, ya que por su naturaleza este tipo de delitos buscan la clandestinidad o la intimidación para su cometimiento, por lo que, sin contar a los participantes del hecho, no es posible su comprobación por medio de testimonio alguno, sino por las huellas y/o lesiones que deja el hecho en su víctima – cuando las hay-, por lo que el testimonio de la ofendida, es base y prueba para establecer el nexo causal entre la materialidad de la infracción y su responsable, desde luego siempre bajo las reglas ya establecidas por el procedimiento penal. Además, a la luz de lo establecido en el artículo 169

⁵ Ricardo C. Núñez, expresa: “El de casación es un recurso extraordinario porque no implica la posibilidad del examen y resolución “ex novo” de la cuestión justiciable, en todos sus aspectos de hecho y de derecho, sino, únicamente, el examen y resoluciones por éste de la aplicación de la ley procesal o sustantiva hecha, en el caso, por el tribunal “a quo”.

⁶ Roxin, Claus. Derecho Procesal Penal, Tomo II. Editoriales del Puerto S.R.L., año 2008. Pág. 191.

de la Constitución de la República del Ecuador, la ofendida estuvo, a la fecha de comisión del delito dentro de un grupo vulnerable, debemos como parte del Estado prestarle protección suficiente y eficaz. **SEXTO: DECISIÓN DE ESTE TRIBUNAL.** 6.1.- En cuanto al grado de participación del sentenciado y recurrente, este Tribunal de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, establece que el sentenciado mantuvo para sí, el dominio del hecho ocurrido, ya que para conseguir su objetivo empleó la manipulación emocional como engaño aprovechándose de la vulnerabilidad de la ofendida que en este caso específico, se trata de una menor de 13 años. Por lo que este Alto Tribunal, considera que el recurso de casación, por el cual, se pretende corregir los errores de derecho que puedan existir en la sentencia recurrida, a fin de hacerla justa y de uniformar los antecedentes jurisprudenciales, en su fundamentación, no ha sido suficiente o acertada, a fin de establecer con claridad las violaciones y/o agravios que le ha causado la sentencia atacada, en los términos del artículo 349 Código de Procedimiento Penal, debiendo además, observar que en la sentencia se cumpla con los principios constitucionales establecidos en el artículo 11 de la Constitución, y en los demás que tiene que ver con los derechos de los ciudadanos. 6.2.- Analizada que fuera la sentencia, se observa que la misma es motivada, es decir, que su parte resolutive, guarda armonía con la parte expositiva, y que existe lógica, entre una y otra. 6.3.- En cuanto a la alegaciones hechas por el recurrente de que se ha faltado a numeral 3 del artículo 21 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto a la competencia de los juzgadores, vemos que esto no se verifica, por cuanto del propio testimonio de la víctima, se establece que la primera relación sexual que mantuvo con el sentenciado se verificó en la jurisdicción territorial cuya competencia corresponde a los juzgadores que emitieron la sentencia de primer nivel y segundo nivel, más aun cuando de la lectura del artículo, en referencia se establece que el mismo manifiesta, en su parte pertinente: "...cuando no fuera posible determinar el lugar de comisión del delito...", lo que no ocurre en el presente caso, ya que, desde un primer momento se ha dicho que fue en un motel de la ciudad de Santo Domingo de los Tsáchilas, en donde se habría cometido el delito por primera vez; debiendo agregar que, para el caso de la existencia de vicios en cuanto a requisitos de procedibilidad, cuestiones de prejudicialidad, competencia y cuestiones de procedimiento que puedan afectar la validez del proceso, las partes en el momento procesal se pronunciaron sobre ellos, por lo que declarado válido el proceso penal, resulta inoficioso, pretender que en casación se observe requerimientos que versen sobre la competencia del juzgador que actuó en el desarrollo del proceso penal, ya fenecido. 6.4.- Que para la configuración del delito de violación, interesa al juzgador y al Estado, que el acceso carnal se haya verificado como cierto, no la naturaleza del objeto con el cual se accedió a la víctima, porque este no es parte del tipo o requisito fundamental para su configuración, por lo tanto el sostener que no se haya demostrado el delito, porque en el informe no se establece que haya sido el miembro viril del sentenciado el que causó la lesión en la parte genital de la ofendida, y que esta es la violación a la ley que se está argumentando, ni siquiera cumple con el objetivo de establecer con precisión la norma infringida. Por lo que, al no encontrar en la sentencia recurrida, violaciones a la ley, ni a las normas citada por el recurrente, que le puedan causar gravamen a sus derechos,

en los términos establecidos por el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, este Tribunal resuelve.- **SEPTIMO.- RESOLUCIÓN.** Por lo expuesto, y habiéndose justificado conforme a derecho tanto la existencia material del delito como la responsabilidad del procesado, este Tribunal de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, **"ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA"**, de conformidad con el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, se RECHAZA, por IMPROCEDENTE, el recurso de casación interpuesto por Olger Jesús Carrera Carrera. Devuélvase el proceso al Tribunal de origen, para la ejecución de la sentencia.- Actué en la presente causa la Dra. Martha Villarroel Villegas, Secretaria Relatora Encargada.- **Hágase saber y cúmplase.**

Fdo.) Dres. Wilson Merino Sánchez, Juez Nacional Ponente, Zulema Pachacama, Conjuenza Nacional, Aída Palacios Coronel, Conjuenza Nacional.- Certifico: f.) Dra. Martha Villarroel Villegas, Secretaria Relatora (E).

Particular que comunico para los fines legales pertinentes.

CERTIFICO: Que las ocho (8) copias que anteceden son iguales a su original.- Quito, 3 de octubre del 2012. Certifico:

f.) Dra. Sara Jiménez Murillo, Secretaria Relatora (E).

EN EL JUICIO DE IMPUGNACIÓN QUE SIGUE AUTORIDAD PORTUARIA DE MANTA, CONTRA DIRECTOR GENERAL Y REGIONAL DEL SRI.

No. 218-2010

JUEZ PONENTE: Dr. Javier Cordero Ordóñez.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

Quito, a 28 de Julio del 2011.- Las 11H00.

VISTOS: Mediante sentencia dictada el 16 de abril del 2010, la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Fiscal Nº 4 con sede en Portoviejo, desecha la demanda presentada por el señor CPNV (s. p.) César Andrés Patricio Padilla Mera, Gerente General y por tanto representante legal de AUTORIDAD PORTUARIA DE MANTA, en contra del

Director General y Director Regional de Manabí del Servicio de Rentas Internas, y confirma la validez de la resolución N° 113012007-RDEV-001590 de 26 de abril del 2007 que niega la devolución del IVA, marzo 2001.- Dentro del término concedido en el art. 5 de la Ley de Casación, el Gerente provisional y representante legal de la Autoridad Portuaria de Manta, presenta un escrito que contiene el pertinente recurso, el mismo que ha sido aceptado a trámite por la Sala Juzgadora en auto de 12 de mayo del 2010, habiendo subido a conocimiento de esta Sala para que confirme o revoque tal aceptación, y en auto de 7 de junio del 2010, es aceptado a trámite el recurso, además ha corrido traslado al Servicio de Rentas Internas para los fines previstos en el art. 13 de la Ley de Casación, el que, dentro de tiempo, se ha pronunciado en defensa de la sentencia que le favorece y ha señalado domicilio donde recibir notificaciones.- Concluida la tramitación de la causa y siendo su estado el de dictar sentencia, para hacerlo se considera: **PRIMERO:** Esta Sala es competente para conocer del presente recurso, en virtud de lo dispuesto en el numeral 1 del art. 184 de la Constitución de la República, en concordancia con el art. 1 de la Ley de Casación.- **SEGUNDO:** La Autoridad Portuaria de Manta en el escrito que contiene su recurso (fs. 593 a 596) dice que la causal en la que se fundamenta, es la contemplada en el numeral primero del art. 3 de la Ley de Casación, pues la sentencia recurrida ha infringido por falta de aplicación los arts. 76 numeral 1 y numeral 7, literal l) de la Constitución de la República, los arts. 273, 274 y 276 del Código de Procedimiento Civil, art. 273 del Código Tributario.- En resumen, manifiesta que la prescripción de la acción en el presente caso debió ser planteada como excepción en la contestación a la demanda; que la sentencia debe decidir únicamente sobre los puntos en que se trabó la litis, originados durante la tramitación del juicio, El recurrente finaliza su fundamentación solicitando que se revoque la sentencia desfavorable a los intereses de Autoridad Portuaria de Manta y que en su lugar se dicte una que se ajuste a derecho.- **TERCERO:** Por su parte, el Director General del Servicio de Rentas Internas, en su contestación al recurso (fs. 3 y 4 del cuadernillo de casación) en defensa de la sentencia, luego de hacer un resumen del proceso alega que, es absurdo que la sentencia contravenga principios procesales por haberse pronunciado respecto de la prescripción del derecho a solicitar la devolución del IVA; que, las autoridades administrativas demandadas plantearon como una de sus excepciones la "legitimidad" de todo lo actuado por la Administración Tributaria y que el acto impugnado se pronuncia de manera contundente sobre la prescripción como fundamento para negar la devolución solicitada por la Autoridad Portuaria de Manta y por último, plantea varias excepciones al recurso de casación.- En consecuencia, solicita desechar el improcedente recurso.- **CUARTO:** El primer punto a dilucidar es, sin duda, el que, hace relación a la falta de motivación de la sentencia, que violaría el art. 273 del Código Tributario, porque de ser cierta tal aseveración hecha por el recurrente, dicha omisión produciría la nulidad de la sentencia, al tenor de lo señalado en el art. 76, numeral 7, literal l) de la propia Constitución de la República. Luego de la revisión del fallo dictado por la Sala a quo, esta Sala Especializada encuentra que se han enunciado a lo largo de su parte considerativa y resolutive las normas y principios jurídicos en que se funda, y han hecho relación a los antecedentes de hecho constantes en el proceso, en consecuencia, no porque esas consideraciones

no sean favorables a una de las partes, puede argumentarse que no ha existido tal motivación, por tanto no es admisible tal impugnación.- **QUINTO:** El punto de fondo, y que es motivo de la casación, es la prescripción del derecho del accionante para solicitar la devolución del IVA pagado por sus adquisiciones en el mes de marzo de 2001, como así lo ha considerado la sentencia de instancia al advertir que habrían transcurrido cinco años desde el mes de marzo de 2001, en el que se pagó el IVA solicitado, y la fecha en la que se pidió administrativamente la devolución, el 21 de marzo de 2007. A efectos de análisis de la ocurrencia de la prescripción del derecho para solicitar la devolución del IVA pagado por la entidad pública, es necesario establecer que ésta efectivamente se produce, como lo ha sostenido la Sala de Casación en reiterada jurisprudencia (juicio 158-2004 entre otros), por haber transcurrido hasta la fecha de petición de la devolución, el plazo de cinco años contados, no como erróneamente lo sostiene el Tribunal a-quo desde que se realice el pago del IVA, sino desde que el saldo a favor o crédito tributario por el IVA pagado se determina en la declaración del tributo, pues solo desde entonces el crédito tributario es tal. En la especie, se encuentra que el sujeto pasivo presenta la declaración del IVA del mes de marzo de 2001, el 06 de abril del mismo año y que esa declaración, conforme se desprende de la Resolución No. 113012007RREC00834 de 6 de marzo de 2007, contenía errores que, advertidos por el propio sujeto pasivo, motivaron su rectificación autorizada por la Autoridad Administrativa Tributaria en la misma resolución; ocurriendo que, por la autorización para que sea rectificada la declaración de IVA correspondiente al mes de marzo de 2001, contenida en la Resolución de 6 de marzo de 2007, se determina el crédito tributario de IVA de la demandante, pues por ella se tiene que no es de cero dólares, como lo había erradamente declarado en un inicio, sino de USD \$ 11.200,55, correspondiente a una base imponible de compras con tarifa 12% de IVA de USD \$ 93.338,35, generándose, recién con la emisión de este acto, el derecho a la devolución y consecuentemente la facultad de pedir a la Administración Tributaria le sea reconocido y devuelto. La prescripción del derecho y la acción para exigirlo ocurre solo cuando ha transcurrido el plazo para producirla, pero contado desde la fecha en la que el sujeto pasivo se encuentra en aptitud para exigirlo, que en el caso se presenta desde que el crédito tributario se determina, esto es el 6 de marzo de 2007, sin que desde esa fecha hasta aquella en la que se solicita la devolución, el 21 de marzo de 2007, haya transcurrido el plazo para la prescripción del derecho.- Sin que sea menester entrar en otros análisis, la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, casa la sentencia del inferior, se deja sin efecto la Resolución No. 113012007-RDEV-001590 emitida por el Servicio de Rentas Internas de la Regional Manabí y se ordena la devolución del Impuesto al Valor Agregado solicitado detallado en la Resolución No. 113012007RREC000834, de 6 de marzo de 2007, con intereses que correrán desde la fecha de la negativa de la solicitud, esto es el 26 de abril de 2007.- Sin costas.- Actúe la Abg. Dolores Proaño Zevallos, como Secretaria Relatora Encargada, por ausencia de la titular conforme consta del Oficio No. 64-SCT-CNJ de 18 de mayo de 2011.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. José Suing Nagua, Conjuez Permanente.

f.) Dr. Gustavo Durango Vela, Conjuez Permanente. (V.S.).

f.) Dr. Javier Cordero Ordóñez, Conjuez Permanente.

Certifico.

f.) Abg. Dolores Proaño Zevallos, Secretaria Relatora, encargada.

No. 218-2010

VOTO SALVADO DEL SR. DR. GUSTAVO DURANGO VELA, CONJUEZ PERMANENTE.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

Quito, a 28 de Julio del 2011.- Las 11H00.

VISTOS: Mediante sentencia dictada el 16 de abril del 2010, la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Fiscal Nº 4 con sede en Portoviejo, desecha la demanda presentada por el señor CPNV (s.p.) César Andrés Patricio Padilla Mera, Gerente General y por tanto representante legal de AUTORIDAD PORTUARIA DE MANTA, en contra del Director General y Director Regional de Manabí del Servicio de Rentas Internas, y confirma la validez de la resolución Nº 113012007-RDEV-0015990 de 26 de abril del 2007 que niega la devolución del IVA que corresponde al mes de marzo del 2001.- Dentro del término concedido en el Art. 5 de la Ley de Casación, el Gerente provisional y representante legal de la Autoridad Portuaria de Manta, presenta un escrito que contiene el pertinente recurso, el mismo que ha sido aceptado a trámite por la Sala Juzgadora en auto de 12 de mayo del 2010, habiendo subido a conocimiento de esta Sala para que confirme o revoque tal aceptación, habiendo esta Sala en auto de 7 de junio del 2010, aceptado a trámite el recurso, además ha corrido traslado al Servicio de Rentas Internas para los fines previstos en el Art. 13 de la Ley de Casación, el que, dentro de tiempo, se ha pronunciado en defensa de la sentencia que le favorece y ha señalado domicilio donde recibir notificaciones.- Concluida la tramitación de la causa y siendo su estado el de dictar sentencia, para hacerlo se considera:- **PRIMERO.-** Esta Sala es competente para conocer del presente recurso, en virtud de lo dispuesto en el numeral 1 del Art. 184 de la Constitución de la República, en concordancia con el Art. 1 de la Ley de Casación y 21 del Régimen de Transición.- **SEGUNDO.-** La Autoridad Portuaria de Manta en el escrito que contiene su recurso (fs. 593 a 596) dice que la causal en la que se fundamenta, es la contemplada en el numeral primero del Art. 3 de la Ley de Casación, pues la sentencia recurrida ha infringido por falta de aplicación los arts. 76 numeral 1 y numeral 7, literal l) de la Constitución de la República, los Art. 273, 274 y 276 del Código de Procedimiento Civil, Art. 273 del Código

Tributario.- En resumen, manifiesta que la sentencia no aplica las normas constitucionales que menciona en su escrito, argumenta que corresponde a la Autoridad judicial garantizar el cumplimiento de dichas normas y que las sentencias deben ser motivadas, y considera falta de motivación que, el fallo no toma en cuenta los elementos probatorios que constan en el proceso. Que su representada jamás ha dejado de ejercer el derecho de solicitar la devolución del IVA y que, es el SRI el que ha negado la devolución en forma errada. Que el Tribunal no aplicó el principio de valoración de la prueba, al no considerar que Autoridad Portuaria de Manta es una institución del sector público. Que las resoluciones adoptadas por el SRI interrumpieron la prescripción.- Que por todo lo expuesto pide se acepte el recurso planteado y se dicte una que se ajuste a derecho.- **TERCERO.-** Por su parte, el Director General del Servicio de Rentas Internas, en su contestación al recurso (fs. 3 y 4 del cuadernillo de casación) en defensa de la sentencia, luego de hacer un resumen del proceso alega que, la sentencia es apegada a derecho y es absurdo que contravenga principios procesales por haberse pronunciado respecto de la prescripción del derecho a solicitar la devolución del IVA; que, las autoridades administrativas tributarias plantearon dentro de sus excepciones la "legitimidad" de todo lo actuado por ella, y que el acto impugnado se pronuncia de manera contundente sobre la prescripción como fundamento para negar la devolución solicitada; y por último, plantea varias excepciones al recurso de casación.- En consecuencia, solicita desechar el improcedente recurso.- **CUARTO.-** El primer punto a dilucidar es, sin duda el que, hace relación a la falta de motivación de la sentencia, violando así el Art. 273 del Código Tributario, porque de ser cierto tal aseveración hecha por el recurrente, dicha omisión produciría la nulidad de la sentencia, al tenor de lo señalado en el Art. 76, numeral 7, literal l) de la propia Constitución de la República, que pese a que se acomoda más a la causal 5ta. del Art. 3 de la Ley de Casación, esta Sala Especializada en forma reiterada ha sido laxa con tal exigencia y a pasado a considerar y revisar la validez de ella si, se ha esgrimido la aplicación indebida o falta de aplicación o indebida interpretación de una norma de derecho, es decir si se basa en la casual 1ra.. Luego de la revisión del fallo dictado por al Sala a quo, esta Sala Especializada encuentra que se han enunciado a lo largo de su parte considerativa y resolutive las normas y principios jurídicos en que se funda, y han hecho relación a los antecedentes de hecho constantes en el proceso, en consecuencia, no porque esas consideraciones no sean favorables a una de las partes, puede argumentarse que no ha existido tal motivación, por tanto no es admisible tal impugnación.- **QUINTO.-** El punto de fondo, y que es motivo de la casación, se refiere a si se produjo o no la prescripción del derecho del accionante, para reclamar la devolución de lo que ha pagado DEBIDAMENTE, plazos que de conformidad a lo señalado en el Art. 14 del Código Tributario en concordancia con lo dispuesto en el Art. 2415 del Código Civil, es de cinco años, por haberlo así resuelto la Sala en varios casos similares (juicio 158-2004). Ahora bien, debe entenderse que este plazo debe contarse, desde la fecha en que se hizo la declaración hasta la presentación del reclamo de devolución; en el caso concreto, estos cinco años van desde el 6 de abril del 2001, hasta el 6 de abril del 2006 (fecha equivalente según debe computarse los plazos en años señalada en el Art. 12 del Código Orgánico

Tributario); si el reclamo ha sido presentado el 20 de marzo del 2007, es claro que el derecho de la Autoridad Portuaria de Manta, había prescrito y por tanto quedó extinguido. No hay asidero para considerar que ni las resoluciones que orden rehacer las declaraciones (no obstaculizan el derecho de devolución), ni el Oficio N° 098-GG-AJ-2004 de 28 de julio del 2004 (fs. 40 y 41 de los autos), que según la Autoridad Portuaria de Manta interrumpieron el plazo de prescripción, porque de la lectura de este último, no se infiere en ningún momento que se esté solicitando la devolución del IVA pagado en marzo del 2001, motivo de la resolución y juicio contencioso, sino que se hace alegaciones generales sobre la condición de dicha institución como de derecho público, lo cual como se dijo, ya fue reconocido y resuelto y no cabía insistir sobre ello. Debe anotarse, que los Arts. 305 y 306 del Código Orgánico Tributario, para solicitar la devolución de lo pagado indebidamente (o debidamente como en este caso) exige el cumplimiento de los requisitos formales de un reclamo administrativo, requisitos que constan detallados en el Art. 119 del mismo Código, ninguno de los cuales reúne la solicitud de 28 de julio del 2004. En vista de lo cual, se concluye que la sentencia recurrida, no ha infringido ninguna de las normas legales señaladas por la Autoridad Portuaria de Manta en su escrito de interposición de casación.- Sin que sea menester entrar en otros análisis, la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, rechaza el recurso de casación interpuesto.- Sin costas.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. José Suing Nagua, Conjuez Permanente.

f.) Dr. Gustavo Durango Vela, Conjuez Permanente.

f.) Dr. Javier Cordero Ordóñez, Conjuez Permanente.

Certifico.

f.) Abg. Dolores Proaño Zevallos, Secretaria Relatora, encargada.

No. 218-2010/ Aclaración

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

Quito, a 1 de Septiembre del 2011.- Las 09H15.

VISTOS: El Procurador Judicial del Director General del Servicio de Rentas Internas, solicita aclaración de la sentencia dictada por esta Sala el 28 de julio de 2011, alegando que, lo dispuesto en el fallo con respecto de los

intereses no coincide con lo preceptuado en el artículo 69B de la Ley de Régimen Tributario Interno que se encontraba vigente a la fecha en que la Autoridad Portuaria de Manta ejerció su derecho como organismo público y presentó sus solicitudes de devolución de IVA y que la Sala Especializada está dando por hecho, de manera errónea, que el Servicio de Rentas Internas atendió las solicitudes de devolución el último día del término; que la Dirección Regional de Manabí atendió negativamente las solicitudes días antes de que venza el término contemplado en el artículo 69B y esta situación incide considerablemente en el cálculo de los intereses, ya que al tenor legal se deben reconocer menos intereses que lo ordenado en sentencia. Corrido traslado con el pedido, la Autoridad Portuaria de Manta no lo ha contestado. El Art. 274 del Código Tributario, norma aplicable a la aclaración y ampliación en materia contencioso-tributaria, dice que la primera tendrá lugar cuando la sentencia fuere oscura, y la segunda, cuando se hubiere omitido resolver sobre algún punto de la litis o sobre multas, intereses o costas. En el presente caso, analizada la solicitud de que el fallo sea aclarado, se advierte que no se solicita realmente aclaración de la sentencia sino una verdadera reforma, pues en ello consistiría aceptar que vía aclaración se reconozcan intereses desde un momento y no desde otro; hecho que evidentemente no está contemplado en la normativa legal tributaria y específicamente en el Art. 274 del Código Tributario, por lo que se rechaza el pedido de aclaración, recordando al solicitante la obligación que tiene de guardar lealtad procesal de conformidad con la disposición del art. 26 del Código Orgánico de la Función Judicial. La sentencia es clara y de tal forma establece que los intereses sean reconocidos desde la fecha en la que se emitió la resolución que negó la devolución, pues al dejar sin efecto esa, porque en su defecto hubiese correspondido dictar una que admita la devolución, esto se hubiese producido en la fecha en que la primera se emitió y los dineros correspondientes a la devolución hubiesen estado a disposición del solicitante desde ese momento, lo que al no haber ocurrido así, provoca que los intereses deban reconocerse desde entonces. La norma que establece plazo para el reconocimiento de intereses constante del artículo 69B (hoy art. 73) de la Ley de Régimen Tributario Interno es aplicable para el evento de que la Administración Tributaria no emita la resolución correspondiente al pedido de devolución en el término que establece esa norma (30 días), como expresamente en ella se manda. Notifíquese y devuélvase al inferior para los fines legales consiguientes.

f.) Dr. José Suing Nagua, Conjuez Permanente.

f.) Dr. Gustavo Durango Vela, Conjuez Permanente.

f.) Dr. Javier Cordero Ordóñez, Conjuez Permanente.

Certifico.

f.) Abg. Dolores Proaño Zevallos, Secretaria Relatora, encargada.

No. 218-2010 ACLARACION

VOTO SALVADO DEL SR. DR. GUSTAVO DURANGO VELA, CONJUEZ PERMANENTE.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO
TRIBUTARIO**

Quito, a 1 de Septiembre del 2011.- Las 09H15.

VISTOS:- Consta de autos, mi voto salvado emitido en la misma fecha de la sentencia de mayoría, por tanto nada tengo que aclarar con respecto de la solicitud hecha por el Director General del Servicio de Rentas Internas en este sentido. Notifíquese. Publíquese. Devuélvase.

f.) Dr. José Suing Nagua, Conjuez Permanente.

f.) Dr. Gustavo Durango Vela, Conjuez Permanente.

f.) Dr. Javier Cordero Ordóñez, Conjuez Permanente.

Certifico.

f.) Abg. Dolores Proaño Zevallos, Secretaria Relatora, encargada.

En Quito, a dos de septiembre del dos mil once, a partir de las quince horas, notifiqué el Auto y Voto Salvado que antecede a AUTORIDAD PORTUARIA DE MANTA en los casilleros Nos. 921 y 578 de los Dres. Hélice Angulo y otros; y al DIRECTOR GENERAL Y REGIONAL DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS en el casillero judicial No. 568; y al PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO en el casillero judicial No. 1200.- Certifico.

f.) Abg. Dolores Proaño Zevallos, Secretaria Relatora, encargada.

RAZÓN: Las nueve copias que anteceden son iguales a sus originales constante en el juicio de IMPUGNACIÓN No. 218-2010 seguido por LA AUTORIDAD PORTUARIA DE MANTA contra el DIRECTOR GENERAL Y REGIONAL DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS Quito, a 12 de Septiembre del 2011.- Certifico

f.) Abg. Dolores Proaño Zevallos, Secretaria Relatora, encargada.

El REGISTRO OFICIAL no se responsabiliza por los errores ortográficos, gramaticales, de fondo y/o de forma que contengan los documentos publicados, dichos documentos remitidos por las diferentes instituciones para su promulgación, son transcritos fielmente a sus originales, los mismos que se encuentran archivados y son nuestro respaldo.



REGISTRO OFICIAL
ORGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

Suscríbase



Quito
Avenida 12 de Octubre N 23-99 y Wilson
Edificio 12 de Octubre - Segundo Piso
Teléfonos: 2234540 - 2901629 Fax: 2542835

Almacén Editora Nacional
Mañosca 201 y 10 de Agosto
Telefax: 2430110

Guayaquil
Malecón 1606 y 10 de Agosto
Edificio M.I. Municipio de Guayaquil
Teléfono: 2527107



www.registroficial.gob.ec