



REGISTRO OFICIAL

ÓRGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

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

EDICIÓN ESPECIAL

Año II - Nº 305

**Quito, jueves 16 de
abril de 2015**

Valor: US\$ 1.25 + IVA

ING. HUGO DEL POZO BARREZUETA
DIRECTOR

Quito: Avenida 12 de Octubre
N23-99 y Wilson

Edificio 12 de Octubre
Segundo Piso
Telf. 2901 – 629

Oficinas centrales y ventas:
Telf. 2234 - 540

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

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

Suscripción semestral: US\$ 200 + IVA
para la ciudad de Quito
US\$ 225 + IVA para el resto del país

Impreso en Editora Nacional

48 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 de los juicios penales
seguidos en contra de las siguientes personas:**

307-2009 Darwin Marcelo Enríquez Naranjo	2
351-2009 Daniel Alejandro Guapas Erazo	4
01-2010 Marco o Marcos Antonio Cabezas de la Cruz	6
17-2010 Marco Antonio Moreno Espinoza y otro	8
39-2010 Jorge Francisco Moreira Barona	11
69-2010 Ana Patricia Serrano Narváez	13
111-2010 Aida Violeta Rodríguez Barba y otro	16
121-2010 Segundo Eliecer Alquina Paguanquiza	21
181-2010 Wilson Clemente Saca Landa	23
318-2010 Israel Augusto Granda Landeta	26
411-2010 Carlos Álava Orlando José y otro	30
554-2010 Eduardo Luis Gavilánez Valle	31
603-2010 Octavio Bolívar Tipán Paucar	33
641-2010 Pablo Roberto Garcés Vinuesa y otro	35
662-2010 Luis Oswaldo Casa Toaquiza y otros	39
703-2010 William Edison Arellano Fernández	45

No. 307-2009

PONENTE: Dr. Milton Peñarreta Álvarez, Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial.

SENTENCIADO: Darwin Marcelo Enríquez Naranjo.

DELITO: Violación.

RECURSO: Casación.

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

Quito, mayo 31 de 2011; a las 10H00.

VISTOS: El Primer Tribunal de Garantías Penales de la Provincia de Los Ríos, ha sentenciado al procesado DARWIN MARCELO ENRÍQUEZ NARANJO, por el delito de VIOLACIÓN, establecido en el Art. 512 numeral 1 del Código Penal; y sancionado por el Art. 513 del mismo cuerpo legal, a la menor JENNIFER CAROLINA LÓPEZ LOZANO, imponiéndole la pena de VEINTE Y CINCO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ESPECIAL. El sentenciado ha interpuesto el recurso de CASACIÓN, que ha sido debidamente concedido. Para resolver se hacen las siguientes consideraciones: **PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de Octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 4879 del 2 de Diciembre del 2008; y, la Resolución Sustitutiva dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de Diciembre del 2008 y publicada en el Registro Oficial 511 del 21 de Enero del 2009; y, el sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de jueces nacionales de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento de la presente causa.- **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Examinado el expediente, no se advierte ningún vicio u omisión de solemnidad sustancial que pueda afectar la decisión de esta causa, por lo que se declara expresamente su validez. **TERCERO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.-** De fs. 6 a 11 del cuaderno de esta Sala consta el escrito de fundamentación del recurso formulado por el recurrente DARWIN MARCELO ENRÍQUEZ NARANJO, en el que, en lo principal expresa: que el Tribunal Primero de Garantías Penales de la Provincia de los Ríos, no aplicó los principios jurídicos sobre la valoración de la prueba, acusándole de un delito que jamás cometió, de lo cual no existe prueba actuada en derecho que demuestre su culpabilidad, o sea la relación causal de hecho a hechor y su responsabilidad como consecuencia, como lo exigen las normas adjetivas de la ley. Más adelante, en lo esencial de su fundamentación, sintetiza su inocencia al expresar que nadie, absolutamente nadie ha visto que él se encontrara en el lugar de los hechos, salvo la supuesta ofendida, que lo hace por indiscutible instrucción y preparación de su madre, la señora Delia Claudina Lozano

Coronel, que ha procedido con el propósito de causarle daño; también indica que el Tribunal no menciona en la sentencia ninguna prueba que establezca su autoría. Expresando el recurrente que en la sentencia se han violado las disposiciones contenidas en los Arts. 304.1 y 252 del Código de Procedimiento Penal, y luego manifiesta que se le ha condenado sin contar con la certeza de la comprobación tanto de la materialidad de la infracción, como su responsabilidad penal. Más adelante indica que “el tribunal juzgador que menciona en el considerando cuarto del fallo que hace relación a la prueba aportada por la Fiscalía y la parte acusadora no es suficiente para llegar a la conclusión constante en los considerando sexto y séptimo y haberle condenado en la forma como se ha hecho, bajo el infundado y equivocado argumento de que mi responsabilidad penal está probada”. En otro pasaje de su extensa fundamentación manifiesta que se debía considerar la duda, que no ha sido interpretada en el sentido favorable al reo como dice el Art. 4 del Código Penal. Nombra también, el recurrente, el Art. 24 de la Constitución Política de la República del Ecuador, en el cual se establece el derecho constitucional del estado de inocencia, derecho afectado al haberse dictado sentencia condenatoria, sin haberse probado debidamente su responsabilidad penal. **CUARTO: DICTAMEN FISCAL.-** El Fiscal General del Estado, Dr. Washington Pesantez Muñoz, en la parte principal de su exposición que hace a esta Corte manifiesta: que el juzgador desarrolla el análisis de los medios de prueba tanto materiales como testimoniales, que los sujetos procesales formularon y presentaron en la etapa del juicio, y del resultado y mérito de la información obtenida con estas actuaciones, el Tribunal construye sus razonamientos que conforman su convicción para establecer que se ha comprobado la existencia objetiva del delito y la responsabilidad del acusado Darwin Marcelo Enríquez Naranjo, observándose que en tal actividad de valoración y ponderación del acervo probatorio existe lógica, coherencia y correspondencia tanto fáctica como jurídica, entre los antecedentes y la materia de juzgamiento, con las conclusiones expuestas en la definición del conflicto; de lo que se infiere, que el Juzgador expuso con claridad y detalle los motivos que lo condujeron, con justificada y explícita certeza, a resolver la controversia mediante sentencia de condena; y como consecuencia de estas premisas, se advierte que el Tribunal seleccionó correctamente la norma material relativa al tipo penal de la violación, con la que determinó y reguló la sanción impuesta al infractor; de modo que, al haberse esbozado en la sentencia suficientes argumentos jurídicos que se sustentaron y derivaron de una acertada actividad de valoración probatoria, y de una integral disposición de antecedentes, razonamientos y conclusiones, se advierte que el Juzgador justificó la anulación de la presunción constitucional de inocencia mediante un fallo debidamente motivado. Por lo mismo, en el ejercicio de tal análisis, consideración de antecedentes, apreciación de los medios de prueba y determinación de conclusiones insertos en la sentencia que se impugna, no se observa que el Tribunal haya incurrido en errores de derecho que constituyan infracción a las normas contenidas en los Arts. 143, 144, 252 y 304.1 del Código de Procedimiento Penal, como tampoco se han quebrantado las disposiciones del debido proceso, como lo establece la Constitución de la República del Ecuador, ni pueda estimarse ni aceptarse que exista falsa aplicación de los Arts. 512 numeral 1 y 513 del Código Penal, por lo que

opina que debe ser desechado el recurso por improcedente.-

QUINTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.- La casación tiene el carácter de un recurso extraordinario y solo procede en los casos expresamente determinados en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, que se concretan a la violación de la ley en sentencia por contravenir expresamente el texto de la ley, por haberse hecho una falsa aplicación de ella; o por haberla interpretado erróneamente, lo que hace que cada una de ellas tenga su propia individualidad, con características y circunstancias que las diferencie o las distingue. No es posible en el recurso de casación efectuar una valoración de la prueba, esta es una facultad soberana del Juzgador de Instancia y precisamente por el Tribunal Primero de Garantías Penales de la Provincia de los Ríos, esta Sala observa que se ha realizado un pormenorizado análisis de la prueba aportada en al audiencia de juzgamiento, las mismas que lo han practicado de una manera constitucional, observándose los principios de presentación, inmediación, las que al ser valoradas con estricto apego a derecho y aplicando las reglas de la sana crítica que debe imperar especialmente en este tipo de infracciones, el Tribunal a quo en su fallo establece convicción y certeza sobre la existencia del hecho punible así como el de la culpabilidad y responsabilidad del imputado DARWIN MARCELO ENRÍQUEZ NARANJO. En cuanto a la alegación que hace el imputado sobre la no consideración del principio llamado indubio pro reo; es menester aclarar que la hipótesis de la norma contenida en el Art. 4 del Código Sustantivo Penal, está vinculada exclusivamente a la actividad de interpretación de las disposiciones jurídicas, esto es cuando mediante las reglas de interpretación se persigue definir el genuino alcance y sentido de los contenidos normativos, de esta manera cuando en esa actividad exista duda es que la interpretación debe orientarse al sentido más favorable al enjuiciado; en este tipo de delitos es difícil que exista prueba directa de la responsabilidad, considerando que es rara la ocurrencia de testigos presenciales del hecho delictivo, razón por la cual el testimonio de la víctima cobra un valor preponderante, e indudable para que el Juzgador pueda llegar a la convicción de la existencia de la infracción apoyado este en el uso de las reglas de la sana crítica, señaladas en el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal. Se ha procedido de acuerdo a los Art. 85, 250 y 304 del Código de Procedimiento Penal, haciendo un análisis valorativo y ponderado de la prueba sobre la responsabilidad del sentenciado, aplicando los principios de la sana crítica, haciendo una apreciación objetiva de la sentencia, se ha justificado la existencia de la infracción, esto es el delito de violación sexual perpetrado en la menor JENNIFER CAROLINA LÓPEZ LOZANO. Necesario es también referirnos a la violación como un delito por el cual se produce “el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril por vía oral, anal o vaginal; o la introducción por vía vaginal de los objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo”. Esta conducta protege la libertad sexual como bien jurídico principal, pues también se protegen otros bienes como la dignidad, la salud y la libertad en sí misma. La característica o elemento normativo del tipo es que aquella conducta se realice por ser la víctima menor de edad o con violencia; o con amenaza; o con intimidación o, y para su realización, según los profesores Alfonso Serrano Gómez y Alfonso Serrano Maíllo, “es necesario que concurren elementos objetivos y subjetivos. Los primeros consisten en

la conducta de carácter sexual realizada en el cuerpo de otra persona sin su consentimiento. Además es necesario un elemento subjetivo del injusto caracterizado por la finalidad lubrica que persigue el sujeto activo, el *animus* libidinoso. Este animus, en principio se presume en todo caso, de lo que se desprende que es suficiente con que el sujeto conozca que realiza un acto sexual sin consentimiento del sujeto pasivo”. Dicen también, los profesores, que debe existir una relación de causalidad entre la violencia o intimidación y la conducta del sujeto y que el delito se consuma “con la realización de los actos que el sujeto lleva a cabo sobre el cuerpo de la víctima con fines libidinosos”; sostienen además que el bien jurídico protegido es la autodeterminación sexual y no la satisfacción sexual. No obstante lo manifestado anteriormente, la constancia física del hecho punible así como la culpabilidad y la responsabilidad penal del sindicado DARWIN MARCELO ENRÍQUEZ NARANJO, nace principalmente de las siguientes piezas procesales: **a)** de la declaración de la agraviada JENNIFER CAROLINA LÓPEZ LOZANO, domiciliada en el Recinto “María Rosa” perteneciente a la parroquia Quinsaloma del Cantón Ventanas, la cual dadas las circunstancias tiene especial importancia en el presente caso; **b)** del informe médico legal que corre de fs. 22 a 25; **c)** de la partida de nacimiento de la agraviada de fs. 28; **d)** del informe pericial del Cbop. Mario Cedeño Castillo; **e)** de la declaración de la Sra. María Luisa Peña de fs. 81; **f)** la declaración del Sr. Homero Emiliano Freire Naranjo de fs. 90; **g)** del informe del Policía Nacional, Agente de la DINAPEN, Sr. Luis Guaranguay Villareal, de fs. 95 a 101, y otras piezas procesales que son coherentes, concordantes entre sí y unívocas, que nos da la convicción de que el imputado es responsable del delito de VIOLACIÓN SEXUAL perpetrado en la menor JENNIFER CAROLINA LÓPEZ LOZANO. Es evidente, pues, que el Tribunal Primero de Garantías Penales de la Provincia de los Ríos, no infringió de ninguna manera las normas a las que el recurrente hace referencia en su escrito de fundamentación, en especial aquellas relacionadas al debido proceso y a la valoración de la prueba. No se ha demostrado en forma alguna el error jurídico de la sentencia, la que, fundamentada en todas y cada una de las pruebas comprobando, conforme a derecho, la existencia del delito y la responsabilidad penal del recurrente para su irremisible condena acorde con la ley. La apreciación de la prueba indicada en el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal, se establece de acuerdo a las reglas de la sana crítica; consecuentemente la apreciación de la culpabilidad, o sea la relación causal de hecho al hechor, está regida por la sana crítica; así mismo cuando una conducta está tipificada como delito, el Código Penal ecuatoriano establece la llamada *pena pendular*, para que el juzgador pueda sancionar de acuerdo al mínimo y al máximo que establece la disposición sancionadora. En el presente caso está sentenciado por violación a los Arts. 512 numeral 1 y 513 del Código Sustantivo Penal, disposición ésta que dice: “El delito de violación será reprimido con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años en el numeral primero del artículo anterior; y con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años en los numerales 2 y 3 del mismo artículo”. Existe la convicción y la certeza de la culpabilidad y la responsabilidad del casacionista; y el

¹ Derecho Penal, Parte Especial, Editorial Dykynson, Décimo tercera edición, Madrid, 2008, p.217

legislador establece la indicada pena oscilatoria, entregándole la libertad al juzgador para que imponga la pena mínima o máxima establecida en el mencionado Art. 513 del Código Penal. Esta potestad no está condicionada. La confianza que da el legislador es inmensa, pues confía que el Juez designado por el Estado es un hombre de honor, y la norma jurídica establecida en el Código obedece al mandato indicado en el Art. 76, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, que estipula: *“La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”*. El principio de proporcionalidad garantizado en la norma suprema, es una herramienta argumentativa empleada en el control de constitucionalidad de las restricciones de los derechos fundamentales, dirigida a descalificar aquellas intervenciones que supongan un sacrificio inútil, innecesario o desproporcionado de los mismos; es un derecho fundamental porque la limitación de la libertad ambulatoria tiene directa relación con la naturaleza humana y obviamente, aquella equivalencia entre la conducta y su sanción, se ha de tener en cuenta por parte de los órganos jurisdiccionales. Este principio tampoco se debe aplicar de forma matemática, gradual o equivalente en su estricto sentido, el Juez a de concebir varios elementos del comportamiento humano y de la personalidad. Además de lo expresado la Sala no encuentra que haya existido un concurso de delitos que haga posible la aplicación del máximo de la pena conforme lo prevé el Art. 81 del Código Penal. Tanto el criterio para la apreciación de la prueba es inherente al Juez como lo es el de imponer la pena. Por lo expuesto esta Primera Sala 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”** al tenor del artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, ordena la casación parcial de la sentencia recurrida, en lo que se refiere a la pena, imponiéndole a DARWIN MARCELO ENRÍQUEZ NARANJO, la pena de DIECISEIS AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ESPECIAL; disponiendo se devuelva este proceso al Tribunal de origen para la ejecución del fallo. Notifíquese y publíquese.

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcon, Presidente, Hernán Ulloa Parada, y, Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.

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

RAZÓN: En Quito, hoy día treinta y uno de mayo del dos mil once, a las dieciocho horas, notifiqué con la providencia que antecede a **DARWIN ENRIQUEZ NARANJO**, en los casillero judiciales Nos. 213 y 603; a **DELIA LOZANO CORONEL**, en el casillero judicial No 3480 y al **FISCAL GENERAL DEL ESTADO**, en el casillero judicial No 1207.

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

RAZÓN: Certifico que las tres (3) copias certificadas que anteceden son fiel copia de su original.- Quito, septiembre 7 del 2011.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator, Primera Sala Penal - Corte Nacional de Justicia.

No. 351-2009

PONENTE: Dr. Milton Peñarreta Álvarez, Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial.

SENTENCIADO: Daniel Alejandro Guapas Erazo.

DELITO: Uso doloso de documento falso.

RECURSO: Casación.

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

Quito, a mayo 31 de 2011; a las 09H45.

VISTOS : Avocamos conocimiento de la presente causa, en atención a que el Primer Tribunal Penal de Pichincha, ha sentenciado al procesado DANIEL ALEJANDRO GUAPAS ERAZO, por el delito de USO DOLOSO DE DOCUMENTO FALSO, establecido y sancionado en el Art. 326 del Código Penal, imponiéndole la pena de TRES AÑOS DE RECLUSIÓN MENOR ORDINARIA. El sentenciado ha interpuesto el recurso de CASACIÓN, que ha sido debidamente concedido. Para resolver se hacen las siguientes consideraciones: **PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de Octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 4879 del 2 de Diciembre del 2008; y, la Resolución Sustitutiva dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de Diciembre del 2008 y publicada en el Registro Oficial 511 del 21 de Enero del 2009; y, el Sorteo de Ley respectivo, en nuestras calidades de jueces nacionales de esta Primera Sala de lo Penal. **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Examinado el expediente, no se advierte ningún vicio u omisión de solemnidad sustancial que pueda afectar la decisión de esta causa, por lo que se declara expresamente su validez. **TERCERO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.-** En la parte esencial de su impugnación el recurrente expresa que la sentencia se fundamenta en presunciones y no en hechos reales y probados como manda la ley; solo mira la versión del entonces co acusado CHRISTIAN RIVERA ESTUPIÑÁN, pues excepto por los dichos mal intencionados de Rivera no existe colaboración alguna en el cuaderno procesal, lo que es más en las declaraciones dadas por Rivera en la instancia prejudicial y

ante el mismo agente fiscal durante la instrucción se mantuvo en que quién le había entregado la documentación necesaria para retirar del Banco del Pichincha había sido BYRON RENÉ GIRÓN TACOAMÁN y fue éste quien le pidió que fuera al Banco del Pichincha; y lo más significativo es su afirmación de que este señor los había amenazado de muerte a él y a los demás; pero sucede durante la presión que soportaron, por sus graves problemas de salud, el recurrente permaneció aislado de los demás, ellos convivieron en la misma celda, de pronto a partir de la inspección del lugar en el local comercial de HERNÁN CABEZAS, para la sorpresa del recurrente e indignación comenzó a cambiar su versión judicial y a mencionarlo al sindicado como la persona que le dio la documentación para retirar la chequera y el cheque con el cual trató de comprar licor en el establecimiento de Hernán Cabezas. Expresa también que los indicios no han sido probados, no son precisos y que la presunción del nexo causal se funda en otras presunciones, que han sido quebrantados los Arts. 87 y 88 del Código de Procedimiento Penal, dice que la Sala tiene que enmendar la ilegalidad, recalando que no tomaron en cuenta el valor de su testimonio y el de los demás involucrados. No fue tomado en cuenta el testimonio del sindicado como medio de defensa y prueba a su favor, como manda el Art. 143 del Código Adjetivo Penal, el Tribunal que sentenció debió hacer uso total de las declaraciones de CHRISTIAN RIVERA en todas sus partes y solo se tomó en cuenta lo que le perjudica al recurrente, quebrantando la disposición contenida en el Art. 144 del cuerpo de leyes invocado. **CUARTO: DICTAMEN FISCAL.-** El Fiscal General manifiesta que en el presente caso se ha justificado la existencia del delito de falsificación de cheques y su utilización dolosa, tipificada y sancionada en los Arts. 326 y 341 del Código Penal, así como la responsabilidad y culpabilidad en calidad de autores de los acusados: DANIEL ALEJANDRO GUAPAS ERAZO Y DANIEL WASHINGTON ANDRADE BECERRA, de conformidad a las pruebas procesales constantes: el testimonio del Cabo de Policía Germán Patricio Quishpe, que manifestó que el 23 de noviembre del 2006, cuando se encontraba con su compañero Sargento de Policía Roberto Vinicio Reyes, les informaron que una persona iba a realizar una compra de licores con una chequera sustraída del Banco del Pichincha, por lo que realizó un operativo de vigilancia a una tienda de licores ubicada en el Sector de las Casas de esta ciudad de Quito, desde las 08h00 hasta las 15h00, llegando en ese momento una persona que iba a realizar la compra con dicho cheque y que una vez entregada la factura procedieron a aprehender al ciudadano de nombre BERNARDO RIVERA y que manifestó que era mensajero de la persona que le había enviado a retirar esa mercadería, que se encontraba en un inmueble de las calles Portoviejo y Versalles de esta ciudad de Quito, trasladándose a dicho lugar en donde se encontraban DANIEL ALEJANDRO ERAZO, DANIEL ANDRADE BECERRA y GEOVANNY FRANCISCO CEVALLOS, quienes fueron aprehendidos. El testimonio del perito Sargento de Policía Marco Tipán que juramentadamente manifestó haber realizado un examen grafo técnico del cheque N° 002853 de la Cuenta Corriente N° 3034291404 del Banco del Pichincha, perteneciente a TRASPORTES GAVIOTA, girado el 2 de febrero del 2006 por la cantidad de \$296, 69 (DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS CON SESENTA Y NUEVE) de DÓLARES AMERICANOS a la orden del Sr. Hernán Cabezas, que procedió a aceptar los

cuerpos de escritura a los involucrados, DANIEL ANDRADE, BYRON RENÉ GIRÓN, GEOVANNY FRANCISCO CEVALLOS, CHRISTIAN BERNARDO RIVERA y DANIEL ALEJANDRO ERAZO, llegando a la conclusión de que el texto suscrito en el anverso del documento en cuestión, se determinó que corresponde a DANIEL WASHINGTON ANDRADE BECERRA y proviene de su autoría gráfica, el testimonio del acusado CHRISTIAN BERNARDO RIVERA, de DANIEL ALEJANDRO GUAPAS, de BYRON RENÉ GIRÓN, y de DANIEL WASHINGTON ANDRADE. En suma el Tribunal Primero de lo Penal de Pichincha, al dictar la sentencia recurrida ha aplicado las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas practicadas en la audiencia oral dentro de la etapa de juicio y ha llegado a la certeza de que existe la infracción de Falsificación de Cheques consignado en el Art. 326 del Código Penal y solicita se rechace el recurso de casación interpuesto por el recurrente DANIEL ALEJANDRO GUAPAS ERAZO. **QUINTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.-** La casación tiene carácter de un recurso extraordinario que solo procede en los casos expresamente determinados en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, que se concretan a la violación de la ley en sentencia, contravenir expresamente el texto de la ley, por haberse hecho una falsa aplicación de ella; o por haberla interpretado erróneamente, lo que hace que cada una de ellas tenga su propia individualidad con características y circunstancias que las diferencia o las distingue. No es posible en el recurso de casación efectuar una valoración de la prueba, esta es una facultad soberana del Juzgador de Instancia y precisamente por el Tribunal Primero de lo Penal de Pichincha, esta Sala observa que se ha realizado un pormenorizado análisis de la prueba aportada en la audiencia de juzgamiento, las mismas que lo han practicado de una manera constitucional, observándose los principios de presentación, inmediación, las que al ser valoradas con estricto apego a derecho y aplicando las reglas de la sana crítica que debe imperar. El Tribunal A quo en su fallo establece convicción y certeza sobre la existencia del hecho punible así como el de la culpabilidad y responsabilidad del imputado DANIEL ALEJANDRO GUAPAS ERAZO. Además el recurso de casación según el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, procede cuando en la sentencia se ha violado la ley por contravenir expresamente su texto; ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella, ya por haberla interpretado erróneamente, circunstancias inexistentes en el presente caso. Por lo expuesto esta Primera Sala 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”** al tenor del artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, declara IMPROCEDENTE el recurso de casación interpuesto por DANIEL ALEJANDRO GUAPAS, disponiendo se devuelva este proceso al Tribunal de origen para la ejecución de la sentencia recurrida. Notifíquese y publíquese.

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Presidente, Dr. Hernán Ulloa Parada, y, Dr. Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.

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

RAZÓN: En Quito, hoy día treinta y uno de mayo del dos mil once, a las dieciocho horas, notifiqué por boletas con la nota en relación y la **PROVIDENCIA** que antecede a: **BYRON GIRON**, en los casillero judiciales Nos. **3013 y 3604**; a **DANIEL ANDRADE**, en el casillero judicial No **1537**; a **DANIEL GUAPAZ**, en el casillero judicial No **2384**; a **CRISTIAN RIVERA**, en el casillero judicial No **1537**; a **GEOVANNY CEVALLOS**, en el casillero judicial No **1139**, y, a **FISCAL GENERAL DEL ESTADO**, en el casillero judicial No **1207**.

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

RAZÓN: Certifico que las dos (2) copias que anteceden son fiel copia de su original.- Quito, septiembre 7 del 2011.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator, Primera Sala Penal-Corte Nacional de Justicia.

No. 01-2010

JUEZ PONENTE Dr. Milton Peñarreta Álvarez, (Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial).

SENTENCIADO: Marco o Marcos Antonio Cabezas de la Cruz.

DELITO: Violación.

RECURSO: Revisión.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO PENAL

Quito, Abril 27 del 2011.- Las 11h00.

VISTOS: Marcos o Marco Antonio Cabezas de la Cruz, interpone recurso de revisión de la sentencia pronunciada por el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, el 20 de noviembre del 2009, a las 17h25, que le declara autor responsable del delito de violación tipificado en el numeral tercero del artículo 512 del Código Penal, y sancionado en el artículo 513 en armonía con el artículo 42 ibídem, y le impone la pena de doce años de reclusión mayor extraordinaria.- El presente recurso se ha tramitado en audiencia oral, privada y contradictoria, al tenor de lo previsto en el artículo 366 del Código de Procedimiento Penal, reformado, encontrándose la causa en estado de resolver, para hacerlo, se considera: **PRIMERO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA:** Esta Primera Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver los recursos de revisión interpuestos en virtud de lo dispuesto en los Art. 184 numeral 1, y la Disposición Transitoria Octava y 188 de la Constitución de la República del Ecuador publicada en el R.O. No. 449 de 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; y, la Resolución dictada por el

Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre del 2008, y el sorteo de ley respectivo. **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiese acarrear su nulidad; por lo que, este Tribunal de Alzada, declara la validez de esta causa penal. **TERCERO: FUNDAMENTACION DE LA REVISIÓN.-** El recurrente Marco o Marcos Antonio Cabezas de la Cruz, en la audiencia oral, privada y contradictoria, por intermedio de su abogado defensor doctor Sixto Antonio Parra Ocaña ha fundamentado el recurso de revisión, señalando en lo principal: Que se ha presentado el recurso de revisión para que se observe las falencias procesales que incurren la sentencia, de conformidad con el artículo 360 numerales 3 y 6 del Código de Procedimiento Penal.- Que a fs. 26 de los autos el fiscal de Cotopaxi del cantón La Maná remite un oficio al juez de la causa, con fecha 9 de febrero del 2010, para ponerle en conocimiento que el día domingo 8 el señor Cabezas de la Cruz había sido detenido y necesitaba practicar el reconocimiento del sospechoso conforme lo dispone el artículo 216 numeral 7 del Código de Procedimiento Penal.- Con este antecedente se procede a dictar auto de instrucción fiscal con fecha 11 de febrero del 2009, en este tránsito desde la detención de su cliente hasta el momento que se dictó la instrucción fiscal recurrió más de 48 horas sin que se haya observado lo que disponen los artículos 164 y 165 del Código de Procedimiento Penal, su cliente fue sin formula de juicio, esto es, detenido sin que se haya puesto dentro de las 48 horas a órdenes del juez para que legalice su detención, y se lo ha mantenido incomunicado, por lo que se le ha negó el derecho a la defensa, transcurrido este tiempo, ni el Fiscal ni la Policía Nacional que realizó la aprehensión no tenían sustento legal alguno, que diga porque detuvieron a su cliente.- Que el señor juez de garantías penales ni el fiscal no respetaron lo que disponen los artículos 164 y 165 del la Ley procesal, lo cual lesiona la validez del proceso, habiendo el Tribunal de Garantías Penales del Azuay en el numeral segundo de la sentencia, declarado su validez; por lo expuesto, de conformidad con las normas constitucionales y legales, como el Código Orgánico de la Función Judicial, solicita se acoja el presente recurso de revisión por la omisión de solemnidades que acaba de señalar.- **CUARTO.- DICTAMEN FISCAL:** El doctor Juan Genaro Mora, representante del señor Fiscal General del Estado, emite su dictamen expresando, en lo principal: Que en el presente caso, no opera la causal tercera del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, con la cual el abogado del recurrente pretende se reforme la sentencia, porque no hay prueba nueva que lo demuestre; porque ha precluido el término en las etapas procesales correspondientes para los requisitos de procedibilidad, admisibilidad, prejudicialidad y nulidad.- Que en relación a la causal sexta del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, el recurso de revisión es totalmente clara y definida, esta procede cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho la existencia del delito a que se refiere la sentencia, excepto el último caso no necesita prueba, procede a realizar el análisis del hecho histórico que da inicio al juicio.- Que la Sala ya tiene triple reiteración en los delitos de violación, que el testimonio de la agraviada por el Código de la Niñez y Adolescencia y el artículo 127 del Código de Procedimiento Penal, en el presente caso es totalmente aplicable, y el Tribunal Constitucional en su resolución lo ha considerado y

aplicado así.- Que en la dogmática moderna solamente las sentencia de los tribunales constitucionales tienen validez, que el acusado fue identificado por la ofendida y por su enamorado, ante el juez competente, hecho que consta en autos, el sujeto activo del hecho es el acusado y el pasivo fue la víctima. La dogmática moderna constitucional y los tratados internacionales sobre ciertos tipos delitos que se comente bajo la influencia de sustancias psicotrópicas, está siendo sancionado en exceso como en el caso de drogas, tránsito, etc.- Que la constitución no solo protege al derecho humano del delincuente, sino también al derecho humano de la víctima, y la fiscalía tiene potestad acusadora para proteger el derecho de la víctima, existiendo doce artículos en la Constitución que protege el derecho de la víctima.- Que existe circunstancias constitutivas y agravantes no constitutivas para que el delito sea castigado con la pena de 16 años y no con la de 12 años, toda vez que no se puede agravar la pena.- Por lo que solicita a la Sala no acepte el recurso de revisión interpuesto.- **QUINTO.- CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS:** El procedimiento penal tiene como finalidad llegar a la imposición de una pena respetando la verdad procesal, si esto es así resulta razonable la legitimidad de la sanción por un acto adecuadamente típico y antijurídico. Frente a la posibilidad de un error judicial en la apreciación correcta de los hechos, surge la necesidad de la reparación mediante el mecanismo de un recurso de excepción como es la revisión, asumiendo el riesgo de la vulnerabilidad de la cosa juzgada, de la que el maestro uruguayo, don EDUARDO J. COUTURE, expresara que es: “la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla”. En virtud de la *cosa juzgada*, la sentencia en firme es generalmente inatacable e impugnabile cuando se han agotado los términos para la interposición de los recursos, o cuando habiendo sido interpuestos, el Tribunal de Alzada ha ratificado la resolución del juez *a- quo*. Para el profesor CLARIA OLMEDO en su *Derecho Procesal Penal*, es objetable considerar a la revisión como un recurso en sentido estricto expresando que: “mejor parece considerarlo como una acción impugnativa que persigue la revocación de una sentencia firme y anulación del proceso en que se pronunció, fundándose en circunstancias nuevas para la causapor ser recién conocidas o haberse presentado con posterioridad”. Participamos de considerar a la **revisión** como un verdadero recurso, que permite rever una sentencia condenatoria que se encuentra en firme y que no puede ser impugnada por medios normales. En cuanto a los efectos, una vez sustanciado el recurso si se lo declara procedente, se revoca la sentencia y anula el proceso en el que se hubiere dictado la condena. Esta excepcional institución pretende la reivindicación del reo y el restablecimiento de la justicia, mediante la reparación del error judicial. Ni siquiera en el antiguo derecho romano se consagró la irrevocabilidad de la cosa juzgada, pues allí también cedía ésta, si se demostraba que había habido fraude procesal por **prevaricatio** o **tergiversatio**, llegándose a la rescisión de la sentencia y a la **inintegrum restitutio**.- **SEXTO.- ANÁLISIS DE LA SALA:** Adentrándonos al análisis del recurso planteado, empezaremos diciendo que el recurso de revisión elimina la sentencia injusta sobre la base de nuevas pruebas, pues el referido recurso es extraordinario, cuyo propósito es remediar errores judiciales provocados por causas que no se conocían en el desarrollo del proceso y así revisar la sentencia a efectos de remover la autoridad de **cosa**

juzgada, por los motivos señalados en el Art. 360 del Código de Procedimiento Penal. **2.-** El inciso final del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, determina los seis casos en los cuales habrá lugar al recurso de revisión, en el que expresa: “Excepto el último caso de revisión, sólo podrá declararse en virtud de nuevas pruebas que demuestren el error de hecho de la sentencia impugnada”. En el presente caso, el recurso de revisión se ha fundamentado en los numerales 3 y 6 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, disposición legal, mediante la cual, el recurso es admisible, “Si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos o de informes periciales maliciosos o errados”, numeral que no ha sido demostrado con nuevas pruebas por parte del recurrente, capaz de enervar los hechos declarados como verdaderos por el tribunal juzgador como exige la norma citada; toda vez, que el recurso de revisión ataca el imperio de la cosa juzgada, siendo necesario para revocarla o reformarla la presentación de nuevos hechos tendientes a demostrar que la sentencia impugnada se fundamentó en testigos falsos o que los informes periciales son errados.- De igual forma, la causal sexta invocada por el recurrente prevé: “Cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho, la existencia del delito a que se refiere la sentencia”; en el presente caso, de la revisión del expediente, se observa que el tribunal juzgador para establecer la existencia del delito de violación ha analizado y valorado en el considerando séptimo de la sentencia de mérito, el testimonio propio rendido por la obstetriz Magda del Rocío García Gómez, quien ha realizado el examen médico legal conjuntamente con el doctor Buster Albarracín, a la víctima Evelyn Nataly Álava Garay, estableciendo que la paciente se encontraba en estado emocional post traumático por violación sexual y encontró a nivel del cuello señales de mordeduras, equimosis y hematomas, en tórax y extremidades hematomas, a nivel genital sangrado; así mismo ha recogido el testimonio Marco Vinicio Netio Chusin, que estableció los escenarios donde se produjo la agresión sexual; pruebas que sin lugar a dudas permiten establecer en forma fehaciente la existencia del delito por el cual ha sido sentenciado el recurrente; por lo que, tampoco se ha justificado la causal sexta en la cual se fundamentó el presente recurso; es decir, el recurrente no ha demostrado el error de hecho de la sentencia impugnada en relación a la existencia material del delito y a su responsabilidad penal en el mismo, por lo que se ha configurado con certeza el nexo causal entre el ilícito tipificado en el artículo 512 numeral 3 del Código Penal, y su participación y responsabilidad penal, además, en el presente caso se configura la culpabilidad que junto al hecho ilícito y la antijuridicidad constituyen las tres condiciones tripartitas básicas del delito. **SÉPTIMO: RESOLUCIÓN.-** Sobre la base de lo expresado, esta Sala Primera Sala de lo Penal de la Corte nacional de Justicia, ha tomado la siguiente **RESOLUCIÓN:** **1)** La fundamentación del recurso se ha realizado por las causales 3ra y 6ta del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto la causal 3era no se ha presentado prueba alguna.- En relación a la causal 6ta. de autos aparece comprobado conforme a derecho la materialidad y la responsabilidad del recurrente; **2)** Las alegaciones esgrimidas por el sentenciado son propias del recurso de casación y no del presente recurso; **3)** Como bien lo señala el señor fiscal, las circunstancias de nulidad, procedibilidad y prejudicialidad han precluido motivo por lo cual la Sala no tiene que resolver nada al respecto; **4)** No

deja de sorprender a esta Sala la benévola sentencia que el Tribunal juzgador ha dictado, pues de autos aparece que para el acceso carnal se utilizó la violencia física, drogas, alcohol, armas de fuego, pandilla, clandestinidad, utilizando la noche, en despoblado, circunstancias todas, que sin lugar a dudas debía agravar la condena, pero que, por el principio de la no reformatio in pejus, esta Sala se ve impedida de aumentar la pena; 5) Por estas consideraciones y acogiendo el dictamen fiscal “**ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**” declara improcedente el recurso presentado por Marcos o Marco Antonio Cabezas de la Cruz y ordena devolver el proceso al órgano jurisdiccional de origen para los fines de ley.- Notifíquese y publíquese.

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada; y, Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.

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

RAZÓN: En Quito, hoy día veinte y ocho de abril del dos mil once, a las dieciocho horas, notifiqué con **PROVIDENCIA**, que antecede a: **FISCAL GENERAL DEL ESTADO**, en el casillero judicial No 1207; a **MARCO O MARCOS ANTONIO DE LA CRUZ**, en el casillero judicial No 6180. Certifico.

RAZÓN: Certifico, que las cuatro fojas que antecede, son fiel copia de su original.- Quito, Septiembre 7 del 2011.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator

No. 17-2010

JUEZ PONENTE Dr. Milton Peñarreta Álvarez, (Art. 141 C.O.F.J.).

SENTENCIADO: Marco Antonio Moreno Espinoza y Alonso Sebastián Pinargote Pinargote.

DELITO: Robo calificado.

RECURSO: Casación.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO PENAL

Quito, julio 26 del 2011.- Las 11h00.

VISTOS: Marco Antonio Moreno Espinoza y Alonso Sebastián Pinargote Pinargote, interponen recurso de casación de la sentencia pronunciada por el Segundo Tribunal de Garantía Penales del Azuay, que les impone la pena de dieciséis años de reclusión mayor especial a cada uno de ellos, por considerarles autores, responsables del

delito de tipificado y sancionado por el artículo 550, 551 y numerales 1, 2 y 4 del artículo 552 del Código Penes.- El presente recurso se tramitó en audiencia oral, pública y contradictoria al tenor del artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, y, encontrándose la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:**- Esta Sala tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver el recurso de casación, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1, y la Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador publicada en el R.O. No 449 de 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa: 001-08-SI-CC de fecha 28 de noviembre de 2008, dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 de 2 de diciembre de 2008; la Resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre del 2008; y publicado en el R.O. No. 511 de 21 de enero del 2009; y el sorteo de ley respectivo **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL:**- Examinado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad; por lo que este Tribunal de Casación declara la validez de esta causa penal.- **TERCERO.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO:** Los recurrentes Marco Antonio Moreno Espinoza y Alonso Sebastián Pinargote Pinargote, al fundamentar su recurso de casación en la audiencia oral, pública y contradictoria, manifiesta en lo principal: Que la base del proceso penal es la identificación de la infracción y la determinación del nexo causal que existe entre ésta y el infractor, siempre que se respete las garantías básicas y fundamentales del debido proceso conforme lo establece el Art. 75 y 76 de la Constitución de la República.- Que amparado en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, fundamenta el recurso de casación, procediendo a dar lectura de la disposición, y que en esos parámetros, se permite realizar un análisis de los antecedentes que motivaron el presente enjuiciamiento.- Que el día 11 de agosto del 2009, se cometió un asalto a un carro blindado en la provincia del Azuay, de la empresa Delgado Travel, que a fs. 66 y67, consta el parte de aprehensión con la relación circunstancial de los hechos, según el parte de detención a dos de los detenidos se los detiene no en delito flagrante.- Que en ningún momento se los identifica a los implicados, sin embargo durante la investigación a fs. 227 del proceso consta la providencia en la cual la juez ordena el traslado de los detenidos al acto de reconstrucción de los hechos, violándose lo que dispone el artículo 112 del Código de Procedimiento Penal, que estas dos violaciones llevan al juzgador a cometer un error de derecho al aplicar indebidamente la ley, los artículos 65, 216 numeral 7 del Código de Procedimiento Penal, procediendo a dar lectura del artículo 65.- Que el artículo 66 de la Constitución proclama los derechos humanos, que son entre otros: el artículo 216, numeral 7 del Código de Procedimiento Penal, en sus disposiciones, ordena al fiscal que cuando alguien promete reconocer al presunto infractor, identificarlo, es decir dicta el procedimiento como identificar a los sospechosos; en consecuencia se viola este procedimiento, no se aplicó esta norma jurídica. Que estos errores de derecho producidos en el proceso permiten cometer errores de derecho, errores in iudicando o una falsa valoración de la prueba a los juzgadores; por una indebida aplicación de la ley, lo que es motivo del recurso.- Que existe errónea interpretación de la ley, porque se vicia el nexo causal entre

la infracción y los hoy sentenciados, al haberse ordenado su traslado a la fuerza, cuando la ley en el Art. 112, dispone que si los sospechosos voluntariamente quieren asistir, habiéndose interpretando erróneamente la ley al conducirlos a la fuerza; este traslado de los sospechosos a la reconstrucción de los hechos, vicia el nexo causal que debía haberse demostrado en el proceso, lo que hace cometer un error al juzgador.- Que los juzgadores en base a los errores de derecho anteriormente señalados, cometen otro error, siendo otra de las causales por la que se ha interpuesto el recurso, porque se viola el Art. 29 del Código Penal, pues al dictar el fallo no han considerado las atenuantes que constan en el proceso, así como también contravienen el artículo 310, pues cuando son varios los acusados el Tribunal deberá referirse a cada uno de ellos, indicando si son autores, cómplices o encubridores lo que no consta en la sentencia.- Que en la sentencia se viola lo previsto en el Art. 309 numeral 2 del Código de Procedimiento Penal, pues en la sentencia no se señala los actos que estiman probados y que influyen en la decisión de la causa.- Por lo que, amparado en el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, solicita se case la sentencia, salvo el mejor criterio del Tribunal, se considere las atenuantes.- **CUARTO.- CONTESTACIÓN A LA FUNDAMENTACIÓN:** El doctor Raúl Garcés, funcionario y delegado del señor Fiscal General del Estado, al contestar la fundamentación de formulada por los recurrentes, expresa en lo principal: Que el recurso de casación según el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, procede cuando en la sentencia se hubiere violado la ley por contravención expresa a su texto; errónea interpretación e indebida aplicación.- Que este recurso procede para corregir los errores de derecho que debe contener la sentencia, que como antecedente refiere, que se inicia este enjuiciamiento en contra de los recurrentes y otros procesados, por cuanto el 11 de agosto del 2009, a eso de las doce del día en la vía que va con dirección a Deleg en la Provincia del Azuay, cuando se trasladan en dos vehículos 25.000 de la empresa Delgado Travel, al pasar un puente son interceptados los dos vehículos por una camioneta Chevrolet Dmax, de la cual se bajan cinco personas portando armas de fuego, comienzan a disparar, acción en la que cae muerto Jhonny Arturo Orellana Santana, persona que daba la seguridad entre otras al dinero que transportaba los vehículos de propiedad de Travel; además de esta muerte resultan heridos Francisco Eduardo Vergara y Diego Campoverde, luego de cometido el delito de robo calificado por habérselo perpetrado la infracción con armas de fuego, en pandilla, en la vía pública, proceden a darse a la fuga, siendo perseguidos por la Policía, la cual interviene conforme consta en el expediente, dan con el paradero de la camioneta Dmax, la cual estaba abandonada, donde se encontró evidencias físicas como chaleco antibalas, la tula donde se transportaba los 25.000,00 dólares, en la persecución se procede a la detención de Alfonso Sebastián Pinargote Pinargote, quien portaba únicamente una licencia pero a nombre Ortega Nieto, posteriormente se conoce que se llama Alfoso Pinargote Pinargote, mientras que Marco Antonio Moreno Espinoza fue detenido cerca de los hechos en unos matorrales junto con el señor García, en el mismo sector se encontró una pistola de 9mm. Que una vez detenidos se los llevaron para las investigaciones pertinentes.- Que la materialidad de la infracción obra de la sentencia en el numeral tercero, cuando el juzgador de instancia llega a establecer la misma por los informes presentados por el

médico que practicó la autopsia del occiso Jhonny Orellana y de los heridos Eduardo Vergara y Diego Campoverde, se procedieron a ser las experticias de las armas de fuego con las que se concluye que estaba en perfectas condiciones, la inspección a los vehículos donde se encuentran los orificios ocasionados en los dos automóviles; la preexistencia conforme al Art. 106 del Código de Procedimiento Penal, se encuentra plenamente establecidos, mediante los recibidos entregados por la Cajera General Laura Arcentales, de los cuales aparece que se entregó los 25.000,00 dólares que fueron sustraídos por las cinco personas que cometieron el delito; igualmente la responsabilidad se encuentra considerada en la sentencia, mediante los testimonios de los policías que realizaron la persecución, inclusive uno de los policías manifiesta que en el momento que perseguía la camioneta el copiloto le amenazó con un arma antes de darse a la fuga.- Que el policía Manuel Reinoso, en su testimonio en la audiencia de juzgamiento, señala que procedió a la captura de Marco Antonio Moreno.- Que los testimonios de Francisco Vergara y Diego Campoverde, quienes en la audiencia reconocen a los cinco individuos, entre ellos reconocen a Alfonso Sebastián Pinargote Pinargote y Marco Antonio Moreno, porque cuando ellos cometieron el delito no llevaban pasamontañas y estaba expuesto a ser observados su rostro.- Que de conformidad con el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal, las pruebas fueron plenamente ordenadas, practicadas, producidas en la audiencia de juzgamiento, las que llevaron al juzgador a la conclusión de que los sentenciados tiene participación y son responsables del delito.- Que los argumentos esgrimidos por la defensa, conforme lo manifiesta el abogado de la defensa, son para corregir los errores de derecho y que en la sentencia se ha contravenido la ley, habiéndose realizado una interpretación errónea de la misma; al respecto, la fiscalía conforme lo señala los artículos 65, 216 numeral 7 del Código de Procedimiento Penal, invocados por el recurrente, procedió junto con los agentes de policía a realizar el reconocimiento de los sospechosos conforme manda la ley, de lo cual se obtuvo que uno de detenidos respondía a los nombres de Alfonso Pinargote Pinargote y no como había indicado como Ortega.- Que la prueba ha sido analizada por parte del tribunal juzgador, por lo que se ha llegado a establecer la responsabilidad y materialidad del delito, se ha valorado tanto las pruebas de cargo como de descargo, pruebas de descargo que no han logrado desvirtuar la acusación presentada; pruebas que han sido practicadas y valoradas por el juzgador de instancia.- Que la sentencia se encuentra plenamente motivada al tenor del Art. 304-A del Código de Procedimiento Penal, llegando a establecer la materialidad de la infracción y la responsabilidad de los recurrentes y de las otras personas que participaron en este hecho, conforme a las reglas y principios constitucionales y las normas de la casación. Que de conformidad con el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, los fundamentos de ella han sido analizados, pues existe coherencia lógica entre los presupuestos fácticos probados y la parte resolutive de la sentencia, habiéndose acusados por el juez de instancia por el delito de robo agravado tipificado en los artículos 550 y 551 sancionados por el Art. 552 inciso 1, 2 y 4 que se refiere a robo calificado, sin considerar atenuantes por existir las agravantes de haberse realizado la infracción con arma de fuego, pandilla, vía pública, sector abandonado.- Que en el considerando tercero se establece la responsabilidad de los sindicados con la valoración

conjunta de la pruebas practicadas conforme al Art. 250 del Código de Procedimiento Penal, sin que exista violación a los principios y normas constitucionales y legales invocadas en esta audiencia.- Que el tipo penal guarda relación y correspondencia con los datos.- Consideraciones por las cuales la fiscalía estima que al no haberse probado las causales indicadas y fundamentadas por el abogado defensor de los recurrentes Alfonso Pinargote Pinargote y Marco Antonio Moreno Espinoza, solicita se deseche el recurso de casación por improcedente. **QUINTO.- ANALISIS DOCTRINARIO DE LA CASACION:** 1) Lo primero que la Sala debe observar es la naturaleza y presupuestos del recurso de casación, valiéndose para ello de la Constitución, la ley, la jurisprudencia y de lo que la doctrina nos enseña. Al respecto, el profesor español Andrés de la Oliva Santos sostiene: “El recurso de casación es un recurso devolutivo extraordinario ante el grado supremo de la jerarquía judicial. Por su carácter extraordinario procede únicamente si concurren los presupuestos y requisitos especiales determinados en la ley” (*Derecho Procesal Penal*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Cuarta Edición, Primera Reimpresión, 2000, Madrid-España, p. 623). Como nos ilustra el autor, su carácter es rescindente y rescisorio, porque con la admisibilidad del recurso se anula la resolución impugnada y se dicta otra ajustada a derecho, partiendo de sus fines primordiales que son: “la revisión o control de la aplicación de la ley hecha por los Tribunales de instancia (función nomofiláctica) y la unificación de criterios jurisprudenciales. A esta doble función clásica se ha añadido una tercera: la de velar por el cumplimiento de las garantías constitucionales (...) la casación penal cumple también la función de velar por el derecho a la tutela judicial efectiva en su más amplio contenido” (Ídem, p. 624). 2) La corriente mayoritaria y prevalente en los tiempos actuales en el concierto jurídico internacional relativa con el recurso de casación y conforme lo sostiene Daniel Pastor en su obra *La nueva imagen de la casación penal*, editorial Ad Hoc, primera edición, octubre 2001, pp. 125-128, “... la casación procesal es un “juicio sobre el juicio” en la cual no se juzga la conducta del imputado, sino la de los jueces bajo la lupa del derecho procesal ... la casación procesal es una cuestión fáctica. Frente a la reprobación procesal el tribunal de casación “cumple un verdadero examen fáctico, en tanto debe examinar la conducta concretamente observada en el proceso por los sujetos procesales a fin de decidir su conformidad o no con las normas de derecho procesal. Actúa en este caso como juez del hecho”. Esto conduce inexorablemente a que el juicio de casación procesal sea un juicio de mérito en el cual se examina una cuestión de hecho que, en caso de ser demostrada, decide la suerte de la reprobación hecha valer con el recurso ... Los vicios de procedimiento encierran, entonces, cuestiones de hecho cuya existencia la reprobación debe intentar demostrar a través de la proposición de las pruebas necesarias para confirmar la infracción ... El examen probatorio puede ser practicado sobre las actas del proceso, lo cual incluye a todos los actos protocolizados que arrojen luz acerca de la existencia del supuesto de hecho de la infracción reprobada y, entre ellos, muy especialmente a los documentos que contienen la sentencia y el acta del juicio, pero también, de resultar necesario, la prueba deberá ser adquirida en la audiencia de casación y según los principios del juicio público.”. De esta definición se advierte que en casación no solo se corrigen

errores de aplicación de la ley sustancial, sino también errores de procedimiento o de hecho, ya que el objetivo del derecho y la justicia es el respeto a la seguridad jurídica que se encuentra consagrado en el Art. 82 de la Constitución de la República, así como la tutela judicial efectiva, el plazo razonable, el derecho de defensa, instituciones jurídicas y constitucionales que son parte del debido proceso legal y constitucional del ordenamiento jurídico nacional, pilares fundamentales en un Estado Constitucional de derechos y justicia, conforme lo prescribe el Art. 1 de la Carta Magna. **SEXTO.- RESOLUCIÓN:** 1) Los recurrentes han interpuesto su recurso, alegando que en la sentencia existe indebida aplicación de la ley, así como errónea interpretación de la misma en razón de haberse violado los artículos 65, 216, 309, 310 del Código de Procedimiento Penal, así como los artículos 29, 73, 74, 75 del Código Penal, al no haberse realizado la identificación de los sospechosos de conformidad a la ley, así como también al no haberse motivado la sentencia, y al no haberse individualizado la participación de los recurrentes; 2) Para que prospere la casación, además de mencionar las disposiciones legales supuestamente violadas, se requiere que los casacionistas indique de qué manera tales violaciones han influido en la decisión de la causa, lo que no ha ocurrido en el presente caso; además a esta Sala le está prohibido por disposición del artículo. 349 parte final del Código de Procedimiento Penal, hacer una nueva valoración de la prueba como pretenden los casacionistas; 3) Por estas consideraciones y acogiendo el dictamen fiscal, esta Primera Sala de lo Penal, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA**, declara improcedente el presente recursode casación interpuesto por Marco Antonio Moreno Espinoza y Alonso Sebastián Pinargote Pinargote.- Devuélvase el proceso al órgano jurisdiccional de origen para los fines de ley. Notifíquese.

Fdo.) Dres. Hernán Ulloa Parada, Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales y, Arturo Pérez Castillo, Conjuez Permanente.

Certifico. f.) Dr. Hermes Sarango.

RAZÓN: en Quito, hoy día veinte y seis de julio del dos mil once, a las dieciocho horas, notifiqué por boletas con la **SENTENCIA** que antecede a: **FISCAL GENERAL DEL ESTADO**, en el casillero judicial **Nº 1207**; a **ALONSO PINARGOTE PINARGOTE Y MARCO ANTONIO MORENO ESPINOZA** en el casillero judicial **Nº 5129**; a **ROBERTO DELGADO ALVARADO**, en el casillero judicial **Nº 1784**; a **JUNIOR RAMIRO LOZADA**, en los casillero judiciales **Nos. 2280 y 3480.-Certifico.**

RAZÓN: Certifico que las cuatro (4) copias certificadas que anteceden son fiel copia de su original.- Quito, septiembre 7 del 2011.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator, Primera Sala Penal - Corte Nacional de Justicia.

No. 39-2010

SENTENCIADO Jorge Francisco Moreira Barona.**DELITO:** Asesinato.**RECURSO:** Revisión.**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE LO PENAL**

Quito, Mayo 10 del 2011.- Las 15h00.

VISTOS: El sentenciado Jorge Francisco Moreira Barona, a fs. 124 de los autos, interpone recurso de revisión fundamentado en las causales 3, 4 y 6 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, de la sentencia condenatoria pronunciada por el Tribunal Quinto de lo Penal del Guayas, el 23 de julio del 2007, que le declara autor responsable del delito tipificado y sancionado en el artículo 450 circunstancia 1 del Código Penal y le condena a la pena modificada de doce años de reclusión mayor extraordinaria y declara con lugar la acusación, con daños y perjuicios.- Habiéndose tramitado el recurso de revisión en audiencia oral, pública y contradictoria de conformidad con el rito procesal vigente; y, encontrándose la causa en esta de resolver, para hacerlo, se considera: **PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** Esta Primera Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de revisión interpuesto en virtud de lo dispuesto en los Art. 184 numeral 1, y la Disposición Transitoria Octava y 188 de la Constitución de la República del Ecuador publicada en el R.O. No. 449 de 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; y, la Resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre del 2008, y el sorteo de ley respectivo. **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.-** Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiere acarrear su nulidad; por lo que, este Tribunal, declara la validez de esta causa penal. **TERCERO.- FUNDAMENTACION DE LA REVISIÓN.-** El recurrente Jorge Francisco Moreira Barona, por intermedio de su abogada defensora, doctora Lolita Montoya, Defensora Pública, de conformidad con el artículo 366 del Código de Procedimiento Penal vigente, fundamentó y sustentó el recurso de revisión, señalando en lo principal: Que la sentencia emitida por el Tribunal Penal, es injusta, toda vez que no existe ninguna prueba testimonial en la que pueda basarse los señores jueces para dictar una sentencia condenatoria en contra del recurrente.- Que se ha violado el principio de presunción de inocencia establecido en la Constitución, por cuanto los señores jueces le han declarado autor y culpable del delito tipificado en el artículo 450 del Código Penal, sin haber tenido ninguna certeza; pues, en la audiencia oral, pública y contradictoria, jamás la fiscalía ha presentado testigo alguno que demuestre que su defendido ha cometido el delito de asesinato.- Que la sana crítica del juez no puede ser aplicada en esta sentencia, porque simplemente se le sentenció y condenó a su defendido únicamente con el testimonio del policía que realizó el reconocimiento del lugar de los hechos, el cual expresó en la audiencia que la señora Esther Mindiola le había manifestado, quien no tiene

certeza de que su defendido haya sido la persona que propinó la muerte al señor Moreira.- Que en materia penal, se tiene que condenar a una persona con certeza, no se puede condenar por simple presunciones e indicios, la prueba debe ser valorada en la etapa del juicio, ante el Tribunal Penal, pero la Fiscalía nunca llevó un testigo que manifieste que ha observado que el señor Francisco Moreira le haya causado la muerte, por lo que, no existe en la sentencia motivación alguna, no se explica cómo el señor Jorge Francisco Moreira Barona sea el autor de este crimen. Que los señores jueces del Tribunal Penal del Guayas, manifiestan que la señora Esther Esperanza Mindiolano pudo comparecer a la audiencia del juicio, por cuanto no tenía la cédula de identidad; es decir, que nunca hubo prueba que incrimine a su defendido, pues al no haber rendido su testimonio la señora Esther Esperanza Mindiola González, y la versión que rindió ante el Fiscal en la etapa de instrucción, no sirve por no haber sido rendida ante el Tribunal Penal; sin embargo los señores jueces hacen una apreciación de la sana crítica.- Que el único testigo que presentó la Fiscalía y el acusador particular fue el testimonio del policía que realizó la investigación del hecho, quien manifiesta que le dijo la señora Esther Mindiola, no conocemos con certeza lo que sucedió.- Que conforme consta del testimonio rendido por su defendido, en el día y hora que suscitaron los hechos, éste se encontraba trabajando en una bananera hasta las diez de la noche, luego de lo cual se dirigió a la casa de Esther Mindiola que era su esposa con la cual procrearon cuatro hijos, y jurídicamente la señora Esther Mindiola, no tenía la obligación de presentarse a declarar ante el Tribunal, como pretendía la fiscalía, pues nadie está obligado a declarar en contra de su cónyuge o conviviente conforme lo establece el artículo 126 del Código Procesal Penal.- Insiste que no existe certeza alguna de que su defendido sea la persona que haya ocasionado este hecho, y que por ser personas de escasos recursos económicos, no ha podido presentar prueba nueva, esto es, testigos para aclarar los hechos y desvirtuar lo establecido por los señores jueces del Tribunal Penal.- Que se está violando el principio de presunción de inocencia que es un derecho que le asiste a las personas, este derecho tenía que ser desvirtuado por la Fiscalía, sin que la Fiscalía pueda demostrar con prueba fehaciente de que su defendido sea el autor del delito.- Que si no existe una comprobación real de todos los elementos del tipo penal, no se puede sentenciar a una persona, por lo que se ha presentado el recurso de revisión, porque la realidad histórica de los hechos no se sujeta a la sentencia impugnada, en vista de que los señores jueces manifiestan que se lo sentencia en base a la sana crítica.- Que el Estado siempre requiere de una adecuada administración de justicia, por lo que solicita se revoque la sentencia y se rectifique el principio de presunción de inocencia de su defendido.- **CUARTO.- DICTAMEN FISCAL:** El doctor Pablo Durán, funcionario y Delegado del señor Fiscal General del Estado, al dictaminar en la presente causa, señala en lo principal: Que uno de los presupuesto constitucionales trata acerca de la seguridad jurídica, en tal virtud, una persona solo podrá ser juzgada de acuerdo con la competencia de los jueces y con el procedimiento correspondiente.- Que en el presente caso, se ha fundamentado el recurso de revisión en las causales 3 y 4 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, en los casos mencionados procede el recurso de revisión, siempre que quien recurre presente nuevos elementos de prueba.- No

basta con invocar la Constitución y decir que se la ha violado, no basta con decir que la Constitución es de aplicación inmediata, es necesario en este caso, presentar nuevos elementos de prueba, para que justifique que se ha violado el principio de inocencia, la cual se rompe cuando por los medios de prueba el Tribunal de Garantías Penales llega a tener la certeza de que el acusado es responsable del delito; por lo que es necesarios con nuevos hechos demostrar de que su defendido no es responsable del ilícito.- Que en relación al numeral 3ero, no se ha manifestado como se ha violado esta causal; en relación al numeral 6to, en esta audiencia, no se ha pronunciado como se ha violado el numeral 6.- Que la Constitución señala que los jueces podrán pronunciar sentencia, así el recurrente no haya fundamentado la norma; sin embargo, el artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, nos dice que es necesario que la invocación y consideración que hace los jueces sea relacionada con los pedidos que se hace en el recurso; en el presente caso el recurso de revisión, es impertinente por las causales 3 y 4, por el contrario se ha probado que el sentenciado es responsable del asesinato de Lenín Belisaio Moreira Barchi, pues consta a fs. 57 del expediente, el informe policial que fue agregado e incorporado a la audiencia de juicio en la que el agente policial establece claramente que la señora Esther Esperanza Mindiola le relató de manera detallada la forma como se produjo el asesinato, el cual fue incorporado en la audiencia del juicio, y así mismo, el autor del parte confirmó en la audiencia del juicio este hecho, y es lo que se encuentra probado en el juicio, y de ninguna manera se ha enervado con nuevos elementos de prueba el hecho y su responsabilidad penal o que su responsabilidad se estableció en forma ilegal.- Por lo que la Fiscalía al no existir nuevas pruebas y al no haberse motivado y justificado la causal sexta conforme lo establece la ley, solicita a la Sala se declare improcedente el recurso de revisión.- **QUINTO.- CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS:** El procedimiento penal tiene como finalidad llegar a la imposición de una pena respetando la verdad procesal, si esto es así resulta razonable la legitimidad de la sanción por un acto adecuadamente típico y antijurídico. Frente a la posibilidad de un error judicial en la apreciación correcta de los hechos, surge la necesidad de la reparación mediante el mecanismo de un recurso de excepción como es la revisión, asumiendo el riesgo de la vulnerabilidad de la cosa juzgada, de la que el maestro uruguayo, don EDUARDO J. COUTURE, expresara que es: “la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla”. En virtud de la *cosa juzgada*, la sentencia en firme es generalmente inatacable e impugnabile cuando se han agotado los términos para la interposición de los recursos, o cuando habiendo sido interpuestos, el Tribunal de Alzada ha ratificado la resolución del juez *a- quo*. Para el profesor CLARIA OLMEDO en su *Derecho Procesal Penal*, es objetable considerar a la revisión como un recurso en sentido estricto expresando que: “mejor parece considerarlo como una acción impugnativa que persigue la revocación de una sentencia firme y anulación del proceso en que se pronunció, fundándose en circunstancias nuevas para la causa por ser recién conocidas o haberse presentado con posterioridad”. Participamos de considerar a la **revisión** como un verdadero recurso, que permite rever una sentencia condenatoria que se encuentra en firme y que no puede ser impugnada por medios normales. En cuanto a los efectos,

una vez sustanciado el recurso si se lo declara procedente, se revoca la sentencia y anula el proceso en el que se hubiere dictado la condena. Esta excepcional institución pretende la reivindicación del reo y el restablecimiento de la justicia, mediante la reparación del error judicial. Ni siquiera en el antiguo derecho romano se consagró la irrevocabilidad de la cosa juzgada, pues allí también cedía ésta, si se demostraba que había habido fraude procesal por **prevaricatio** o **tergiversatio**, llegándose a la rescisión de la sentencia y a la **integrum restitutio**.- **SEXTO.- ANÁLISIS DE LA SALA:** Adentrándonos al análisis del recurso planteado, empezaremos diciendo que el recurso de revisión elimina la sentencia injusta sobre la base de nuevas pruebas, pues el referido recurso es extraordinario, cuyo propósito es remediar errores judiciales provocados por causas que no se conocían en el desarrollo del proceso y así revisar la sentencia a efectos de remover la autoridad de **cosa juzgada**, por los motivos señalados en el Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, disposición donde se establece las seis causales por las que se puede interponer el recurso de revisión; para ello, el recurrente requiere como requisito esencial la presentación de nueva prueba, tendiente a revocar o reformar una sentencia condenatoria injusta, pasada por autoridad de cosa juzgada y en mucho de los casos se encuentra en estado de ejecución; pues a la revisión se lo concibe como una verdadera acción, que va contra el imperio de la cosa juzgada; razón por lo cual, es indispensable que aquellos hechos declarados como verdaderos por el tribunal sentenciador deben ser enervados con nuevos hechos; excepción hecha en la misma disposición, cuando se interpone el recurso por la causa sexta que prevé: “Cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho, la existencia del delito a que se refiere la sentencia”; por consiguiente, quien recurre vía revisión, no sólo que debe citar las normas y fundamentarlas, sino está obligado a contradecir la sentencia condenatoria, y demostrar a este Tribunal, que la sentencia que le declaró culpable es injusta; toda vez, que el objetivo del Estado quien ejerce el ius puniendi, es que toda persona reciba una sentencia justa acorde a la realidad procesal y con observación de las normas y garantías constitucionales, y de los tratados internacionales sobre derechos humanos; razón por la cual consta normado en nuestra legislación el recurso de revisión como un recurso extraordinario y de excepción, a fin de corregir los posibles errores de hecho cometidos por los juzgadores de instancia. En el caso Sub júdice, el recurrente ha interpuesto el recurso de revisión por las causales 3, 4 y 6 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal; las causales 3 y 4 disponen: “3. Si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados” y “4. Cuando se demostrare que el sentenciado no es responsable del delito por el que se le condenó”; en este caso el recurrente tenía la obligación de presentar nueva prueba tendiente a demostrar a este Tribunal que la sentencia de mérito, fue dictada en base de testigos falsos o de informes maliciosos o errados, lo cual no ha ocurrido en la especie.- En relación a la causa 6ta, que dispone: “ Cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho, la existencia del delito a que se refiere la sentencia”; si bien es cierto esta causal no requiere la presentación de nueva prueba para justificarla, esta Sala de la revisión del proceso ha podido determinar, que la existencia del delito jurídicamente se halla establecida con el testimonio propio rendido en la audiencia de juzgamiento por el doctor José Fidel

Peñaranda Salas, quien suscribe el Formato de autopsia de quien en vida se llamó Lenin Belisario Moreira Barchi, con el testimonio de Pedro Antonio Orellana Ortiz, perito que realizó el reconocimiento del lugar de los hechos, por consiguiente, no procede la revisión por esta causal.- **SÉPTIMO.- RESOLUCIÓN:** 1. La fundamentación del recurso ha sido por las causales 3, 4 y 6 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal.- Las causales 3 y 4 requiere de prueba nueva para su justificación, lo que no ha ocurrido en esta audiencia.- En cuanto a la causa 6ta, de autos consta comprobado conforme a derecho la existencia de la infracción; 2. Por estas razones, y cogiendo el dictamen Fiscal, esta Primera Sala 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**”, declara improcedente el recurso planteado por Jorge Francisco Moreira Barona y se ordena devolver el proceso al órgano jurisdiccional de origen para los fines de ley.- Notifíquese y cúmplase.

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Presidente, Hernán Ulloa Parada, y, Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.

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

RAZÓN: En Quito, hoy día once de mayo del dos mil once, a las diez horas y treinta minutos, notifiqué por boletas con la **PROVIDENCIA** que antecede a: **FISCAL GENERAL DEL ESTADO**, en el casillero judicial No 1207; a **JORGE FRANCISCO MOREIRA BARONA**, en el casillero judicial No 5711 y en el casillero judicial No 876.

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

RAZÓN: Certifico que las cuatro (4) copias certificadas que anteceden son fiel copia de su original.- Quito, septiembre 7del 2011.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator, Primera Sala Penal - Corte Nacional de Justicia.

No. 69-2010

Juez Ponente Dr. Milton Peñarreta Álvarez, (Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial).

SENTENCIADO Ana Patricia Serrano Narváez.

DELITO: Abuso de confianza.

RECURSO: Casación.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO PENAL

Quito, 18 de Mayo de 2011.- A las 15h00.

VISTOS: El Tribunal Noveno de lo Penal de Pichincha, mediante sentencia dictada el 18 de diciembre del 2009, ha confirmado la inocencia de Ana Patricia Serrano Narváez, amparado en los Arts. 304-A y 311 del Código de Procedimiento Penal, por no haberse probado conforme a derecho con prueba válida y suficiente la existencia material de la infracción así como tampoco la responsabilidad de la acusada en el delito de abuso de confianza. De esta sentencia interpone recurso de casación la acusadora particular Jean Pamela Brown. Siendo el estado procesal el de resolver para hacerlo se considera; **PRIMERO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA:** Esta Primera Sala Especializada de lo Penal, es competente para conocer y resolver este recurso de casación, en virtud del Art. 184 de la Constitución de la República del Ecuador vigente a partir del 20 de octubre del 2008, publicada en el R.O. No. 449 por lo dispuesto en los literales a y b del numeral 4 de la sentencia interpretativa: 001-08 SI-CC de fecha 28 de noviembre del 2008 dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; por Resolución sustitutiva del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre del 2008, publicada en el Registro Oficial No. 511 del 21 de enero de 2009 y, el sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de jueces nacionales de esta Primera Sala de lo Penal. Avocamos conocimiento de la presente causa. **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.-** Examinado el expediente, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pueda afectar la decisión de esta causa. Por lo que se declara expresamente su validez. **TERCERO.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN:** La acusadora particular, Jean Pamela Brown, ha interpuesto recurso de casación de la sentencia, fundamentándolo en la violación de las siguientes normas: artículos 79, 89, 95, 119 y 134 del Código de Procedimiento Penal, ya que el Tribunal no ha valorado los testimonios rendidos por los peritos y testigos que han comparecido a la audiencia de juicio ante el Tribunal Penal, entre ellos del perito que practicó el examen contable que determina que Patricia Serrano cometió el delito de abuso de confianza, evidenciándose que el Juzgador no ha empleado la sana crítica para explicar las razones para restar valor a los testigos Catalina Isaura Cajilema Calderón, José Eduardo Sierra Heredia, Washington Germán Urbano Guillén y del perito Eco. Marco Antonio Pavón. De manera particular, relata la recurrente que el informe del examen contable realizado por el perito Eco. Marco Vaca, concluye afirmando que, durante el período en que la acusada ha sido Gerente de Alsafari Turismo Cía. Ltda., y por tanto responsable del manejo administrativo y financiero de la empresa, se ha establecido un faltante al 3 de octubre del 2007 de USD 31.729,44, que dicho faltante corresponde a dineros que se ha dispuesto la acusada como caja chica, anticipos no justificados y gastos de tarjetas de crédito cuyo titular ha sido la procesada y, que el faltante ocasionado a la empresa Alsafari asciende a USD 31.729,44. Alega además la casacionista, que se ha violentado también el Art. 124 Ibídem pues la responsabilidad de Patricia Serrano ha sido probada por los otros testimonios que no han sido analizados en la sentencia, evidenciándose que el acta de la audiencia de juzgamiento no refleja lo declarado por la acusada ya que a la pregunta de la acusación si ella había distraído dinero de la compañía, ésta respondió afirmativamente, por consiguiente se demuestra que los señores Jueces no recordaron lo que la acusada respondió

haciéndose necesario que se reproduzca la grabación de la audiencia de juzgamiento para constatar la existencia de esta prueba esencial respecto a la autoría del delito.

CUARTO: DICTAMEN FISCAL.- El Dr. Alfredo Alvear Enríquez Subrogante del Fiscal General del Estado en lo principal de su dictamen manifiesta que: examinado el fallo recurrido y el Acta de la audiencia de juicio respectiva, se observa que la siguiente prueba documental y testimonial practicada por la Fiscalía y por la acusadora particular, demuestran legalmente la existencia material del ilícito así como la responsabilidad de la acusada: 1) el informe pericial contable y el testimonio rendido ante el Tribunal Penal por el perito Marco Antonio Vaca Pavón responsable de dicho informe, quien ha relatado con todo detalle que ha revisado documentos contables originales de la empresa Alsafari y particularmente de la cuenta por cobrar a nombre de Patricia Serrano correspondiente al periodo 2004-2006, verificando que la mayoría de ellos constituían anticipos de dinero entregados a la acusada sin documentos de soporte ni justificativos para dichas entregas; el testigo ha expresado que la procesada en su calidad de Gerente es responsable del manejo económico y administrativo, advirtiéndole que no existía ninguna constancia de que se hubieren liquidado dichos anticipos tomados por la Gerente. El informe pericial, elaborado por el prenombrado perito que ha sido incorporado como prueba documental por la Fiscalía, concluye estableciendo que durante el periodo 2004-2006 existe un faltante en la empresa Alsafari que asciende a USD 31.729,44 correspondiente a dineros de caja chica que han sido dispuestos por Patricia Serrano, anticipos no justificados de la cuenta de Galápagos y gastos realizados con las tarjetas de crédito personal de la señora Serrano, que han ocasionado perjuicio económico para Alsafari; 2) copia certificada del nombramiento de Patricia Serrano Narváez como Gerente General de Alsafari, nombramiento que justifica la responsabilidad legal que se entregó a la acusada respecto al manejo económico y administrativo de la compañía, y, particularmente demuestra la confianza que depositó en ella la empresa. Según el Maestro Dr. Arturo Donoso Castellón en su obra "Derecho Penal, parte Especial, delitos contra el Patrimonio y contra los Recursos de la administración Pública", el verbo rector del ilícito es abusar y el elemento objetivo es la confianza, anotado que en el elemento subjetivo de este tipo, "el sujeto activo de la infracción es quien recibe el cumplimiento de un encargo de parte del sujeto pasivo que confiando en esa persona pone a disposición de ésta los efectos patrimoniales que van a ser el objeto material del perjuicio." Las precipitadas pruebas, constituyen demostración suficiente conforme a derecho de la existencia material del ilícito, pues la procesada recibió la designación de Gerente y con ello se le confiaron amplias facultades para administrar el negocio disponiendo entre otras cosas, de los recursos económicos que generaba éste; sin embargo abusando de la confianza que le otorgaron, la procesada se ha dispuesto en su beneficio personal, conforme consta del informe pericial contable, de dinero en efectivo ingresado a la empresa de turismo Alsafari, en forma constante y reiterada durante tres años hasta alcanzar la suma de USD 31.729,44. por otra parte afirma que al Tribunal Penal le corresponde valorar la prueba actuada en la audiencia de juicio de conformidad con las reglas de la sana crítica, sin embargo el Juzgador sin ningún fundamento legal ha calificado a las referencias pruebas de inconsistentes, pese a que ellas han sido actuadas en acatamiento de las normas contempladas en los Arts. 79 a

84 del Código de Procedimiento Penal y que con ellas se ha probado legalmente la conducta típica, antijurídica y culpable de la procesada Patricia Serrano. Así mismo, el Tribunal ha faltado a la verdad al afirmar que se ha pretendido justificar la existencia material del delito con los testimonios de Jean Brown, Catalina Cajilema, José Sierra, Aída Morales y Marco vaca, cuando la revisión del Acta de la Audiencia se determina que son el informe pericial contable incorporado como prueba documental y el respectivo testimonio rendido por el perito Marco Vaca, los que demuestran legalmente la existencia de la infracción, adviértese que el referido peritaje es una prueba técnica científica cuyos hallazgos le proporcionan información confiable al Juzgador, por consiguiente carecen de fundamento fáctico las afirmaciones del Tribunal de que son parcializados, defectuosos y de que no se ha demostrado el perjuicio económico a la empresa. En virtud de lo expresado, considera que el fallo expedido por el Noveno Tribunal Penal de Pichincha, viola los Arts. 79, 89, 95, y 119 del Código de Procedimiento Penal relativos a la producción de la prueba en el juicio, las clases de prueba, y la incorporación de las experticias durante la audiencia de juicio. Además, como corolario de la ilegal apreciación de la prueba, se ha transgredido el Art. 560 del Código Penal pues a pesar de encontrarse demostrados los elementos del citado tipo penal, en sentencia se declara no haberse probado los elementos normativos del abuso de confianza. Termina su exposición solicitando a la Sala se acepte el recurso interpuesto por cuanto el fallo expedido ha violado los Arts. 79, 89, 95 y 119 del Código de Procedimiento Penal y, el Art. 560 del Código Penal que tipifica y reprime el abuso de confianza, correspondiéndole a la sala enmendar el error.

QUINTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.-) 1.- En cuanto a la admisibilidad del recurso de casación, se debe observar lo siguiente: el recurso de casación, según la concepción de Leone, citado por Jorge Vásquez Rossi, es "El medio de impugnación por el cual una de las partes, por motivos específicamente previstos, pide a la Suprema Corte de Casación la anulación de una sentencia que le es desfavorable"². Conforme ha concebido esta Sala, este recurso es extraordinario y un instrumento protector de los derechos y garantías fundamentales, calidad que según Orlando Rodríguez Chocontá se produce "Porque se surte por fuera de las instancias en tanto no plantea una nueva consideración de lo que fue objeto de debate en ellas, sino un juicio de valor contra la sentencia que puso final proceso, esencialmente, por haberse proferido con violación de garantías fundamentales, materializado a través de una demanda que no es de libre elaboración porque cabe ceñirse a rigurosos parámetros lógicos, a causales taxativas y sólo procede contra sentencia de segundo grado."³ El autor al determinar los elementos de la proposición jurídica y particularmente a la postulación de un cargo, sostiene que "Se debe construir un argumento lógico, coherente, completo y correcto. (...) El razonamiento lógico-jurídico se debe desarrollar o argumentar sobre un esquema básico, so pena de quedar insuficientemente demostrado ante el Tribunal de Casación. No tendría trascendencia que se estructurará una proposición jurídica y no se desarrollará la

¹ Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Rubinsal- Culzoni Editores, Tomo II, 2004, P. 488

² Casación y Revisión Penal, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2008, p. 23

tesis con razones de hecho y de derecho de que permitieran dirigir la argumentación al desquiciamiento, derrumbamiento o modificación de la sentencia impugnada”³.- Estos elementos descritos por el autor colombiano, son más rigurosos cuando se trata de la violación indirecta, pues debe señalarse “el sentido de la trasgresión de la ley, concretar el tipo de desacierto en el que se funda, individualizar el medio o medios de prueba sobre los que se predica el yerro, e indicar de manera objetiva su contenido, el merito atribuido por el juzgador, la incidencia en él en las conclusiones del fallo, y en relación de determinación la norma de derecho sustancial que mediatamente resultó excluida o indebidamente aplicada y acreditar cómo, de no haber ocurrido el yerro el sentido del fallo habría sido sustancialmente distinto y opuesto a lo impugnado, integrando de esta manera la proposición del cargo y su formulación completa”⁴.- 2.- El principio de limitación impide al Tribunal de Casación conocer un recurso extraordinario, el que en concordancia con el principio de taxatividad, de trascendencia y de presunción de acierto, constitucionalidad y legalidad de la sentencia, inhabilitan la impugnación cuando no se han observado aquellos presupuestos. En la legislación ecuatoriana, además se debe determinar cuál es la regla inaplicada o mal aplicada, pues no cabe un vicio por interpretación errónea en la violación indirecta; igualmente, se debe establecer cuál es la norma que exige tal o cual regla de valoración, el vicio concreto, el artículo de la alegación, el medio de prueba excluido o indebidamente admitido, la foja del proceso de la instancia donde este se encuentra, la relación causa efecto y cómo debía aplicarse según el criterio del casacionista. La descripción de todo el universo probatorio no cumple con los presupuestos de admisibilidad del recurso de casación, mucho menos cabe una aprobación o acogimiento de los argumentos realizados ex ante, pues la eficacia de los actos procesales, sólo se produce cuando han sido presentados dentro de los espacios que la ley ha previsto para aquello; consecuentemente, lo que se haga o se diga antes o después del término concedido para la fundamentación, se ha de tener por no escrito en virtud de su prematura o extemporánea formulación.- Según el profesor uruguayo Enrique Tarigo, la casación “Es un recurso extraordinario por cuanto él exige, para su interposición la alegación de causales específicas, preestablecidas por la ley por un lado, y, por otro, porque el Tribunal de Casación no puede pronunciarse sobre la totalidad de la cuestión litigiosa, sino solamente sobre aquellos aspectos sobre los que versa el recurso.”⁵ Cumplimentando estas definiciones del recurso de casación, el profesor Eugenio Florián, nos aclara que la casación “tiene por fin promover y procurar el nuevo examen de las sentencias exclusivamente desde el punto de vista jurídico” y al respecto se debe observar que en materia penal no existe el error in procedendo, porque para la revisión de las formas existe el recurso autónomo de nulidad, a diferencia de lo que ocurre en materia civil o en otras legislaciones que no tienen este tipo de recursos autónomos. Por tanto, las alegaciones respecto de la omisión de las normas constantes

en el Derecho Procesal Penal y en la propia Constitución de la República, no tienen asidero en este tipo de recursos, pues solo caben las alegaciones de violación directa o indirecta de la norma material, jurídica o constitucional, en cualquiera de los tres supuestos previstos en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal. 3.- En el Código Penal Ecuatoriano, el Capítulo de las estafas y otras defraudaciones pertenece al título de los delitos Contra la Propiedad, y el legislador a los delitos preceptuados en los Arts. 560 y 563 les caracteriza con el elemento constitutivo de la entrega de efectos, dinero, mercancías y otros bienes muebles al sujeto activo de parte del sujeto pasivo, según el primer artículo por decisión voluntaria de éste que supone conocimiento personal de aquel, por lo cual el ilustre tratadista Dr. Francisco Pérez Borja al delito lo llama de “Abuso de Confianza”, haciendo alusión a nuestra legislación antigua; o, según el otro artículo por error del que entrega producido por una clase de ardid practicada por el que recibe. El delito de estafa tipificado por el Art. 560 del Código Penal, presupone una realización de actos fraudulentos en propio beneficio del hechor y en perjuicio de otro, por la distracción de dineros, billetes, mercancías u otros efectos de comercio, que hubieren sido entregados con la condición de restituirlos o de hacer de ellos un uso o empleo determinado; debiendo entenderse por actos fraudulentos los que impliquen actuación dolosa, inexactitud consciente, engaño o falacia. En el caso en mención el Tribunal llega a la conclusión que los peritos acreditados a la Fiscalía General, “Economistas Marco Vaca y Aída Morales, no solo que son disímiles entre sí, si no que sus experticias no fueron realizadas con la debida profundidad, suficiente y profesionalismo que el caso ameritaba, pues según lo aseverado por ellos mismos, en el caso del economista Marco Vaca ni siquiera se entrevistó con Patricia Serrano, esto es, que dicho informe no contó con la participación de la acusada y en el caso de la Eco. Aída Morales, la empresa no le brindó las facilidades para que tenga acceso a los libros contables y así pueda efectuar un peritaje fiable, por lo tanto concluyen que ambos peritajes son incompletos, unilateral, parcializados y defectuosos. De esta manera, la Eco. Aída Morales en base a la documentación proporcionados por Patricia Serrano, solo pudo justificar una cantidad de dinero por egresos (descargos) y el Eco. Marco Vaca, si bien determinó que en la empresa existe una cuenta por cobrar, también sostuvo que únicamente si no se llega a cancelar, se genera pérdida para la compañía”. Los registros contables de una empresa que no están bien detallados y peor sin una fuente de descarga de faltantes, no determinan un perjuicio alguno, y con esta razón se confirma la inocencia de la procesada. De los informes periciales no se puede tener un monto aproximado de las cuentas por cobrar. Es importante destacar que a la Sala no le compete analizar el acervo probatorio ya que esto es atribución del inferior el cual ha hecho un trabajo crítico valorativo regido en la sana crítica. La prueba penal y su apreciación es importante al interior del proceso, porque es a través de esos elementos de juicio con los cuales se acredita un hecho objeto de investigación. Sin probanza, en el caso del derecho penal, no se puede hablar de los elementos constitutivos de la conducta punible y, menos, aplicar cualquier esquema del delito; la prueba se constituye en una labor de estudio de gran importancia para los investigadores del delito de Abuso de Confianza, se requiere necesariamente el apoyo de peritos expertos que soporten los procedimientos generalmente administrativos.

³ Ídem p. 60

⁴ Ídem p. 64

⁵ Lecciones de Derecho Procesal Civil, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, Cuarta Edición actualizada, 2007, pp. 269 y 260

De ahí que los peritos designados al caso no cumplieron con este requisito de gran importancia para poder tener la certeza del delito que se impugna, al no poder llegar a probar con exactitud la responsabilidad de la acusada. La Constitución de la República del Ecuador en su Art. 76 numeral 5 nos dice que “en caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se aplicará en sentido más favorable a la persona infractora”. Ya que no se ha logrado precisar con exactitud la cantidad de dinero que debe justificar en la cuenta por cobrar, pues ha faltado los justificativos en contra de Patricia Serrano; esto es los libros contables de la empresa; y, para que se dilucide con precisión este registro contable, la acusadora particular podía acudir a la vía Civil, esto es proponer un juicio de cuentas, con el fin de que se transparente, precisamente las cuentas de la empresa y a partir de ahí con los justificativos de cargo y de descargo del caso, exigir el pago a quien corresponda. “La duda es el estado de indecisión respecto a la existencia del delito y su responsabilidad; en el campo del derecho procesal penal sólo se puede castigar a una persona si se ha llegado a la certeza plena sobre su responsabilidad en la comisión del hecho imputado. “principio universal consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ordena que en los procesos penales toda duda debe resolverse a favor del procesado, siempre y cuando no haya modo de eliminarla, en ese sentido se ha buscado exhortar en la conciencia de los juzgadores, que en caso de encontrarse frente a vacíos, lagunas o dubitaciones que involucren las consideraciones probatorias, deben resolverse a favor del procesado, limitando la referida decisión a lo actuado a lo largo del proceso penal. El precepto universal de resolver las dudas que aparecen en el juicio, a favor del procesado no solo debe aplicarse de manera exclusiva y excluyente al momento de expedirse la sentencia, también debe aplicarse en cualquier estadio procesal, de tal forma que el juzgador al observar en la cadena probatoria que no encuentra certeza acabada de la existencia de responsabilidad atribuida al imputado, ya sea porque aparecen motivos divergentes que disminuyen la probabilidad, por ejemplo la existencia de lagunas, insuficiencias demostrativas, eslabones solitarios, declaraciones inconexas, excluyentes o contradictorias, todo esto muestra fracciones de pruebas interrumpidas, en definitiva las referidas condiciones están muy distante de la certeza y de la prueba plena como parte del Principio Constitucional del Debido Proceso. Por eso señalamos que en el plano concreto el juzgador, el fiscal y el abogado defensor no pueden perder ningún detalle probatorio contradictorio, aun sea de carácter secundario, accesorio o simple que parezca, ya que estamos frente a la posibilidad de que todo el engranaje o aquel eslabonamiento indiciario, se desintegre ante la evidencia de una situación probatoria contradictoria secundaria o no esencial. Entonces frente a la evidencia de expresiones indiciarias divergentes o antagónicas que se refieren a un mismo aspecto esencial o principal de la conducta investigada, nos encontramos frente al surgimiento de la contradicción, la duda, lo cual al no poderse resolver objetiva y racionalmente a favor de la COHESION INDICIARIA, entonces deberá resolverse a favor del procesado, conforme a lo estipulado por el principio universal del derecho probatorio del IN DUBIO PRO REO. Cuando nos referimos a una condena penal, ésta debe ir precedida de pruebas mas allá de toda duda razonable, por ello en el derecho anglosajón los estándares

de prueba exigen un determinado grado de convicción judicial para los efectos de expedirse una sentencia condenatoria, así tenemos tres grados de pruebas distintas: A) LA DECLARACION DE CULPABILIDAD PENAL EXIGE LA PRUEBA MAS ALLÁ DE TODO DUDA RAZONABLE: B) LA PRETENSION DEBE SER ACREDITADA MEDIANTE PRUEBA PREPONDERANTE, es decir se exige que la existencia del hecho quede mas acreditada que su inexistencia; y C) PRUEBA CLARA Y CONVINCENTE. En definitiva las disposiciones legales aplicadas por el juzgador son atinentes al caso, sin que se aprecie que haya incurrido en errores de derecho. Por lo expuesto, esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional, “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA”, al tenor de lo que dispone el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por Jean Pamela Brown y ordena se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen para los fines de ley. Notifíquese y Cúmplase.

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Juez Presidente, Hernán Ulloa Parada, y, Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.

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

RAZÓN: En Quito, hoy día dieciocho de mayo del dos mil once, a las dieciocho horas, notifiqué por boletas con la nota en relación y la **PROVIDENCIA** que antecede a: **FISCAL GENERAL DEL ESTADO**, en el casillero judicial No 1207; a **ANA SERRANO NARVÁEZ**, en el casillero judicial No 3548; a **JEAN PAMELA BROWN** en los casilleros judiciales Nos. 55 y 5711; y, a la **UNIDAD DE COORDINACIÓN DE AUDIENCIAS**, en el casillero judicial No 5957.- **Certifico.**

RAZÓN: Certifico que las cinco (5) copias certificadas que anteceden son fiel copia de su original.- Quito, Septiembre 7 del 2011.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator, Primera Sala Penal - Corte Nacional de Justicia.

No. 111-2010

PONENTE: Dra. Gladis Proaño Reyes, (Art. 141 Código Orgánico de la Función Judicial).

DELITO: Usura.

SENTENCIADOS: Aída Violeta Rodríguez Barba y Fausto Heriberto Vizueté Cáceres.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA DE CONJUECES DE LA PRIMERA SALA DE LO PENAL

Quito, Abril 18 del 2011; a las 11H30.

VISTOS: El Tribunal Segundo de Garantías Penales de Chimborazo dicta sentencia condenatoria el 25 de enero del

2009, en contra de **AIDA VIOLETA RODRIGUEZ BARBA Y FAUSTO HERIBERTO VIZUETE CACERES**, por considerarlos autores del delito de usura tipificado en el artículo 583 del Código Penal y sancionado en el artículo 584 ibídem, por lo que tomando en cuenta las atenuantes le impone la pena atenuada de cuatro meses de prisión correccional. Tanto los agraviados **GONZALO CARRILLO PUMALEMA Y MARIA DIORGA YANEZ** como los sentenciados **AIDA VIOLETA RODRIGUEZ BARBA Y FAUSTO HERIBERTO VIZUETE CACERES**, interpusieron recurso extraordinario de casación en el término que tenían para hacerlo. Siendo el estado procesal el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.-** En virtud de lo expuesto en el artículo 184, numeral 1; Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador publicada en el R.O. No. 449, de 20 de octubre de 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479, de 2 de diciembre de 2008; la Resolución dictada por el pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre de 2008; y publicada en el R.O. No. 511 del 21 de enero del 2009 y el sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de Conjueces Nacionales designados por el Consejo Nacional de la Judicatura, así como el llamado hecho por los jueces titulares de esta Primera Sala de lo Penal, conforme obra del proceso, avocamos conocimiento de la presente causa.- **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad, por lo que este Tribunal declara la validez de esta causa.- **TERCERO: A) FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACION DE FAUSTO HERIBERTO VIZUETE CACERES Y AIDA VIOLETA RODRIGUEZ BARBA**, quienes señalan que en la infundada e inmotivada sentencia emitida por el Segundo Tribunal de Garantías Penales, violando lo prescrito en la Constitución vigente se los pone en una situación de responsables del delito de usura cuando en la denuncia ni siquiera se tomo en cuenta la fecha o la circunstancia del préstamo, es decir, no existe lo requisitos fundamentales que dispone el Código de Procedimiento Penal, en su Art. 50; que en el presente juicio jamás se ha demostrado ninguno de estos elementos ni los valores del préstamo ni la honradez y buena Fama del prestatario, sin embargo en forma inconsulta se dicta una sentencia condenatorio, violando los artículos 1 y 3 de la ley para juzgarlos delitos de usura y que el Art. 3 del mismo cuerpo de ley indica que se presumirá existir usura, cuando el acreedor otorga recibos o cartas de pago de intereses o hace anotaciones en el documento, sin determinar concretamente el monto del valor recibido; que en el proceso no se ha exhibido recibos o cartas sobre pagos de intereses o anotaciones en documentos, según lo expresan los recurrentes; que para fundamentar la responsabilidad penal se lo hizo tomando en cuenta las declaraciones de los acusadores particulares, pese que las mismas son totalmente incoherentes y no prestan ninguna seguridad en cuanto haya existido realmente el préstamo, las fechas y los valores que es uno de los requisitos fundamentales el Justificar el préstamo con exactitud y la relación clara y precisa de la infracción con expresión del lugar y tiempo en la que supuestamente fue cometida, lo que le hace "Ilusa e Inútil la acusación del acusador, aclarando también que el testimonio del ofendido por ningún concepto por sí sola no constituye prueba"; que

"el perito que realizo el reconocimiento del lugar de los hechos no determino ninguna evidencia que pueda dar origen a la prueba material, no encontró vestigios ni instrumentos de ninguna naturaleza que pueda ser valorado por los Jueces de garantías en el presente proceso, por lo que es una de las pruebas que no tiene valor alguno a favor del seudo acusador"; que la también ofendida María Yáñez ha declarado que desde 1998 ha tenido relación comercial con la procesada y que ha firmado letras y solicitado cuatro mil dólares y varios prestamos hasta el año 2000 y que el ultimo pago le hizo en el 2003, por lo que según los procesados la acción estaría prescrita; que los testimonios de: Violeta Alvarado; Iván Bonifaz Padilla, Gonzalo Vallejo López, Cecilia Pérez Carrillo y Daysi Martínez Maldonado, por ser dependientes de los acusadores no merecen credibilidad, en tanto los testimonio de Lupe Pillajo Tierra, Silvia Paguay, Margarita Paguay Brizuela e Iván Guerrero Tierrason referenciales, toda vez que señala que ha observado por televisión de los hechos que se le pregunta y Martha Inca Jara, manifiesta "que ha sido una observadora de los hechos que ha observado a los procesados por el mercado la merced y que ha dado dinero a Intereses a una hermana y a su madre y que no recuerda sobre la venta de Joyas", así como el testimonio de Segundo Padilla, quien ha señalado que "ha mentido en el juicio, que si debe dinero a los acusados, que ha firmado en blanco una escritura, es decir que se trata de un deudor de los procesados, lo que desvirtúa el valor del testimonio propio y no puede tomarse en cuenta por ningún concepto para la responsabilidad penal porque no tiene el conocimiento necesario de los hechos"; Ana Janeta, ha manifestado "que ayudaba a vender la mercadería es decir que tenía relación comercial con los acusadores, no sabe el valor de préstamos ni de intereses y observo alguna vez que le entregaba dinero, por el hecho de tener relación comercial con los acusadores y no saber nada sobre el préstamo ni los intereses"; que existen jurisprudencias emitidas por al corte Suprema de Justicia como la No. 144-99-OR del 11 de febrero del 2000 a las 11h55, cuya parte pertinente manifiesta lo siguiente: "En el debido proceso es deber de quien alega, infracción punitiva la demostración fehaciente en prueba plena de haberse cometido el delito, como para el caso de usura es la demostración de existencia de dolo genérico en los prestamos de dinero estipulando en los contratos y percibiendo el prestamista Intereses abusivos al margen de la ley, y al no contar esta prueba, las presunciones deducidas por los niveles Judiciales Inferiores- Juez y Sala Superior - no siendo grave, precisas ni concordantes como requiere el modo ineludible el artículo 65 del código de procedimiento Penal, carece de sustento legal para atribuir responsabilidad y condenar penalmente, por no reunir las exigencias del Art. 66 Ibidem, Frente a los testimonios y documentos simples que han servido como base para presumir Infracción, las tablas procesales acreditan documentos públicos de prevalencia probatoria para evidenciar la relación de comercio entre las partes, con tasas de Interés civil o mercantil, entendida como la relación que existe entre el capital prestado y el precio de su goce sin que el tribunal de casación encuentre en los autos examinados, prueba demostrativa de cuál fue el valor de esa tasa estipulada convencionalmente y pagada por el uso de los dineros dados en préstamo a la acusadora particular ni específicamente la demostración del exceso recibido que al margen de las tasas fijadas por la junta monetaria pudiera configurar usura en los términos del Art.

583 del Código Penal no hay así mismo en el proceso prueba del Interés legal, convencional o del corriente que se cobra en la plaza según la normativa del Art. 2136 del Código civil, siempre que no exceda al máximo convencional determinando según el primer Inciso de este artículo si no hay constancia de Interés usurarlo". Así mismo en la Gaceta Judicial Serie Segunda No. 142 página 1134 señala que: "se presumirá usura según el Inciso segundo del Art. 2142 del mismo Código, cuando el acreedor otorga recibos o cartas de pago de intereses o hace anotaciones en el documento relativas a la obligación sin determinar concretamente el monto del valor recibido, lo que no ocurre en esta causa. Se descubre entonces la carga subjetiva del tribunal penal con deducciones al margen de la verdad procesal"; que la sentencia de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo y Segundo Tribunal de Garantías Penales no cumplen con el requisito del Art. 309 del Código de Procedimiento Penal; señalan que han presentado prueba de varios testigos que determinan la conducta ejemplar y que los procesados no son peligrosos para la sociedad; se ha presentado los antecedentes penales; que no hay sentencia de ninguna naturaleza; se ha presentado documentos legalmente notariados de buena conducta; se ha demostrado a través de prueba testimonial y del SRI que se dedican a la venta de productos de primera necesidad, y ropa y lo que es más un documento que firma el acusador señalando que han comprado productos y hay relación comercial, demostrando así que en ningún momento se dedican a la habitualidad de la usura; que se ha violado la Constitución Política del Estado (sic) se infiere que se trata de la Constitución de la República, Art. 76 letra l), se ha violado el Art. 50 del Código de Procedimiento Penal vigente en relación con el Art. 52 ibídem especialmente en el lugar, día y fecha del supuesto delito, se ha interpretado mal los artículos 88, 89, 91, 123, 140, 145, 117 en concordancia con los artículos 1 y 3 de la Ley para juzgar la usura. Concluyen solicitando que la Sala de lo Penal, se digne observar todas las garantías procedimentales y la ilegalidad de la sentencia en donde no se determinan los indicios varios relacionados entre sí concordantes, unívocos y directos debidamente probados que hayan sido motivo para observar la materialidad de la infracción y la responsabilidad penal de los cosindicados;

B) FUNDAMENTACION DEL RECURSO DE MARÍA DIORGA YÁNEZ MEDINA y EDISON GONZALO CARRILLO, quienes señalan que impugnan y rechazan el recurso interpuesto por los señores FAUSTO HERIBERTO VIZUETE CÁCERES y AÍDA VIOLETA RODRÍGUEZ BARBA " ... por encontrarse alejado de la realidad procesal y jurídica, concretamente porque el escrito con el que interpone y deduce el recurso no reúne los requisitos señalados en el Artículo 6 de la Ley de Casación, especialmente los numerales 2, 3 y 4 del escrito, puesto que la causal primera del Art. 3 de la Ley de casación se refiere la "Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los preceptos jurisprudenciales obligatorios en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva". En el presente caso, el Segundo Tribunal de Garantías Penales de Chimborazo en su sentencia de lunes 25 de enero de 2010 las 14h16 aplica muy compadecidamente las normas jurídicas en el considerando décimo al imponer a los acusados una pena de CUATRO MESES de prisión correccional y una multa de USD 200,00, así como los honorarios de mi Abogado Defensor. Si bien es cierto el mandato del artículo 304-A del Código de Procedimiento

Penal, hace que su conducta se subsuma en el ilícito que describe el Art- 583 del Código Penal y que Sanciona el Art. 584, pero no es menos cierto que se ha probado el delito de usura por lo que se debió haber impuesto la pena de seis meses a dos años de prisión, concretamente la pena máxima por ser un delito que fue planificado con anterioridad, conciencia y voluntad de los acusados, lo cual constituye agravantes"; que ha probado hasta la saciedad lo consagrado en el artículo de la Ley de Usura, mismo que permite el juramento deferido y que obra de autos, por lo que se ha hecho una indebida aplicación de la ley, por lo que sustento "mi recurso en el numeral uno del Artículo 3 de la Ley de Casación" y para tal efecto transcribe una resolución de fecha 26 de enero de 1995 de la Resolución 53-94 publicada en el Registro Oficial el 16 de febrero de 1995 que tiene relación con una casación en materia civil y que nada tiene que ver con el ámbito penal, pues bien conocido es que en materia penal hay su propia normativa; que los Jueces del Segundo Tribunal de Garantías Penales de Chimborazo si toma en cuenta lo consagrado en los artículos 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil en rigor en cuanto a la obligación que tenemos los litigantes de probar nuestras aseveraciones conforme a derecho y manifiesta textualmente: "Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio y que ha negado el reo". En el caso, para justificar estos hechos han presentado el juramento deferido así como testigos por la naturaleza del delito. Concluyen solicitando se acoja el recurso y nieguen el presentado por los demandados por las razones mencionadas. **CUARTO: DICTAMEN FISCAL.- EL DR. ALFREDO ALVEAR ENRÍQUEZ, DIRECTOR NACIONAL DE ASESORÍA, SUBROGANTE DEL FISCAL GENERAL DEL ESTADO**, en su dictamen expresa: "**SEGUNDO:** Examinada la sentencia en mención, a efectos de determinar si en ella se ha violado la Ley, en cualquiera de las formas previstas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, se observa que el Tribunal analiza en su conjunto las pruebas legalmente aportadas y evacuadas en la audiencia de juzgamiento y valorando a la luz de la sana crítica, arriba a la convicción y certeza de que se halla comprobada tanto la existencia del delito y la responsabilidad de los recurrentes, vale decir, destruyen la garantía constitucional de inocencia que les protegía. En definitiva las disposiciones legales aplicadas por el juzgador son atinentes al caso, sin que se aprecie haya incurrido en errores de derecho y por lo tanto lo manifestado por los procesados, se torna a todas luces en improcedente, a más de que la sentencia cumple con los requisitos del Art. 309 del Código de Procedimiento Penal y su motivación se ajusta a lo previsto en el Art. 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución de la República del Ecuador del 2008. En lo que se refiere a la fundamentación del recurso por parte de los ofendidos en modo alguno invoca las disposiciones legales que según su criterio viola el fallo, esto es, omiten cumplir con lo previsto en el Art. 353 del Código de Procedimiento Penal, vigente a la fecha de comisión del ilícito, en armonía con la Disposición Transitoria Segunda de las reformas al Código de Procedimiento Penal de 24 de marzo del 2009, que obliga al recurrente a fundamentar el recurso por escrito, lo que significa que éstos debían explicar los motivos por los cuales considera que el fallo viola la Ley en los términos del Art. 349 ibídem, así como citar las disposiciones legales que según su criterio han sido trasgredidas; y, por último, determinar los sustentos jurídicos en los que basa su

impugnación. **TERCERO:** El recurso de casación por su carácter de extraordinario tiene como finalidad corregir los errores de derecho generados en la sentencia por violación a la Ley, ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella o por haberla interpretado erróneamente, conforme lo determina el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal; por tanto, demanda un análisis o examen crítico de la sentencia que es el objeto de este recurso, pues por vía de casación no se puede realizar un nuevo examen de los medios probatorios que sirvieron de base de la sentencia, como pretenden los sentenciados, pues esta facultad le está reservada al órgano juzgador, por ser el órgano receptor de la prueba, el mismo que se encuentra capacitado para valorar la prueba en virtud de haber observado las posiciones, ademanes y actitudes de quienes concurren a proporcionar la información, que les permitirá determinar si éstas tienen o no el carácter de objetivas. **CUARTO:** Respecto al tipo penal descrito en el Art. 583 del Código Penal, se debe partir el hecho que los elementos constitutivos del delito de usura son: la existencia de un préstamo, que por dicho préstamo se cobre un interés mayor que el permitido por la ley, lo que le convierte en un préstamo usurario; y, que, la persona que realice este tipo de préstamo tenga como actividad habitual este accionar, es decir, no desarrolle otra actividad más que la de prestar dinero. En "la especie, no queda la menor duda que los acusados se dedicaban solamente a prestar dinero a los comerciantes de la ciudad de Riobamba en cantidades significativas, a un interés muy por encima de los intereses regulados por el Banco Central, interés cuyo cobro lo realizaban diariamente en horas de la tarde y para esto utilizaban en su recorrido una camioneta. Además, en seguridad del dinero prestado exigían a los prestatarios la aceptación de letras de cambio en blanco, documentos que cuando incurrían en mora en el pago de sus obligaciones, una vez llenados con cantidades superiores a lo adeudado, servían para iniciar las acciones legales correspondientes por parte de su hijo Dr. Alfredo Vizúete y de esta manera conseguían rematar, incluso despojarles de sus bienes; acciones que indudablemente son imputables a los acusados por adecuarse su conducta al tipo penal ya descrito. **QUINTO:** Por los motivos indicados, estimo que los recurrentes Aída Violeta Rodríguez Barba y Fausto Heriberto Vizúete Cáceres, no han logrado determinar de manera expresa la violación de la Ley en la sentencia, que permita la admisibilidad y procedencia del recurso de casación, pues de lo analizado se evidencia que el juzgador guarda coherencia en el análisis de las pruebas actuadas en la etapa de juicio y contiene la suficiente motivación al tenor del Art. 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución de la República del Ecuador del 2008, por lo que solicito a la Sala declare la improcedencia del recurso interpuesto y ordene la devolución del expediente al Tribunal de origen, para la ejecución de la sentencia. De la misma manera, estimo que el recurso de casación interpuesto por Gonzalo Carrillo Pumalema y María Dìorگا Yáñez Medina no puede prosperar, en razón de no haber sido fundamentado conforme a derecho y la pena impuesta a los procesados, es la correcta y aplicable al caso, por lo que solicito que, igualmente, se lo rechace por improcedente". **QUINTO: ASPECTOS DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES REFERENTES AL DELITO DE USURA.- 5.1.** Para efectos de encasillar si la conducta de los procesados se subsume o no en lo previsto en el Art. 583 del Código Penal, se hace necesario transcribir la

norma citada: "*Definición de Préstamo Usurario: con interés mayor al legal.* Es usurario el préstamo en el que, directa o indirectamente, se estipula un interés mayor que el permitido por la ley, u otras ventajas usurarias.". De la norma citada se infiere que para considerar a un préstamo como usurario debe probarse y constar en el expediente que tales hipótesis se hayan cumplido; **5.2.** El más Alto Tribunal de Justicia como era la Corte Suprema de Justicia en reiterados fallos ha expuesto lo siguiente: "Al examen de la sentencia recurrida por casación, este tribunal observa en primer lugar la desvinculación del inferior al regorismo (SIC) de la prueba que es ineficaz e inepta en el presente caso para tipificar usura y en consecuencia, ilegal sancionarla por inexistencia de delito. Además, en el fallo, luego del relato extenso de los antecedentes del proceso, el Tribunal a quo se consagra a la mera enumeración y reproducción descriptiva, sin valorizar ni formular juicio crítico sobre las actuaciones procesales, incluyendo lo dicho por las partes en la audiencia pública de juzgamiento; y al final, para resolver la causa, en reducido e insustancial espacio, carente de motivación razonada ... solo enunciar que "de todo, llega a la conclusión de que la sindicada se dedicaba habitualmente a prestar dinero (lo cual es verdad) cobrando intereses superiores a los permitidos por la ley (de lo que no hay prueba legal eficiente) pruebas que establecen indicios ciertos de haberse cometido del delito de usura" agregando de seguido de forma escueta, "sin que los fundamentos esgrimidos por la defensa tengan aceptación y asidero legal (sin decir por qué) ya que de autos consta, dice, (sin precisar cuáles y de qué valor) la prueba que demuestra la autoría y responsabilidad de la procesada". En este mismo sentido también se ha pronunciado la primera Sala de lo Penal de Corte Nacional de Justicia, en los fallos pronunciados en los procesos seguidos poren contra de Como se aprecia, sin la existencia de prueba legal, relativa a la infracción comprobada conforme a derecho, los meros indicios a los que alude el fallo, no pueden ser base para una condena tanto que esos indicios no son premisa para la presunción, ni tienen en este proceso el carácter de múltiples (varios) relacionados, concordantes, unívocos y directos, porque lo cierto e indubitable en la causa examinada son los contratos de mutuo (pacta sunt servanda) con carácter oneroso al libre arbitrio de los contratantes esto es, con carga de intereses, pero cuya cuantía o tasa no ha sido probada, excepto la tasa a la que aluden los deponentes ... expresando haber pagado a la acusada intereses de rango del 36% y 42% anual en préstamos a ellos concedidos... **SEPTIMO:** Si el Art. 583 del Código Penal califica como usurario al préstamo en el que directa o indirectamente se ESTIPULA a un interés mayor que permitido por la Ley u otras ventajas usurarias, no existiendo en el proceso esa prueba, pierde sustento legal el pronunciamiento del Tribunal A quo, porque para que se deban intereses usurarios, es necesario expresarlo en el contrato. Además, el artículo 2138 del Código Civil, dispone que "si se han pagado intereses no estipulados, podrán repetirse o imputarse al capital". (Gaceta Judicial Serie II N. 142 página 1134). Así mismo se presumirá usura, según el inciso segundo del artículo 2142 del mismo Código, cuando el acreedor otorga recibos o cartas de pago de intereses o hace anotaciones en el documento relativas a la obligación, sin determinar concretamente el monto del valor recibido, lo que no ocurre en esta causa. Se descubre entonces la carga subjetiva del tribunal Penal con deducciones al margen de la verdad procesal, sin que además se aprecie en

la sentencia demostraciones de sana crítica, como ejercicio de la razón, para con lógica y congruencia, sin malicia, arribar a la certeza que en presente enjuiciamiento, no se ha justificado dolo en los préstamos comerciales de dinero libremente contratados por las partes, consecuencia de los cual (sic) es la inexistencia de la infracción punible e imposibilidad legal de imponer sanción por una denuncia y acusación carente de respaldo probatorio.” De lo manifestado anteriormente, se puede deducir que en el caso, materia de juzgamiento no se encuentran configurados los elementos del delito de usura, razón por la cual el Tribunal Penal aplicó erróneamente los preceptos legales de los Arts. 583 y 584 del Código Penal, ya que los testigos presentados por la parte acusadora en unos casos son referenciales y en otros paniaguados, toda vez que son dependientes de los acusadores e incluso tienen relaciones comerciales también con los procesados conforme obra de autos. Cabe recalcar que la jurisprudencia ecuatoriana refiriéndose al delito de usura antes con la Corte Suprema de Justicia y actualmente con la Corte Nacional de Justicia ha sido unánime y de forma reiterada en sostener que esta clase de delitos lo que se debe probar es el cobro de los intereses ilegales, lo que no se evidencia en este caso, pues lo que consta del proceso es que los acusadores particulares realizaron un sin número de transacciones con los acusados, que les llevo incluso a realizar un contrato de mutua tal cual consta de la propia sentencia expedida por el Tribunal Segundo de Garantías Penales de Chimborazo y que la relación entre los contendientes era de carácter comercial, pues no hay que olvidar que según lo señalan los propios acusadores desde el año de 1998 hasta el año del 2003 tuvieron relaciones comerciales y que los denunciados se prestaban para esta clase de transacciones. Está claro pues, que se viola el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal, pues los juzgadores de instancia no hacen una correcta aplicación de las reglas de la sana crítica, cuando se evidencia que para fallar toman en cuenta únicamente la prueba aportada por los acusadores y el Fiscal olvidándose de apreciar toda la prueba en su conjunto y en caso de duda debieron aplicar el Art. 4 del Código Penal. **SEXTO: ANALISIS DE LA SALA.- 6.1.** El recurso de casación es extraordinario conforme reiterativamente lo viene sosteniendo la doctrina y la jurisprudencia ecuatoriana, pues se orienta a garantizar la legalidad de la sentencia de última instancia, en este caso la dictada por el Tribunal Segundo de Garantías Penales de Chimborazo, por lo que el análisis que debe hacer la Sala se contrae únicamente a examinar dicha sentencia y confrontarlo con los recursos de casación formulados por los recurrentes y subsumirlos con las causales de casación establecidos en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal que no son otra cosa que la contravención expresa del texto de la Ley, la falsa aplicación de la norma y la errónea interpretación de la misma, es decir que lo que se pretende en casación consiste en corregir los errores de derecho contenidos en la sentencia del Tribunal Penal a-quo; **6.2.** Al efecto, y por tratarse de hechos concomitantes y que guardan estrecha relación con otros casos juzgados por máximo Tribunal de Justicia y por ser atinente al caso se transcribe lo expuesto por esta misma Sala de lo Penal en el fallo expedido en el juicio incoado por el **Estado en contra de Carlos Estuardo Váscquez Amores** y que en la parte medular sostienen: “... el profesor argentino Pablo Daniel Vega, “por lo general observamos lo que en realidad no vemos (...) Por eso, debemos comenzar a ver lo que hay detrás de lo aparente, y si nos centramos en los discursos

jurídicos, podrán aclararse muchas cosas (...) Quitar el manto de pesado-racionalidad podría conducir a reconocer que el sistema penal le ha expropiado a la víctima el conflicto; que promete soluciones que no tiene; que opera selectivamente conforme a estereotipos criminales previamente diseñados; y que se alimenta de los sujetos más vulnerables en función de ciertas condiciones sociales y personales no escogidas por ellos pero que los enmarcan dentro del mencionado estereotipo.” (El derecho penal reductor en las sistemática del tipo imprudente, Buenos Aires, Adiar, 2005, p. 15); **6.3** En términos sintéticos podemos afirmar que a nivel investigativo la victimología ha desarrollado el estudio del proceso victimizador en tres aspectos fundamentales, la victimización primaria que viene a ser el proceso dañoso que sufre el ofendido a consecuencia directa del hecho criminal con la consecuencia estigmatización social; la victimización secundaria consistente en la actuación de las instancias de control social que al intervenir en el caso multiplican o agravan el impacto del delito, y finalmente, la llamada victimización terciaria que involucra el efecto victimizador que el propio sistema penal produce en el infractor de la norma, convirtiéndolo a su vez en una especie de víctima. En la legislación derivativa de la reforma liberal solamente encontramos vagamente la mención de la víctima en dos aspectos, el primero de ellos en referencia al derecho penal sustancial, consistente en que el comportamiento de la víctima era considerado para el establecimiento de atenuantes o eximentes de la pena, sin que ello llevase a la creación de un derecho penal sustantivo desde o a partir de la víctima. La víctima precipitadora es la que con su comportamiento facilita la realización del acto delictual, instigando, atrayendo, induciendo con su conducta particular de vestir, auto stop, consumo de licor, droga o perdiendo el control de la conciencia, para convertirse en agraviados de violación sexual, hurtos o robos de joyas, carteras, adornos, etc. Históricamente, los primeros análisis y estudios de carácter victimológico se centraron en el análisis de la víctima en relación con la comisión del delito, a partir del binomio: delincuente-víctima. Esta última (víctima), para aquellos primeros autores juega un papel, a veces involuntariamente activo, en la comisión del delito o, por decirlo de otra forma, la víctima es parte integrante y no siempre inocente, en sentido moral, del fenómeno criminal. Al mismo, parece descubrirse desde un primer momento una serie de personas propensas a ser víctimas y, lo que es más importante, parece que empieza a vislumbrarse que, incluso con mayor importancia que con respecto al delincuente, es el propio orden social, la propia sociedad que en muchas ocasiones determina la condición de víctima. De lo dicho y de los recaudos procesales se puede inferir, que si se hubiere producido el supuesto delito de usura, éste se dio con el concurso de la supuesta víctima, pues a sabiendas que los intereses que presuntamente, y al decir de la agraviada, estaban en contra de la ley, los aceptó, y suscribió una letra de cambio, una promesa de compra - venta, una hipoteca abierta y jamás presentó denuncia alguna, sino hasta cuando el acreedor luego de dos años demandó el pago de la deuda contraída, lo que evidentemente conduce a concluir que la denuncia formulada por ella fue en retaliación y por enervar una deuda legítimamente contraída, ya que de no haber mediado la demanda de la letra en juicio ejecutivo, la presunta agraviada jamás hubiera denunciado el ilícito penal que según ella se habría cometido, lo que

evidentemente conduce a determinar una responsabilidad compartida, de aquella con el acusado, conforme queda anotado en este literal; **6.4** Llama la atención que la sentencia se base únicamente en los testimonios rendidos en la audiencia de juico y que por la naturaleza de lo declarado fácilmente se infiere que lo hicieron con menosprecio del imputado, pues según todos ellos afirman en sus declaraciones también fueron víctimas de usura por parte del procesado, por lo que conforme lo prevé el Código de Procedimiento Civil en su Art. 216, carecen de imparcialidad, por lo que al tenor del Art. 207 del mismo cuerpo de leyes y Art. 86 del Código de Procedimiento Penal y en aplicación de las reglas de la sana crítica que al decir de Eduardo J. Couture, en su obra “Las Reglas de la Sana Crítica”, p. 70: “Las reglas de la sana crítica son reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia.”. Refiriéndose al mismo tema, Cabanellas nos dice: “Fórmula legal para entregar al ponderado arbitrio judicial la apreciación de las pruebas ante los peligros de la prueba de la prueba tasada y por imposibilidad de resolver en los textos legales la complejidad de las situaciones infinitas de las probanzas ... Por consiguiente hemos de entender que el concepto, si bien facilita la valoración de la prueba, evita también la arbitrariedad de que el juzgador puede hacer uso para absolver a un delincuente o para condenar a un inocente. La sana crítica presupone la existencia de un juzgador con mentalidad sana, con moral recta, que no se preste al juego de los intereses. En todo caso, cuando deba aplicarse en la apreciación de la prueba las reglas de la sana crítica, el juzgador está obligado a hacer la referencia en el fallo”, evidenciando ligereza y una apreciación parcial de la actividad probatoria, por lo que esta Sala no los toma en cuenta. De todo lo cual se infiere que por los términos de la propia sentencia, no se ha probado la existencia material de la infracción, violándose con ello las reglas de valoración de la prueba previstas en los artículos 84, 85, 86, 87, 88, 89 del Código de Procedimiento Penal”. Como se puede observar, en el caso en estudio los juzgadores para condenar a los recurrentes RODRIGUEZ VISUETE, lo hicieron teniendo en cuenta testimonios referenciales y paniaguados, lo que desvirtúa la eficacia de sus asertos, tal cual lo ha sostenido en reiteradas ocasiones este máximo órgano judicial y que en esta ocasión también se lo acoge. Por las motivaciones antes expuestas y siendo coherentes con los fallos reiterativos en más de tres expedidos por este Tribunal de Justicia, esta Sala de Conjuces Permanentes y en mérito de lo expuesto en el recurso de casación sostenido por los acusados, toda vez que el presentado por los recurrentes no merece mayor análisis ya que el mismo se lo ha planteado basado en la Ley de Casación, lo que lo invalida en su esencia y naturaleza, pues hay norma expresa en el Código de Procedimiento Penal que determina como debe presentarse este recurso por lo que se considera que debió inadmitirse desde su calificación conforme de manera acertada así lo ha referido la Fiscalía, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, desestima el recurso de casación formulado por los acusadores particulares y fundados en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, manifestando que la sentencia contraviene el texto de la Ley al establecer una

condena pese a reconocer la inexistencia de la prueba material y que además aplica erróneamente las reglas de valoración de la prueba, se acoge el recurso de casación formulado por los recurrentes acusados **AIDA VIOLETA RODRIGUEZ BARBA Y FAUSTO HERIBERTO VIZUETE CACERES** y se ratifica su estado de inocencia y se los ABSUELVE. Se dispone se cancelen las medidas cautelares que pesan en su contra. Notifíquese, devuélvase y publíquese.

Fdo.) Dra. Gladis Proaño Reyes, Dres. César Salinas Sacoto; y, Arturo Pérez Castillo, Conjuces Permanentes de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional.

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

RAZÓN: En Quito, hoy día dieciocho de abril del dos mil once, a las dieciocho horas, notifiqué por boletas con la nota en relación y la **SENTENCIA** que anteceden a: **FISCAL GENERAL DEL ESTADO**, en el casillero judicial **no 1207**; a **FAUSTO VIZUETE CACERES Y AIDA RODRIGUEZ BARBA**, en el casillero judicial **No 713 y 3353**; a **GONZALO CARRILLO PUMALEMA Y MARÍA DIORGA YÁNEZ MEDINA**, en los casilleros judiciales **No 500 y 820**; a **RAFAEL AMADO NAVARRETE**, en el casillero judicial **no 500**; y, al doctor **JAIME HERNÁNDEZ OROZCO**, Delegado Provincial de Pichincha de la Defensoría del Pueblo, en el casillero judicial **No 5676**.

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

RAZÓN: Certifico que las trece copias (13) certificadas que anteceden, son fiel copia de su original.- Quito, septiembre 7 del 2011.

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

No. 121-2010

JUEZ PONENTE Dr. Milton Peñarreta Álvarez, Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial.

SENTENCIADO: Segundo Eliécer Alquina Paganquiza.

DELITO: Violación de domicilio.

RECURSO: Casación.

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

Quito, Julio 14 2011, a las 09H30.

VISTOS: Avocamos conocimiento de la presente causa en atención a que el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, ha sentenciado al procesado **ALQUINGA PAGUANQUIZA ELIÉCER SEGUNDO**, por el delito de

VIOLACIÓN DE DOMICILIO, establecido y sancionado en el Art. 192 del Código Penal, imponiéndole la pena de DOS MESES de prisión. El sentenciado ha interpuesto el recurso de CASACIÓN, que ha sido debidamente concedido. Para resolver se hacen las siguientes consideraciones: **PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de Octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 4879 del 2 de Diciembre del 2008; y, la Resolución Sustitutiva dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de Diciembre del 2008 y publicada en el Registro Oficial 511 del 21 de Enero del 2009; el sorteo de Ley respectivo; y, en virtud del Of. No 823-SG-SLL-2011, de 17 de junio del 2011 suscrito por el señor doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia. **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Examinado el expediente, no se advierte ningún vicio u omisión de solemnidad sustancial que pueda afectar la decisión de esta causa, por lo que se declara expresamente su validez. **TERCERO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.-** De fs. 3 a 7 del cuaderno de esta Sala consta el escrito de fundamentación presentado por el recurrente ALQUINGA PAGUANQUIZA ELIÉCER SEGUNDO, quien en lo esencial de su fundamentación, manifiesta que de acuerdo a lo dispuesto por el Art. 304-A del Código de Procedimiento Penal, la sentencia emitida y pronunciada por un Tribunal debe ser motivada, y que esta concluye condenando o absolviendo al procesado cuando el Tribunal tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y que el procesado es el responsable del mismo. Sostiene también que para que exista una sentencia condenatoria el Tribunal tienen que tener la certeza de los hechos y circunstancias y de la verdadera prueba evacuada y presentada en la audiencia de juicio, ya que este vocablo implica que no ha lugar a la mínima duda, y que se debe tomar en cuenta como premisa fundamental para condenar y el nexo causal entre la infracción y su responsable debe cumplir con los requisitos señalados en el Art. 88 del Código de Procedimiento Penal, y deben ser varios, relacionados, unívocos que conduzcan a una sola conclusión y directos de modo que fluyan de una manera lógica y natural. El Tribunal emite su sentencia de una manera confusa, se contradice y se remite únicamente al testimonio del ofendido, y de los testigos de cargo que desde todo punto de vista –dice el recurrente– no son concordantes, con lo sustentado por el Policía Paúl Saillema, que realizó el reconocimiento al lugar de los hechos, al contrario se evidencia una terrible contradicción entre ellos, en especial el testimonio del supuesto ofendido, con el de su amigo William Aguagallo y los testigos de cargo. Expresa también que la base del enjuiciamiento penal, es la comprobación conforme a derecho de la existencia material de la infracción así como de la responsabilidad penal del imputado, conforme lo previsto en el Art. 88 del Código de Procedimiento Penal, lo cual como aparece en el proceso no se ha justificado. Si bien es cierto existió la pelea con sus hijos en especial con Geovanny Alquina, ha sido agredido el menor Paco Medina pero por su hijo de 15 años

Geovanny Alquina, como el mismo lo refiere y el propio ofendido lo corrobora al manifestar que pelearon el 2 de febrero y el 3 de febrero. Finalmente por lo expuesto en la fundamentación del recurso casatorio solicita a esta Sala corregir y enmendar los errores de Derecho en que ha incurrido el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi por haber violado la ley, hecho en la falsa aplicación de ella y ha contravenido expresamente su texto al haber interpretado erróneamente. **CUARTO: DICTAMEN FISCAL.-** El Ministerio Público hace un análisis sucinto de lo expresado en la fundamentación del recurrente, principalmente cuando manifiesta que el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi en ningún momento ha tomado en cuenta las Garantías del debido proceso, el derecho a la defensa, y la prueba de descargo presentadas; señala además que según el inculcado, la sentencia es confusa, y se contradice, remitiéndose únicamente al testimonio del ofendido, de los testigos de cargo y del Policía que hizo el reconocimiento del lugar de los hechos, infringiendo lo dispuesto en los Arts. 304-A y 88 del Código de Procedimiento Penal, y afirma que se ha vulnerado Garantías Constitucionales contenidas en los Arts. 75, 76 y 86 de la Constitución de la República del Ecuador, como el derecho a la defensa, pues no fue comunicado del inicio de la indagación previa, señala que se presentaron dos denuncias que no son concordantes entre sí, contradictorias con las diligencias practicadas en el proceso, afirmando que el imputado no ingresó al domicilio y que no fue informado sobre la diligencia de reconocimiento del lugar de los hechos, la cual se realizó sin la presencia del Fiscal, y luego hace un análisis subjetivo del contenido de los testimonios rendidos en la audiencia de juicio. Por otro lado la Fiscalía expresa que el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi efectuó un análisis de las pruebas actuadas en la audiencia pública de juzgamiento, estableciendo que se ha justificado plenamente la existencia del delito, así como la responsabilidad del acusado, en mérito a las siguientes pruebas: **a)** Testimonio de la ofendida LUZ MARÍA ORMAZA, que dice: que el 3 de febrero del 2009 a las 20H15 luego del trabajo se dirigía a su domicilio en la calle Thomas de Berlanga y al llegar observó gente del barrio en el jardín de su casa, que al ingresar encontró a su hijo Paco sangrando por la nariz y boca, que manifestó que le había golpeado el vecino, un militar de nombre ALQUINGA PAGUANQUIZA ELIÉCER SEGUNDO, y sus hijos; **b)** La declaración del menor Paco Alejandro Medina, que corrobora con la declaración anterior; **c)** Del testimonio del Dr. Patricio Gordillo, que realizó el reconocimiento médico al menor Paco Medina, el mismo que presentaba en su cabeza equimosis con aumento de volumen en región parietal izquierda, equimosis en tercio medio del dorso de nariz, equimosis que cubre la superficie mucosa bucal interior, en miembros superiores y tórax, además múltiples excoriaciones, afirmando que muchas lesiones son producidas por acción de golpes directos que provocan una incapacidad de 15 a 20 días. Finalmente señala que de la observación de una placa radiológica se revelaba línea de fractura en el tercio medio del tabique; **d)** De la declaración del Policía Paúl Ricardo Saillema; **e)** Del testimonio de Silvia Janeth Falcón que dice que el día 3 de febrero del 2009 a las 20H15 se dirigía a visitar a su abuelita y al pasar por la casa de Luz María Ormaza, observó que la puerta de entrada se encontraba abierta, en su interior Alcides Alquina y sus hijos le golpeaban al joven Paco Medina, que estaba en el suelo en donde le pateaban; **f)** La

declaración de María Esther Murillo, que corrobora lo anterior; g) La de Manuel Alfonso Manotoa que también revelan la culpabilidad del sentenciado. Finalmente el informe fiscal manifiesta que analizadas las pruebas en el juicio y que cumplen los principios de oralidad, inmediación y contradicción, le dan la certeza al Tribunal de que se ha comprobado la existencia de la infracción así como la responsabilidad del acusado, pues el hecho fue presenciado por varias personas. Finaliza indicando que la sentencia se observa que ésta se encuentra debidamente motivada pudiendo apreciarse la pertinencia de las normas invocadas por el Juzgador, que se encuentran en armonía con los antecedentes que dieron origen a esta causa, por lo tanto estima que la Sala debe declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por: **ALQUINGA PAGUANQUIZA ELIÉCER SEGUNDO. QUINTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.-** La casación tiene carácter de un recurso extraordinario que solo procede en los casos expresamente determinados en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, que se concretan a la violación de la ley en sentencia, contravenir expresamente el texto de la ley, por haberse hecho una falsa aplicación de ella; o por haberla interpretado erróneamente, lo que hace que cada una de ellas tenga su propia individualidad con características y circunstancias que las diferencia o las distingue. No es posible en el recurso de casación efectuar una valoración de la prueba, esta es una facultad soberana del juzgador de instancia y precisamente por el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, esta Sala observa que se ha realizado un pormenorizado análisis de la prueba aportada en al audiencia de juzgamiento, las mismas que lo han practicado de una manera constitucional, observándose los principios de presentación, inmediación, las que al ser valoradas con estricto apego a derecho y aplicando las reglas de la sana crítica que debe imperar. El Tribunal A quo en su fallo establece convicción y certeza sobre la existencia del hecho punible, así como el de la culpabilidad y responsabilidad del imputado **ALQUINGA PAGUANQUIZA ELIÉCER SEGUNDO**. Aceptando los hechos indicados en el fallo recurrido el Juez pluripersonal analizó las presunciones, los indicios y la prueba suministrada, de una manera coherente, lógica y empleando el sano criterio que ampara las normas del Derecho Procesal Penal. Refiriéndose a la infracción Carlos Creus, señala: *“Una de las manifestaciones de la libertad individual es, como vimos, el mantenimiento de una esfera de reserva dentro de la cual el individuo puede desenvolverse sin la injerencia de terceros. Esa esfera de reserva se traduce, entre otras manifestaciones, en el ámbito de la intimidad del individuo constituido por su domicilio. Los delitos de este capítulo protegen, precisamente ese ámbito de la intromisión de terceros contra la voluntad de su titular”*¹ Por lo expuesto y en armonía con el Ministerio Público, esta Primera Sala 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”** al tenor del artículo 358 del Código de Procedimiento Penal declara IMPROCEDENTE el recurso de casación interpuesto por **ALQUINGA PAGUANQUIZA ELIÉCER SEGUNDO**; sin embargo de lo cual y al haberse cumplido los presupuestos del artículo

82 del Código Penal, se suspende la pena de prisión.- Devuélvase el proceso al Tribunal de origen para la ejecución de la sentencia recurrida. Notifíquese y publíquese.

Fdo.) Dres. Hernán Ulloa Parada, Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales, y, Arturo Pérez Castillo, Conjuez Permanente.

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

RAZÓN: En Quito, hoy día catorce de julio del dos mil once, a las diecisiete horas y cincuenta minutos, notifiqué por boletas con la nota en relación y la **SENTENCIA** que antecede a: **FISCAL GENERAL DEL ESTADO**, en el casillero judicial No 1207; a **SEGUNDO ELIECER ALQUINGA PAGUANQUIZA**, en el casillero judicial No 3459.

RAZÓN: Certifico que las tres (3) copias certificadas que anteceden, son fiel copia de su original.- Quito, septiembre 7 del 2011.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator, Primera Sala Penal - Corte Nacional de Justicia.

No. 181-2010

JUEZ PONENTE: Dr. Milton Peñarreta Álvarez, Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial.

SENTENCIADO: Wilson Clemente Saca Landa.

DELITO: Asesinato.

RECURSO: Casación.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA PRIMERA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL

Quito, Julio 6 del 2011; a las 08h30.

VISTOS: El sentenciado Wilson Clemente Saca Landa, interpone recurso de casación de la sentencia pronunciada por el Tribunal Segundo de Garantías Penales de Ambato, de 25 de enero del 2010, a las 09h04, que le impone la pena de dieciocho años de reclusión mayor especial, como autor del delito de asesinato tipificado y sancionado en el Art. 450 del Código Penal. Sustanciada la causa, y cumplido el trámite respectivo, siendo el estado procesal el de resolver para hacerlo se considera; **PRIMERO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA:** Esta Primera Sala Especializada de lo Penal, es competente para conocer y resolver este recurso de casación, en virtud del Art. 184 de la Constitución de la República del Ecuador vigente a partir del 20 de octubre del 2008, publicada en el R.O. No. 449 por lo dispuesto en los literales a y b del numeral 4 de la sentencia interpretativa: 001-08 SI-CC de fecha 28 de noviembre del 2008 dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479

¹. CREUS, Carlos: Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I. 6 Ed. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999. p. 341.

del 2 de diciembre del 2008; por Resolución sustitutiva del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre del 2008, publicada en el Registro Oficial No. 511 del 21 de enero de 2009, el sorteo de ley respectivo y el Of. No 823-SG-SLL-2011 de 17 de junio de 2011, suscrito por el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, en calidad de conjuer permanente de esta Primera Sala de lo Penal, avoca conocimiento de la presente causa el señor doctor Arturo Pérez Castillo. **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.-** Examinado el expediente, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pueda afectar la decisión de esta causa, por lo que se declara expresamente su validez. **TERCERO.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.-** El impugnante Wilson Clemente Saca Landa, en su escrito de fundamentación sostiene que en la sentencia dictada por el Tribunal Segundo de Garantías Penales de Ambato, se han violado principios constitucionales y normas legales, al imputarle y condenarle injustamente por el delito de asesinato, tipificado en el Art. 450 del Código Penal, que las normas de derecho inobservadas y las erróneamente aplicadas son las siguientes: Art. 76 numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador; Arts 80, 85 y 86 del Código de Procedimiento Penal. Concluye solicitando se case la sentencia y se le absuelva de todo cargo. **CUARTO.- DICTAMEN FISCAL.-** El Dr. Alfredo Hernán Alvear Enríquez, Subrogante del Señor Ministro Fiscal General del Estado, en lo principal manifiesta: al revisar la sentencia impugnada, repara que el Tribunal Segundo de Garantías Penales de Tungurahua, en el considerando Quinto, describe la prueba incorporada a juicio, donde se determina la existencia de la infracción, la misma que consiste en: a) El levantamiento, identificación y reconocimiento externo y necropsia del cadáver de quien en vida fue Ángel Marcelo Maisanche Sánchez, realizado por el médico legista Dr. Wilson Culqui Carvajal; quien manifiesta que el occiso Ángel Marcelo Maisanche tenía 14 heridas de diferentes extensiones en varias partes del cuerpo, concluye indicando que la causa de la muerte obedece a contusión, edema y hemorragia cerebral, fractura cráneo encefálico grave, hemorragia aguda externa por múltiples heridas con arma blanca, se trata de una muerte violenta, que el golpe dado en la zona cráneo encefálica que causó hemorragia interna causó la muerte de la víctima; b) la inspección ocular practicada por el policía Pedro Tene, fue realizada en el Hospital Regional de Ambato, verificando que se trataba de un cadáver de sexo masculino, tez trigueña, con varias heridas cortantes en todo su rostro y excoriaciones en los brazos; c) El parte policial de levantamiento del cadáver realizado por los policías Lenin Correa y Rubén Chávez, en lo principal dice: que se llevó a cabo en la Morgue del Hospital Regional de Ambato; d) Con la partida de defunción de Ángel Maisanche; e) Con el reconocimiento del lugar de los hechos, realizado por Luis Aguilar, quien manifiesta que el lugar donde se produjo el hecho es en el barrio "La Dolorosa", lugar parcialmente poblado y de escasa circulación vehicular. En cuanto a la responsabilidad del acusado se establece con: a) Testimonio de María Alexandra Chifla quien manifiesta que fue enamorada del difunto, fue testigo presencial de la pelea con el Polo y el Chamaco, que uno de ellos silbó y vinieron el apodado el Chino y su cuñado Lucio. Lo dicho es ratificado con el testimonio de Roberto Carlos Silema, quien dice haber visto desde la ventana de su casa que cuatro individuos

arrastraban a una persona, que luego estos se fueron corriendo, luego salió y observó que en el suelo estaba su amigo Ángel; b) Testimonio de Clementina Sailema, que carece de certeza, pues manifiesta que los hechos se dieron a las nueve de la noche, cuando siempre se ha coincidido que ocurrieron a eso de las once de la noche; c) Testimonio de la Dra. Nelly Tobar, perito psiquiatra, quien manifiesta haber examinado al acusado Wilson Clemente Saca Landa, manifiesta que el hoy acusado es mitómano, su personalidad es psicopática, distorsionada o simula la realidad para salir del problema. El Tribunal Penal, luego de analizar las pruebas constantes en el considerando Quinto de la sentencia impugnada, declaró tener la certeza de haberse comprobado conforme a derecho, tanto la existencia de la infracción, cuanto la responsabilidad del acusado, en el delito de asesinato tipificado en el Art. 450 del Código Penal. El recurrente alega violación de los preceptos consagrados en el Art. 76 numeral 7, literal e) de la Constitución de la República del Ecuador, ya que en el testimonio de la Dra. Nelly Tobar, aceptó que realizó la diligencia sin la presencia de ningún abogado defensor del compareciente, pero si con la presencia del Fiscal y del abogado defensor del acusador particular; respecto a los Arts. 80, 85, y 86 del Código de Procedimiento Penal, al no haber tomado en cuenta la verdadera prueba, pues la prueba de ninguna manera ha cumplido su finalidad, y no se rigen a la sana crítica para la valoración de la prueba. Una vez valorada la prueba, de conformidad con lo dispuesto en los Arts. 83, 84, 85, 86, y 88 del Código de Procedimiento Penal, el juzgador llega a establecer el nexo causal entre la infracción y la responsabilidad del acusado; así mismo, de conformidad con el Art. 304-A de la misma ley, la sentencia se encuentra debidamente motivada, en virtud de lo cual, establece con certeza la existencia material del delito y la responsabilidad del procesado, el cometimiento del delito de asesinato tipificado y sancionado por el Art. 450 del Código Penal; observándose que los fundamentos planteados por el recurrente resultan ineficaces. En consecuencia estima que se debe declarar improcedente el recurso interpuesto. **QUINTO.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.- 1).-** En cuanto a la admisibilidad del recurso de casación, se debe observar lo siguiente: el recurso de casación, según la concepción de Leone, citado por Jorge Vásquez Rossi, es "El medio de impugnación por el cual una de las partes, por motivos específicamente previstos, pide a la Suprema Corte de Casación la anulación de una sentencia que le es desfavorable"¹. Conforme ha concebido esta Sala, este recurso es extraordinario y un instrumento protector de los derechos y garantías fundamentales, calidad que según Orlando Rodríguez Chocontá se produce "Porque se surte por fuera de las instancias en tanto no plantea una nueva consideración de lo que fue objeto de debate en ellas, sino un juicio de valor contra la sentencia que puso final proceso, esencialmente, por haberse proferido con violación de garantías fundamentales, materializado a través de una demanda que no es de libre elaboración porque cabe ceñirse a rigurosos parámetros lógicos, a causales taxativas y sólo procede contra sentencia de segundo grado."² El autor al determinar

¹ Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Rubinsal- Culzoni Editores, Tomo II, 2004, P. 488

² Casación y Revisión Penal, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2008, p. 23

los elementos de la proposición jurídica y particularmente a la postulación de un cargo, sostiene que “Se debe construir un argumento lógico, coherente, completo y correcto. (...) El razonamiento lógico-jurídico se debe desarrollar o argumentar sobre un esquema básico, so pena de quedar insuficientemente demostrado ante el Tribunal de Casación. No tendría trascendencia que se estructuraré una proposición jurídica y no se desarrollara la tesis con razones de hecho y de derecho de que permitieran dirigir la argumentación al desquiciamiento, derrumbamiento o modificación de la sentencia impugnada”³.- Estos elementos descritos por el autor colombiano, son más rigurosos cuando se trata de la violación indirecta, pues debe señalarse “el sentido de la trasgresión de la ley, concretar el tipo de desacierto en el que se funda, individualizar el medio o medios de prueba sobre los que se predica el yerro, e indicar de manera objetiva su contenido, el mérito atribuido por el juzgador, la incidencia en él en las conclusiones del fallo, y en relación de determinación la norma de derecho sustancial que mediatamente resultó excluida o indebidamente aplicada y acreditar cómo, de no haber ocurrido el yerro el sentido del fallo habría sido sustancialmente distinto y opuesto a lo impugnado, integrando de esta manera la proposición del cargo y su formulación completa”⁴.- **2.-** El principio de limitación impide al Tribunal de Casación conocer un recurso extraordinario, el que en concordancia con el principio de taxatividad, de trascendencia y de presunción de acierto, constitucionalidad y legalidad de la sentencia, inhabilitan la impugnación cuando no se han observado aquellos presupuestos. En la legislación ecuatoriana, además se debe determinar cuál es la regla inaplicada o mal aplicada, pues no cabe un vicio por interpretación errónea en la violación indirecta; igualmente, se debe establecer cuál es la norma que exige tal o cual regla de valoración, el vicio concreto, el artículo de la alegación, el medio de prueba excluido o indebidamente admitido, la foja del proceso de la instancia donde este se encuentra, la relación causa efecto y cómo debía aplicarse según el criterio del casacionista. La descripción de todo el universo probatorio no cumple con los presupuestos de admisibilidad del recurso de casación, mucho menos cabe una aprobación o acogimiento de los argumentos realizados ex ante, pues la eficacia de los actos procesales, sólo se produce cuando han sido presentados dentro de los espacios que la ley ha previsto para aquello; consecuentemente, lo que se haga o se diga antes o después del término concedido para la fundamentación, se ha de tener por no escrito en virtud de su prematura o extemporánea formulación.- Según el profesor uruguayo Enrique Tarigo, la casación “Es un recurso extraordinario por cuanto él exige, para su interposición la alegación de causales específicas, preestablecidas por la ley por un lado, y, por otro, porque el Tribunal de Casación no puede pronunciarse sobre la totalidad de la cuestión litigiosa, sino solamente sobre aquellos aspectos sobre los que versa el recurso.”⁵. **3.-** En el caso en estudio podemos acotar que la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en que la primera de las acepciones de la alevosía es la traición. Es

decir actúa en forma alevosa el que obra a traición con el triple propósito de sorprender a la víctima, de asegurar los resultados de la acción delictiva y de evitar los riesgos para el atacante, a todas luces se puede observar que el procesado actuó de esta manera al infringir 14 heridas de diferentes extensiones en varias partes del cuerpo, dentro del examen interno se describe que existe fractura de cráneo en las dos alas mayores los esfenoides que provocaron fragmentos óseos, hundimiento de fragmento óseo a la bóveda craneal y en consecuencia el perito manifiesta que la causa de la muerte fue por contusión, edema y hemorragia cerebral y fractura craneal trauma cráneo encefálico de quien en vida fue Ángel Maisanche, el sector donde acontecen los hechos es un sitio despoblado, con poca iluminación, lo que junto con la alevosía se encuadra en el tipo penal del asesinato. La responsabilidad del acusado está probada por los testimonios receptados en el juicio como el de María Alexandra Chifla, quien manifiesta que fue enamorada del difunto, y fue testigo presencial de la pelea con el Polo y el Chamaco, que uno de ellos silbó y vinieron el apodado el Chino y su cuñado Lucio. Lo dicho es ratificado con el testimonio de Roberto Carlos Silema, quien dice haber visto desde la ventana de su casa que cuatro individuos arrastraban a una persona, que luego estos se fueron corriendo, luego salió y observó que en el suelo estaba su amigo Ángel. De esta manera se puede establecer claramente que en la instrucción fiscal se recogió el resultado material del hecho que se incrimina, a través de las evidencias que corresponden a la naturaleza de la infracción; de manera concreta se desprende el hecho incriminado reproduce la infracción de asesinato, tanto en el aspecto objetivo de la infracción, como el subjetivo, que pone de manifiesto la intención indudable de quien la produjo. De las afirmaciones sustentadas en la sentencia por el mismo Tribunal se desprende, por tanto, que hubo ensañamiento ya que acepta el ataque reiterado de Wilson Clemente Saca Landa, para inferir catorce puñaladas y producir con algunas heridas profundas en centros vitales del cuerpo de la víctima, es decir, aumentando inhumana y deliberadamente su dolor; se desprende así mismo, que Wilson Saca, actúa en un sitio despoblado y en la noche, en donde era difícil el auxilio y eso significa sobre todo premeditación y engaño. El Tribunal Penal, por lo tanto, ha dado en la sentencia por plenamente demostrados el ensañamiento, la imposibilidad de la víctima para defenderse, y el haber buscado para la comisión del crimen la noche y circunstancias todas específicamente constitutivas del asesinato, y basta la existencia de una sola de ellas para que la infracción tenga esta calidad. Por lo tanto, la sentencia impugnada es resultado de un análisis prolijo de la prueba evacuada en el juicio, en que los pronunciamientos tienen como punto de sustentación a la sana crítica para recoger, concebir y desarrollar las evidencias provenientes de la prueba evacuada, tomando en cuenta lo impresionante, poco común y escabroso del hecho. En virtud, de lo expuesto, esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional, **“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA”**, al tenor de lo que dispone el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por Wilson Clemente Saca Landa, y ordena se devuelva el proceso al órgano

³ Ídem p. 60

⁴ Ídem p. 64

⁵ Lecciones de Derecho Procesal Civil, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, Cuarta Edición actualizada, 2007, pp. 269 y 260

jurisdiccional de origen para los fines de ley.-. Notifíquese y Cúmplase.

Fdo.) Dres. Hernán Ulloa Parada, Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales, y, Arturo Pérez Castillo, Conjuez Permanente.

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

RAZÓN: Certifico que las cuatro (4) copias certificadas que anteceden son fiel copia de su original.- Quito, septiembre 7 del 2011.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator, Primera Sala Penal - Corte Nacional de Justicia.

No. 318-2010

PONENTE Dr. Milton Peñarreta Álvarez, Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial.

SENTENCIADO: Israel Augusto Granda Landeta.

DELITO: Asesinato.

RECURSO: Casación.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA PRIMERA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL

Quito, Agosto 9 de 2011; las 15h30.

VISTOS: Israel Augusto Granda Landeta, interpone recurso de casación de la sentencia dictada por el Sexto Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, el 24 de febrero del 2010, en la que le impone la pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria, por considerarle autor responsable del delito tipificado y reprimido en el Art. 450, numerales 1 y 4 del Código Penal, en concordancia con los Arts. 16 y 46 del cuerpo legal predicado, en grado de tentativa. Concluido el trámite y siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera.- **PRIMERO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA:** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1, y la Disposición Transitoria Octava de la Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de Octubre del 2.008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de Diciembre del 2.008; y, la Resolución Sustitutiva dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de Diciembre del 2008 y publicada en el Registro Oficial 511 del 21 de enero del 2009; y, el Sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de jueces nacionales de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento de la presente causa. **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.-** Examinado el expediente, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pueda afectar la decisión de esta causa, por lo que se declara expresamente su validez. **TERCERO.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE**

CASACIÓN: El sentenciado al fundamentar el recurso, luego de hacer un verdadero y extenso alegato, arguye que en el considerando segundo, la sentencia afirma, de un lado: “la impugnación realizada por el procesado en la audiencia de preparación de juicio... han sido resueltos por la Primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial... al momento de resolver el recurso de apelación interpuesto... por parte del procesado, por lo tanto no le corresponde al Tribunal revisar lo actuado por ella...”, pero más abajo del mismo considerando segundo, la misma sentencia contradiciéndose con aquello afirma: “... al llamar a juicio a una persona bajo meros indicios presuntivos, de modo alguno resuelve la situación jurídica del encausado de manera definitiva...”, lo resuelto por la Sala de la Corte Provincial respecto de la validez del proceso en que está en juego la vida del procesado es definitivo o no es definitivo; y, donde y en que plano quedan las garantías de los Arts. 75 y 76 de la Constitución que nos hablan de una tutela judicial efectiva, expedita e imparcial de nuestros derechos, de la prohibición expresa que exista indefensión y del debido proceso; acaso se pretende desconocer que en el numeral 3 del Art. 76 de la Constitución se establece que “Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”. Cómo se explica la teoría que contiene la sentencia, en el sentido de que “no le corresponde al Tribunal revisar lo actuado por ella (Corte Provincial)...” cuando la Constitución norma Suprema prevé que es en el juicio donde debe observarse el cumplimiento o incumplimiento del procedimiento, principio que se encuentra recogido en los Arts. 1 y 5, en concordancia con el Art. 330, numeral 3 de la Ley Procesal Penal. Además manifiesta que, la violación al debido proceso penal en la especie, han sido varias: que el hecho materia del juicio se suscita entre los días 23 y 25 de diciembre del año 2007; la denuncia y la indagación previa datan del 29 de julio del 2008; la instrucción fiscal se inicia el 11 de junio del 2009, ante esta realidad fáctica, cual era el procedimiento que debía observarse en el trámite de la presente causa, el anterior a las reformas de marzo del 2009 o el posterior a ellas, al respecto la Constitución del Estado en su Art. 77, numeral 7, señala de manera terminante “El derecho de toda persona a la defensa incluye: a) Ser informada, de forma previa y detallada... de las acciones y procedimientos formulados en su contra, y de la identidad de la autoridad responsable de la acción o procedimiento.”; mientras que el Art. 76 determina “En todo proceso en que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegura el derecho al debido proceso...” y en su numeral 7, letra a) se garantiza: “Nadie podrá ser privado de derecho de defensa en ninguna etapa o grado del respectivo procedimiento”. También señala que el Fiscal y el Juez Aquo le llamó a juicio por el delito de lesiones del Art. 467 del Código Penal, que esta sancionado con una pena de prisión de dos a cinco años o en el peor de los casos con tres a seis años de reclusión, apelando de dicho auto, ante dicho recurso planteado por el único procesado, la Sala Penal de la Corte Provincial, reforma dicho auto agravando su situación jurídica siendo el único recurrente, pues tipifican los hechos como una tentativa de asesinato, delito sancionado con una pena de reclusión mayor especial de 16 a 25 años, es decir, agravaron su situación jurídica procesal, en clara contravención del principio y garantía constitucional. **CUARTO.- DICTAMEN FISCAL.-** El Doctor Alfredo Alvear E. Director Nacional de Asesoría, Subrogante del

Fiscal General del Estado, en lo principal de su dictamen expone: CONSIDERANDO CUARTO.- El tipo penal descrito en el numeral 1 y 4 del Art. 450 del Código Penal, requiere en primera instancia, de la intención positiva de dar muerte a una persona, conducta que se conoce como homicidio simple; pero que se perpetra con las circunstancias constitutivas de infracción que se refieren a que esta muerte es cometida con alevosía, entendiéndose por ella al empleo de procedimientos que facilitan el hecho, es decir, empleado un mecanismo que asegure el resultado por colocar en indefensión al sujeto pasivo de la infracción; y ensañamiento, aumentando deliberadamente e inhumanamente el dolor del ofendido. Según lo prescrito en el Art. 16 del Código Penal, existe tentativa cuando se han practicado actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito, sin embargo la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica, se extiende por factores externos a la voluntad del sujeto activo de la infracción, quien tiene la intención positiva de adecuar su conducta a la norma penal, es decir, el sujeto no logra la consumación del delito por motivos ajenos a su propósito y finalidad, pese haber practicado todos o parte de los actos de ejecución del mismo, circunstancias en que el infractor responderá en grado de tentativa, a lo que hay que sumar que en nuestro ordenamiento jurídico, especialmente en el Art. 448 del Código Penal, existe la presunción de voluntariedad en el caso del homicidio, lesiones, heridas y golpes, salvo que se pruebe lo contrario mediante las circunstancias del hecho, la calidad y la localización de las heridas, o de los instrumentos con que se hicieron. En la causa que se examina, se ha comprobado que el recién nacido estuvo en manos y a merced del acusado Israel Augusto Granda Landeta, recién nacido que necesariamente debía ser atendido por un especialista Pediatra Neonatólogo, con mayor razón si el niño nació prematuro lo que requiere de mayor cuidado y atención médica. Del testimonio del Dr. Fabián Paredes, quien con la especialidad de Pediatra, se advierte que la lesión del neumotórax pudo ser producida por un movimiento brusco al momento del parto o por la acción de reanimación avanzada que se practicó al recién nacido, es decir, que al momento en que se determina una de las posibles causas para que se produzca el neumotórax que es el colapso del pulmón, al respecto de la prueba recopilada, la causa se debió a la reanimación por el paro cardio pulmonar que el recién nacido sufrió, ya que de lo manifestado por el Dr. Fabián Paredes, la madre del recién nacido Leslie Carrillo y por la acusadora particular madre de la menor Leslie Carrillo, señora Rocío Erazo, se determina que el acusado Israel Granda Landeta, hizo varias reanimaciones por el paro cardio pulmonar; existe la causa de la lesión que produjo el colapso del pulmón y por ello los paros cardio respiratorio que según lo dicho por el Dr. Paredes duró aproximadamente dos minutos, estableciéndose que el cerebro dejó de recibir dos minutos de oxígeno, por lo cual se produjo el daño cerebral; además en el momento que el Dr. Paredes atendió al menor, esto es, a las dieciséis horas de haber nacido lo encontró en estado cianótico, es decir estaba bajo de oxígeno en la sangre que lleva al cerebro, por lo tanto, durante estas horas el procesado Israel Granda Landeta, sin ser médico titulado, en forma material asumió la obligación de darle atención al menor, causando la lesión, parálisis cerebral por falta de oxígeno, conforme lo diagnóstica la Historia Clínica del Hospital Baca Ortiz, así como el informe del neuro pediatra del INFA, que determinaron lesión permanente cerebral; sin

que el acusado haya logrado desvirtuar su responsabilidad en el presente hecho infraccional; por el contrario, es clara la adecuación de su acción, en grado de tentativa del tipo penal aquí descrito, como bien lo determina el Tribunal juzgador, órgano que en aplicación del principio de inmediación procesal, valoró correctamente las diligencias probatorias practicadas en la etapa del juicio. En el presente caso, el recurrente se limita a alegar la transgresión de derechos y garantías constitucionales, sin justificar claramente de que manera se han vulnerado y al no haber demostración sustentada sobre estas violaciones se concluye de que no existe inobservancia de estas normas constitucionales esgrimidas en su escrito de fundamentación, así como tampoco se evidencia que se haya limitado su derecho a la defensa o transgredido los principios del debido proceso, que son el conjunto de garantías que posibilitan el derecho a tener un juicio equitativo e imparcial, en el cual se impone el respeto al derecho de defensa, la legalidad, la publicidad, la contradicción de la prueba, la igualdad de los sujetos procesales ante la ley y ante el juez, la inmediación, la celeridad y el derecho a un fallo justo, presupuestos que se han cumplido en este caso, porque el recurrente lo ha ejercido a lo largo de todas las etapas del proceso, quedando por lo tanto su manifiesto, en tan solo un enunciado, estimándose que la pretensión de éste es que se realice una revisión de las pruebas que ya fueron analizadas por el Tribunal Penal, que en aplicación a las reglas de la sana crítica como lo determina el Art. 86 del Código Adjetivo Penal, valoró las pruebas que fueron determinantes para la sentencia condenatoria cumpliéndose de esta manera lo dispuesto por el Art. 304-A ibidem. Por otro lado, el juzgador hace una justa valoración de la prueba, de conformidad a las reglas de la sana crítica, describiendo las diligencias que a su criterio comprueban los actos ilícitos que realizó el procesado, en base de los cuales se emite su resolución motivada, citando la norma a la cual adecuó su conducta, imponiendo la pena que la ley contempla para esta clase de ilícitos. Respecto a la alegación del recurrente, en el sentido de que se agravó la situación jurídica del único recurrente, al haber apelado el auto de llamamiento a juicio por el delito de lesiones, que está sancionado con una pena de prisión de dos a cinco en el peor de los casos con tres a seis de reclusión; y, se lo reformó al tipificar los hechos como una tentativa de asesinato, delito sancionado con una pena de reclusión de dieciséis a veinte y cinco años de reclusión mayor especial, se debe señalar que tanto la Constitución Política de la República como el Código Adjetivo Penal, establecen que al resolver una impugnación o un recurso, no se podrá empeorar la situación jurídica del recurrente, hecho éste que en la presente causa, no se da, por cuanto, la apelación como se dijo en un comienzo, es del auto de llamamiento a juicio y no de una sentencia, auto del cual el Superior tiene la facultad de confirmarlo, reformarlo o revocarlo, ajustándose a derecho, careciendo de sustento lo manifestado por el procesado. Considera que la Sala, debería rechazar el recurso de casación interpuesto por Israel Augusto Granda Landeta, por improcedente, por cuanto la sentencia impugnada no viola la ley. **QUINTO.- CONSIDERACIONES DE LA SALA. 1.-** En cuanto a la admisibilidad del recurso de casación, se debe observar lo siguiente: el recurso de casación, según la concepción de Leone, citado por Jorge Vásquez Rossi, es “El medio de impugnación por el cual una de las partes, por motivos específicamente previstos, pide a la Suprema Corte de

Casación hoy Corte Nacional la anulación de una sentencia que le es desfavorable”¹. Conforme ha concebido esta Sala, este recurso es extraordinario y un instrumento protector de los derechos y garantías fundamentales, calidad que según Orlando Rodríguez Chocontá se produce “Porque se surte por fuera de las instancias en tanto no plantea una nueva consideración de lo que fue objeto de debate en ellas, sino un juicio de valor contra la sentencia que puso fin al proceso, esencialmente, por haberse proferido con violación de garantías fundamentales, materializado a través de una demanda que no es de libre elaboración porque cabe ceñirse a rigurosos parámetros lógicos, a causales taxativas y sólo procede contra sentencia de segundo grado.”² El autor al determinar los elementos de la proposición jurídica y particularmente a la postulación de un cargo, sostiene que “Se debe construir un argumento lógico, coherente, completo y correcto. (...) El razonamiento lógico-jurídico se debe desarrollar o argumentar sobre un esquema básico, so pena de quedar insuficientemente demostrado ante el Tribunal de Casación. No tendría trascendencia que se estructurará una proposición jurídica y no se desarrollará la tesis con razones de hecho y de derecho de que permitieran dirigir la argumentación al desquiciamiento, derrumbamiento o modificación de la sentencia impugnada”³. Estos elementos descritos por el autor colombiano, son más rigurosos cuando se trata de la violación indirecta, pues debe señalarse “el sentido de la trasgresión de la ley, concretar el tipo de desacierto en el que se funda, individualizar el medio o medios de prueba sobre los que se predica el yerro, e indicar de manera objetiva su contenido, el mérito atribuido por el juzgador, la incidencia en él en las conclusiones del fallo, y en relación de determinación la norma de derecho sustancial que mediatamente resultó excluida o indebidamente aplicada y acreditar cómo, de no haber ocurrido el yerro el sentido del fallo habría sido sustancialmente distinto y opuesto a lo impugnado, integrando de esta manera la proposición del cargo y su formulación completa”⁴.-2.- El principio de limitación impide al Tribunal de Casación conocer un recurso extraordinario, el que en concordancia con el principio de taxatividad, de trascendencia y de presunción de acierto, constitucionalidad y legalidad de la sentencia, inhabilitan la impugnación cuando no se han observado aquellos presupuestos. En la legislación ecuatoriana, además se debe determinar cuál es la regla inaplicada o mal aplicada, pues no cabe un vicio por interpretación errónea en la violación indirecta; igualmente, se debe establecer cuál es la norma que exige tal o cual regla de valoración, el vicio concreto, el artículo de la alegación, el medio de prueba excluido o indebidamente admitido, la foja del proceso de la instancia donde este se encuentra, la relación causa efecto y cómo debía aplicarse según el criterio del casacionista. La descripción de todo el universo probatorio no cumple con los presupuestos de admisibilidad del recurso de casación, mucho menos cabe una aprobación o acogimiento de los argumentos realizados ex ante, pues la

eficacia de los actos procesales, sólo se produce cuando han sido presentados dentro de los espacios que la ley ha previsto para aquello; consecuentemente, lo que se haga o se diga antes o después del término concedido para la fundamentación, se ha de tener por no escrito en virtud de su prematura o extemporánea formulación.- Según el profesor uruguayo Enrique Tarigo, la casación “Es un recurso extraordinario por cuanto él exige, para su interposición la alegación de causales específicas, preestablecidas por la ley por un lado, y, por otro, porque el Tribunal de Casación no puede pronunciarse sobre la totalidad de la cuestión litigiosa, sino solamente sobre aquellos aspectos sobre los que versa el recurso.”⁵. Complementando estas definiciones del recurso de casación, el profesor Eugenio Florián, nos aclara que la casación “tiene por fin promover y procurar el nuevo examen de la sentencias exclusivamente desde el punto de vista jurídico”. Por tanto, las alegaciones respecto de la omisión de las normas constantes en el Derecho Procesal Penal y en la propia Constitución de la República, no tienen asidero en este tipo de recursos, pues solo caben las alegaciones de violación directa o indirecta de la norma material, jurídica o constitucional, en cualquiera de los tres supuestos previstos en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal. 3.- Como señala la doctrina, la **tentativa** constituye la ejecución de un delito que se detiene en un punto de su desarrollo antes de alcanzar el grado de consumación, o sea, antes que se haya completado la acción como típica. Los elementos esenciales de la tentativa son:

a). Decisión de cometer un delito.- Para que exista tentativa no basta la ejecución de ciertos hechos que puedan ser conducentes a un delito, es necesario que quien los ejecuta se haya “decidido a cometer” el delito intentado y no otro. Este es el elemento subjetivo de lo injusto que abarca el dolo dirigido a la realización del tipo. La decisión de cometer el delito debe concebirse en forma determinante. No actúa dolosamente quien todavía no está decidido a cometer un delito y sólo explora los presupuestos de su comisión. La situación es diferente cuando se ha tomado definitivamente la decisión y se hace depender la ejecución únicamente de la producción de una condición independiente de la voluntad del autor que debe decidir el comienzo de la acción ejecutiva; **b). Comenzar la ejecución del delito.-** Quiere decir que el agente se pone en actividad directa para realizar el tipo, a cuya consumación está dirigida el dolo de autor. La determinación del comienzo de la ejecución del delito se interpreta según dos puntos de vista distintos, según lo manifiesta la *Revista Internauta de Práctica Jurídica. No. 19 Enero-Junio 2007: “Teoría Formal-Objetiva:* Según esta teoría, para el comienzo de la ejecución del hecho, bastaba la iniciación de la acción típica, en sentido estricto, o sea, toma como criterio la estructura típica de los actos objetivos, exige que los actos ejecutados por el autor sean actos de iniciación de la conducta que constituye el tipo delictivo. *Teoría Mixta Subjetiva-Objetiva:* Esta teoría es seguida por la doctrina dominante. Atiende al significado de los actos. Considera que la ejecución del delito comienza cuando el autor realiza actos demostrativos (por su inmediata conexión con la conducta típica y su sentido) de que ha puesto en obra su

¹ Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Rubinsal-Culzoni Editores, Tomo II, 2004, P. 488

² Casación y Revisión Penal, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2008, p. 23

³ Ídem p. 60

⁴ Ídem p. 64

⁵ Lecciones de Derecho Procesal Civil, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, Cuarta Edición actualizada, 2007, pp. 269 y 260

finalidad de cometer un delito”; c). **Falta de consumación.-** La tentativa existe desde que el autor, con el fin de cometer el delito, comienza a ejecutar su propósito delictivo, y puede prolongarse mientras el delito no se haya consumado. Hay, pues, falta de consumación cuando el tipo objetivo de lo injusto no está realizado o no está realizado totalmente. Apreciamos, en suma, tres elementos en la tentativa, los cuales didácticamente podemos establecer de la siguiente manera: **1). Elemento Subjetivo.-** El sujeto activo debe actuar con una resolución criminal, es decir, con la decisión de cometer el tipo penal, por lo tanto, este actuar es doloso. Precisamente, la razón por la que no hay tentativa en los delitos culposos es que no existe una resolución criminal. **2). Elemento Objetivo.-** El sujeto activo debe haber comenzado la ejecución del delito debe considerarse: a) Según el plan del autor, se debe examinar la posición inmediata o directa del agente para la realización del hecho delictivo; y b) se exige que se haya puesto en peligro el bien jurídico protegido. **3). Elemento Negativo.-** El sujeto activo no debe haber consumado el delito. Es decir, el tipo penal no se debe haber consumado el delito; esto es, que no se ha cumplido el verbo rector contenido en el tipo penal. Queda claro, entonces, que la tentativa implica que un sujeto con decisión criminal comienza la ejecución del hecho, pero no llega a consumarlo. **4.-** Por su lado, el artículo 16 del Código Penal, preceptúa: “Quien practica actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito, responde por tentativa si la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica. Si el autor desiste voluntariamente de la acción está sujeto solamente a la pena por los actos ejecutados, siempre que éstos constituyan una infracción diversa, excepto cuando la Ley, en casos especiales, califica como delito de mera tentativa, disminuida de un tercio o la mitad. Las contravenciones solo son punibles cuando han sido consumadas”. **5.-** En el presente caso, el Tribunal Sexto de Garantías Penales de Pichincha al momento de resolver llega a concluir conforme a las reglas de la sana crítica, que es la convicción del juez, basado en las reglas lógicas, conocimiento y experiencia para valorar la misma, que de las actuaciones probatorias practicadas en la audiencia de juicio, deviene la existencia material de la infracción y la responsabilidad del imputado, pues él tenía conocimiento, voluntad y dominio de los actos y los hechos que realizaba, pues pese a no tener la calidad de médico, con engaños y argucias, atendió a la menor de edad Leslie Carrillo, en los cuidados prenatales y posteriormente el alumbramiento del niño y es en esas circunstancias que una vez realizada la cesárea el niño nace en perfecto estado de salud, lo extrajo del vientre de su madre el Dr. Edison Huilca y le entregó al acusado y éste con el niño en su poder a pesar que no era médico, lo limpio y lo succionó, o llevó a la termo cuna por la condición de prematuro que nació, lo trató, lo manipuló e incluso pese a que el acusado refiere que el recién nacido en la noche del 23 de diciembre del 2007 quedó bajo el cuidado de otro médico, este acontecimiento no ha sido justificado y por el contrario demuestra el ningún cuidado del bebé en estas horas cruciales para la vida y que finalmente ha dado como resultado la discapacidad de por vida como ha quedado demostrado y probado en el juicio, razones por las cuales el Tribunal considera probados los elementos del tipo penal subjetivo, con lo que se encuentra probada la categoría dogmática de la antijuricidad. Por otra parte el sentenciado si pudo prever el resultado y por el contrario poco o nada le importó, incluso agravó aún más la situación del menor,

cuando no permitía que lo trasladen a un verdadero centro médico y de especialidad que el neonato requería mientras no se proceda al pago de los gastos de la clínica, con lo cual se encuentra configurados también los presupuestos de la categoría dogmática de la antijuricidad. Por otro lado, la Sala considera que la sentenciada por el inferior fue a base del acervo probatorio practicado en la audiencia de juzgamiento y valorado conforme a las reglas de la sana crítica, al tenor de los artículos 79 y 86 del Código de Procedimiento Penal; fruto de ese análisis realizado, el Tribunal determinó la existencia del delito y la responsabilidad del acusado, de un modo lógico y ordenado, observándose armonía entre la parte considerativa de la sentencia y su parte resolutiva, realizando un trabajo intelectual, crítico valorativo y lógico, sobre lo que fallaron, cumpliéndose en esta forma con las características de la motivación, recogidas en forma clara en la definición dada por Fernando de la Rúa, en su obra “Teoría General del Proceso”, cuando dice: “La motivación consiste en un trabajo intelectual, crítico, valorativo y lógico que lleva a un conjunto de razonamientos sobre los que el Juez basa su fallo”, sin que se observe que en dicha sentencia se haya violado la Ley, ya porque se la haya interpretado erróneamente, se hay contravenido su texto, o exista falsa aplicación de ella; por consiguiente cumple con las reglas determinadas en el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal.- Por lo expuesto esta Primera Sala de lo Penal. **“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA”**, y de conformidad con lo que dispone el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el recurrente Israel Augusto Granda Landeta y ordena la devolución del proceso al órgano jurisdiccional de origen para los fines pertinentes. Notifíquese y publíquese.

Fdo.) Dres Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada y Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia.

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

RAZÓN: Certifico que las cuatro (4) copias certificadas que anteceden son fiel copia de su original.- Quito, septiembre 7 del 2011.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator, Primera Sala Penal - Corte Nacional de Justicia.

No. 411-2010

JUEZ PONENTE Dr. Luis Moyano Alarcón, (Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial).

SENTENCIADO: Carlos Álava Orlando José y Risso Ullón Franklin Stalin.

DELITO: Robo calificado.

RECURSO: Casación.

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

Quito, Mayo 31 del 2011; a las 11H00.

VISTOS.- El Segundo Tribunal de Garantías Penales de los Ríos, el 06 de mayo de 2010, dicta sentencia absolutoria a favor de los acusados Carbo Álava Orlando José y Risso Ullón Franklin Stalin, a quienes se les acusó de ser los autores del delito tipificado en el Art. 550 y 552 numeral 2 y reprimido en el Art. 551 del Código Penal; sentencia de mayoría de la cual, el Dr. Jorge Alberto Calero. Fiscal Distrital de los Ríos, interpone recurso de casación, el mismo que fue oportunamente fundamentado. Siendo el estado procesal el de resolver, para hacerlo se considera:

PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.- Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1; Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador publicada en el R.O. No. 449 de 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; Resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre de 2008, publicada en el R.O. No. 511 de 21 de enero de 2009 y el sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de Jueces Nacionales de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento del presente juicio penal.

SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- No se advierten vicios de procedimiento que puedan afectar la validez del proceso, por lo que no hay nulidad alguna que declarar.

TERCERO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.- El Doctor Washington Pesantez Muñoz, cumpliendo con lo dispuesto por el Art. 354 del Código de Procedimiento Penal, fundamenta el recurso de casación interpuesto, manifestando específicamente en el considerando TERCERO de su dictamen que: “Del estudio de la sentencia, objeto de la imputación, se observa que el tribunal segundo de garantías penales de los Ríos, en el considerando quinto del fallo manifiesta que el Sr. Fiscal para probar la materialidad de la infracción presenta una factura del celular a nombre del ofendido Nicolás Valenzuela con fecha 10 de septiembre del 2008, sin embargo el ofendido al rendir su testimonio dice que el teléfono celular se lo regalaron en el cumpleaños del año pasado sin precisar quien le regaló, circunstancias que hace que el tribunal se formule la pregunta: cómo es posible que tenga en su poder un objeto que no sabe ni quien le regalo y lo que es peor, como es posible que presente una factura del teléfono a nombre de él, en una fecha diferente a la que

asegura le regalaron dicho teléfono, hecho por el que en el tribunal hay duda que acorde a lo dispuesto en el Art. 4 del Código Penal.....” debido a lo cual este tribunal confirma la inocencia de los acusados Orlando José Álava y Franklin Stalin Risso Ullón.” Manifiesta además que “De la lectura de la sentencia que confirma la inocencia de los acusados dictada a favor de Orlando José Carbo Alvara y Franklin Stalin Risso Ullón por el Tribunal Segundo de Garantías Penales de Los Ríos, consta que en dicha sentencia se ha violado la ley, no han tomado en cuenta la prueba presentada e introducida por la fiscalía en la audiencia oral, pública y contradictoria de juzgamiento, prueba que la hemos analizado una a una y que ha sido ignorada por completo por el tribunal juzgador, permitiendo de esta manera la impunidad delictual, se ha probado legal y constitucionalmente tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad de los acusados, se ha cumplido lo dispuesto por los Arts. 79, 83, 84, 85 y 90 del Código del Procedimiento Penal, se ha probado tiempo, lugar y modo en el que fue cometido el ilícito, pese a lo cual el Tribunal Segundo de Garantías Penales de los Ríos no ha tomado en cuenta su contenido in extenso, analizando única y exclusivamente como prueba de fiscalía la factura a la que la consideran de dudosa procedencia y la relación con el Art. 4 del Código Penal, sin que completen la idea, como consta a fojas 61vta. Demostrando una vez más error y descuido en la sentencia dictada en el presente caso. Consecuentemente se aprecia que el tribunal juzgador, al dictar sentencia absolutoria a favor de los acusados Carbo Alva Orlando José y Risso Ullón Franklin Stalin, lo hizo violando expresas disposiciones legales y constitucionales, por no haber tomado en cuenta las pruebas practicadas en la audiencia oral de juzgamiento con las que se demostró fehacientemente que los indicios que sirvieron de base a la fiscalía para realizar la investigación fiscal y posterior acusación, fueron comprobados, graves, precisos y concordantes circunstancias que no las pueden eximir de culpa a los acusados quienes actuaron con voluntad y conciencia conforme a lo dispuesto en los Arts. 32 y 33 del Código Penal, a sabiendas que el robo agravado, constituye delito en nuestro país y como ordenan los Art. 3 y 5 ibídem se presume que las leyes son conocidas por todos aquellos sobre quienes imperan y su desconocimiento no exime de culpa alguna, razón por la cual fundamento y ratifica el recurso de casación interpuesto por el fiscal Dr. José Alberto Calero Resabala.” Por lo que solicita a la Sala que corrija el error de derecho que ha incurrido el Tribunal Segundo de Garantías Penales de los Ríos al dictar sentencia absolutoria a favor de los procesados y que dicte fallo condenatorio.

CUARTO: ANALISIS DE LA SALA.- El recurso de casación de acuerdo al Art. 349 del Código Procesal Penal, es aplicable cuando en la sentencia se ha violado la ley ya por contravenir expresamente su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella, ya por haberla interpretado erróneamente; y, es sobre esta disposición que la Sala tiene que cotejar tanto las pretensiones del recurrente plasmadas en su libelo de fundamentación del recurso de casación como con la sentencia recurrida, la misma que después del estudio y análisis, se establece que las declaraciones del Tribunal Segundo de Garantías Penales de los Ríos, sobre la existencia material de la infracción son aceptables, toda vez que comprobar conforme a derecho significa, establecer mediante las formas procesales todos y cada uno de los elementos constitutivos del tipo, respetando el derecho de

impugnación y particularmente, el derecho de defensa y el debido proceso. El Tribunal Penal antes de dictar sentencia, debe previamente analizar, la existencia de una conducta; que ésta se adecua a uno de los tipos penales descritos en el catálogo de tipos; y, su vinculación con ella, para luego considerar la reprochabilidad del acto. No basta con determinar cuál es la norma prohibitiva ni sustentar su decisión en atestaciones preprocesales, mucho menos interpretar su existencia y autoría en indicios que no son más que elementos de la presunción, y que si bien pueden sustentar un auto inculpatario para llamar a juicio a los procesados, no pueden estos fundamentar una sentencia de condena. Como se aprecia en el presente caso, que sin la existencia de prueba legal, relativa a la responsabilidad penal de la persona que cometió el ilícito penal denunciado, mal se me puede atribuir un juicio de reproche solamente por indicios, que no pueden servir de premisa para que se imponga una condena, tanto más que esos indicios no son suficientes para formular un juicio de culpabilidad y responsabilidad, ni tienen en este proceso el carácter de múltiples (varios) relacionados, concordantes, unívocos y directos, como en el caso sub lite, el ofendido al dar su testimonio cayó en contradicciones es por ello que el juzgador, soberano en la apreciación de la prueba no lo consideró porque lo cierto e indubitable en la causa materia de casación es que no se encuentra determinado con prueba fehaciente la responsabilidad penal de los acusados y es por ello que el juzgador dictó sentencia absolutoria en base a la sana crítica, la misma que no está sujeta a una escala valorativa, por lo cual no puede sustentarse un recurso de casación en supuesta violación de su normativa.- Por todas estas consideraciones y luego del examen exhaustivo efectuado a la sentencia recurrida, esta Sala, no encuentra violación legal alguna que permita que la casación prospere; más bien hemos podido observar que en la parte expositiva y motiva del fallo se hace una relación sumamente explicada de toda la carga probatoria y de los elementos de juicio por lo que el Tribunal a-quo falló a favor de los acusados. Por lo que esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, de conformidad con el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el Dr. Jorge Alberto Calero. Fiscal Distrital de los Ríos. Notifíquese, devuélvase y publíquese.

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Presidente, Hernán Ulloa Parada; y, Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.

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

RAZÓN: En Quito, hoy día treinta y uno de mayo del dos mil once, a las dieciocho horas, notifiqué por boletas, con la **PROVIDENCIA** que antecede, a: **FISCAL GENERAL DEL ESTADO**, en el casillero judicial **No 1207**; a los procesados **ORLANDO JOSÉ CARBO ALAVA** y **FRANKLIN STALIN RIZZO ULLÓN**, no les notifico por no haber señalado casillero judicial en este nivel para el efecto.

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

RAZÓN: Certifico que las tres (3) copias certificadas que anteceden, son fiel copia de su original.- Quito, septiembre 7 del 2011.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator, Primera Sala Penal - Corte Nacional de Justicia

No. 554-2010

Juez Ponente Dr. Milton Peñarreta Álvarez, Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial.

SENTENCIADO: Eduardo Luis Gavilánez Valle.

DELITO: Violación.

RECURSO: Casación.

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

Quito, Agosto 9 del 2011 a las 08H45.

VISTOS: El Tribunal de Garantías Penales de Morona Santiago, el 31 de diciembre de 2009, dicta sentencia condenatoria en contra de Eduardo Luis Gavilánez Valle, por considerarlo autor del delito tipificado en el Art. 512, numeral 1 y sancionado en el Art. 513 del Código Penal, condenándole a la pena de dieciséis años de reclusión mayor especial. De este fallo interpone recurso de casación el prenombrado sentenciado, el cual fue concedido y siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA:** Esta Primera Sala Especializada de lo Penal, es competente para conocer y resolver este recurso de casación, en virtud del Art. 184 de la Constitución de la República del Ecuador vigente a partir del 20 de octubre del 2008, publicada en el R.O. No. 449 por lo dispuesto en los literales a y b del numeral 4 de la sentencia interpretativa:001-08 SI-CC de fecha 28 de noviembre del 2008 dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; por Resolución sustitutiva del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre del 2008, publicada en el Registro Oficial No. 511 del 21 de enero de 2009 y, el sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de jueces nacionales de esta Primera Sala de lo Penal. Avocamos conocimiento de la presente causa. **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.-** Examinado el expediente, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pueda afectar la decisión de esta causa, por lo que se declara expresamente su validez. **TERCERO.- FUNDAMENTACION DEL RECURSO.-** El recurrente al fundamentar el recurso cumpliendo lo preceptuado por los Arts. 352 y 353 del Código de Procedimiento Penal manifiesta en síntesis que: existen dos causas penales es su contra por los mismos hechos, que lo único que cambia es el nombre de la presunta agraviada, fundamento en lo que dispone los Arts. 159 y 21, regla 3 del Código de Procedimiento Penal, así como los Arts. 108 y 109 del Código de Procedimiento Civil, como norma supletoria; y, los Arts. 82 y 76, numerales 1 y 7, literales i) y 82, de la

Carta Magna; aduce además que se ha violado los Arts. 79, 252, 87 y 88 numeral 1 del Código Adjetivo Penal, por lo que solicita que en casación la sentencia recurrida, sea revocada. **CUARTO: DICTAMEN FISCAL.-** A fojas 8 a 9 el Doctor Alfredo Alvear Enríquez, Director de Asesoría, Subrogante del Fiscal General del Estado, en lo principal de su dictamen manifiesta que: Examinado el fallo, se observa que el Tribunal de Garantías Penales de Morona Santiago, al emitir la sentencia, lo hace a la luz de la sana crítica, sin recurrir a subjetividades, con fundamento al análisis exhaustivo de las actuaciones procesales en conjunto, en la prueba actuada e incorporada en la etapa de juicio, en aplicación de los principios del sistema acusatorio, oralidad, publicidad, inmediación, concentración y contradicción, pruebas con las que el órgano juzgador llega a la certeza de que se comprobó la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado. Además, aclara que en el presente caso, Eduardo Luis Gaviláñez Valle, en su fundamentación del recurso no especifica la violación de la ley en la sentencia dictada en su contra, ya sea por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o por errónea interpretación, como lo exige la casación, concluye solicitando que la Sala declare improcedente el recurso de casación interpuesto. **CONSIDERACIONES DE LA SALA.-** 1).- Para que prospere la casación, es indispensable que la fundamentación sea clara, precisa y lógica; para ello, el recurrente debe especificar la violación de la norma en cualquiera de las hipótesis fijadas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal; esto es, evidenciar la contravención a las normas legales en cuanto a su texto, o establecer claramente en qué consiste la errónea interpretación de la ley o la falsa aplicación de la misma. De aquello deviene que, en este recurso, como medio de impugnación, el recurrente busca demostrar al Tribunal de Casación que el juez inferior, se equivocó al aplicar indebida o erróneamente una norma de derecho en la sentencia recurrida; 2).- Nadie discute que la finalidad de la prueba es establecer “tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del imputado”, debiendo apreciarse esos elementos probatorios conforme a las reglas de la sana crítica. Por lo demás, es incontrovertible que las presunciones que el Juez o el Tribunal obtengan en el proceso deben estar “basadas en indicios probados, graves, precisos y concordantes”; más, para que esos indicios se pueda presumir el nexo causal entre delito y responsabilidad, deben encontrarse plena y absolutamente cumplidos los requisitos que de manera taxativa establece el Art. 88 del Código de Procedimiento Penal; 3).- La violación es un delito por el cual se produce “el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o, la introducción por vía vaginal o anal, de los objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo...” Esta conducta protege la libertad sexual como bien jurídico principal, pues también se protegen otros bienes como la dignidad, la salud y la libertad en sí misma. La característica o elemento normativo del tipo es que aquella conducta se realice o con violencia; o con amenaza; o con intimidación y para su realización, según los profesores españoles Alfonso Serrano Gómez y Alfonso Serrano Maíllo, “es necesario que concurren elementos objetivos y subjetivos. Los primeros consisten en la conducta de carácter sexual realizada en el cuerpo de otra persona sin su consentimiento. Además, es necesario un elemento subjetivo del injusto caracterizado por la finalidad lubrica

que persigue el sujeto activo, el *animus* libidinoso. Este *animus*, en principio se presume en todo caso, de lo que se desprende que es suficiente con que el sujeto conozca que realiza un acto sexual sin consentimiento del sujeto pasivo.”¹ Los profesores españoles sostienen además que debe mediar una relación de causalidad entre la violencia o intimidación y la conducta del sujeto y que el delito se consuma “con la realización de los actos que el sujeto lleva a cabo sobre el cuerpo de la víctima con fines libidinosos. No es necesario que el sujeto consiga la satisfacción lúbrica o deseo sexual que persiga”, pues el bien jurídico protegido es la autodeterminación sexual y no la satisfacción sexual. 4).- El Tribunal juzgador en aplicación a lo dispuesto en el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal ha valorado las pruebas que fueron incorporadas al juicio de conformidad a las reglas de la sana crítica, reglas que si bien no están contenidas en ningún código, deben ser entendidas como el raciocinio que se aplica a base de la inteligencia, mas en este tipo de delito es difícil que exista prueba directa de la responsabilidad, más aún cuando en los delitos sexuales el criterio de apreciación de la prueba, principalmente el testimonio de la ofendida o del ofendido es mucho más amplio que en otro tipo de delitos pues, no cabe duda que en este tipo de infracciones cometidas con frecuencia, nadie mejor que la agraviada o agraviado para identificar al ofensor más aún cuando estos ilícitos se perpetran de forma clandestina, secreta y encubierta, por tanto se considera improbable la existencia de la prueba directa, la presencia de testigos u otra clase de elementos. Los delitos contra la libertad sexual, máxime cuando afectan a personas vulnerables, como en el presente caso una menor de edad, merecen un especial reproche moral y social, que impone una contundente reacción penal, proporcionada a su acentuada gravedad, a la especial relevancia del bien jurídico contra el que se atenta ya a la reforzada tutela que los niños merecen como víctimas de los mismos. 5).- El caso en estudio, la Sala considera que en el fallo del Tribunal Penal no se advierte que se hayan violentado las normas legales alegadas por el acusado, pues existe la certeza y coherencia al afirmar que se encuentran establecidas la materialidad de la infracción, así como el nexo causal con el sentenciado, tanto más que la sentencia es motivada y concluye condenándole. Fernando de la Rúa en su obra “Teoría General del Proceso”, dice: “La motivación consiste en un trabajo intelectual, crítico, valorativo y lógico que lleva a un conjunto de razonamientos sobre los que el Juez basa su fallo”, es decir que el juzgador no tuvo duda sobre el delito y la responsabilidad del procesado por lo que las alegaciones del recurrente de que han sido violadas en la sentencia varias normas legales no tienen sustento, de manera que el delito se encuentra probado con la experticia e informe médico legal ginecológico de 02 de marzo del 2009, realizada en la persona de la menor Jadira Rosalía Duran Gaviláñez (de 11 años 6 meses y 2 días) aproximadamente, además con el reconocimiento del lugar, testimonios detallados en los considerando cuarto de la sentencia dictada por el tribunal juzgador, de manera que, al no existir en la sentencia ninguna causal de violación establecidas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, no es admisible el recurso de casación interpuesto por el sentenciado recurrente. Cabe destacar que es el Estado quien esta

¹ Derecho Penal, Parte Especial, Editorial Dykynson, Décima tercera edición, Madrid, 2008, p. 217

obligado a la protección del libre y normal desarrollo sexual del menor ante todo ataque, o las salvaguardas de la integridad física y psíquica de los niños, niñas y adolescentes, y de todo acto que menoscabe o perjudique su normal desarrollo sexual. De allí que el menor tiene el derecho de estar exento y libre de cualquier daño que altere su desarrollo, el que se presenta con carácter de indisponibilidad o irrenunciabilidad, precisamente porque su consentimiento no es válido. Por lo expuesto, esta Primera Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia. **“ADMINISTRANDO JUSTICIA NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”**, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el recurrente Eduardo Luis Gavilánez Valle y dispone devolver el proceso al Tribunal Penal de origen para los fines de Ley. Notifíquese y Cúmplase.

RAZÓN: Certifico que las cuatro (4) copias certificadas que anteceden, son fiel copia de su original.- Quito, septiembre 7 el 2011.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator, Primera Sala Penal - Corte Nacional de Justicia.

No. 603-2010

JUEZ PONENTE Dr. Luis Moyano Alarcón,(Art.141 del Código Orgánico de la Función Judicial).

SENTENCIADO: Octavio Bolívar Tipán Paucar.

DELITO: Estafa.

RECURSO: Casación.

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

Quito, Agosto 18 del 2011, las 09h30.

VISTOS: La recurrente María de Lourdes Cuichan Simbaña, interpone recurso de casación contra la sentencia absolutoria dictada a favor de Octavio Tipán Paucar por el Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha, el día 12 de julio del 2010, a las 10h30. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.**- Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1; Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador publicada en el R.O. No. 449 de 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; Resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre de 2008, publicada en el R.O.

No. 511 de 21 de enero del 2009 y el sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de Jueces Nacionales de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento del presente juicio penal. **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.**- Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad; por lo que este Tribunal de Alzada declara la validez de esta causa penal. **TERCERO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.**- La recurrente María Cuichan Simbaña, en su escrito de fundamentación que corre de fs. 4, 5, 6, y 7 del expedientillo de la Sala, manifiesta lo siguiente: “Las normas o disposiciones legales que estimo se han infringido en el fallo dictado por el TRIBUNAL SEPTIMO DE GARANTIAS PENALES DE PICHINCHA, es el siguiente: El Art. 563 del Código Penal. Fundo mi recurso en las causales 1ra, 3ra del Art. 3 de la Ley de Casación. 1ra.- Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales, obligatorios en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva. 3ra.- Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto. Que la Estafa de que fui objeto a la que me refiero y como acusadora particular consistió en un que a través de engaños el supuesto Presidente se hizo entregar la cantidad de CINCO MIL DOLARES AMERICANOS, que fue depositado en la cuenta de su supuesta Compañía de Transportes Pesados BOLIVAR, conforme consta en el microfilm que reposa en el proceso. Que hubo la Estafa con el dinero que deposite a nombre de una supuesta Compañía o empresa que jamás existió, hecho a mi favor por la Secretaría de la Supuesta Compañía de Transportes, y digo supuesta por que jamás existió, conforme consta en el recibo que consta en el proceso, conforme lo demostré con la prueba documental que incorporé en la Audiencia de Juzgamiento. Que lo que omitió el acusado fue realizar la correspondiente facturación por el puesto de trabajo de mi vehículo, lo cual no lo hizo por cuanto no existía dicha empresa de la cual fingía y se hacía pasar por Presidente de una empresa falsa. Lo que reclame penalmente fue la entrega de mi dinero y la sanción penal del acusado, por lo que existió la apropiación indebida de mis fondos, sin embargo de que esta fuera recibida libre y espontáneamente por el acusado en la cuenta de su supuesta compañía, como se puede aplicar con el depósito bancario la entrega del dinero, con lo que se justifico que estos fondos entraron a formar parte del patrimonio del acusado OCTAVIO BOLÍVAR TIPÁN PAUCAR. En consecuencia, se evidencia que la presente sentencia VIOLA la ley; POR CONTRAVENIR EXPRESAMENTE A SU TEXTO; POR HABERSE HECHO UNA FALSA APLICACIÓN DE ELLA; y, POR HABERLA INTERPRETADO ERRÓNEAMENTE, ya que la estricta aplicación del artículo 563 del Código de Procedimiento Penal, ya que el acusado cometió el delito de Estafa haciéndose pasar por la falsa calidad de Presidente de una empresa que no existía, conforme se demostró con la documentación que se agrego en la audiencia de Juzgamiento, y de esta manera se hizo entregar la cantidad de cinco mil dólares americanos, los cuales fueron depositados en la cuenta de su supuesta empresa, conforme la documentación que obra de autos. El acusado en su

declaración con juramento ante el Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha, manifestó que si recibió los cinco mil dólares americanos, de parte de la compareciente, y manifiesta ser el Presidente de la empresa fantasma Transportes Bolívar, la misma que no se encuentra legalizada en ninguna entidad pública y privada, en especial en la Comisión Nacional de Transportes Terrestre Tránsito y Seguridad Vial, la que es la acredita para otorgar permisos de operación de transportes pesados". **CUARTO: DICTAMEN FISCAL.-** Del fallo del Tribunal Séptimo de lo Penal de Pichincha interpone recurso de casación la denunciante y acusadora particular, señora María de Lourdes Cuichán Simbaña e impugna la sentencia argumentando que en ella se ha infringido el Art. 563 del Código Penal y fundamenta su recurso amparada en " las causales 1ra, 3ra del Art. 3 de la Ley de Casación". **ANÁLISIS:** Examinado el fallo, se observa que el Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha, al emitir la sentencia, lo hace a la luz de la sana crítica, sin recurrir a subjetividades, con fundamento al análisis exhaustivo de las actuaciones procesales en conjunto, en la prueba actuada e incorporada en la etapa del juicio, en aplicación de los principios del sistema acusatorio, oralidad, publicidad, inmediación, concentración y contradicción, pruebas con las que el órgano juzgador estima no se justificó la existencia de una posible materialidad de la infracción y menos aún el sustento de responsabilidad del procesado. Refiere el Tribunal en el Considerando CUARTO, que en la audiencia se han practicado las siguientes pruebas: 1) testimonio de María Cuichán Simbaña, quien en su calidad de acusadora particular, relata, en lo pertinente, que dos meses antes, acudió donde Bolívar Tipán, buscando asesoramiento para comprar un camión con el dinero que iba a enviar el hijo de la deponente desde España y que el señor Tipán le manifestó que le iba a dar trabajo; posteriormente el señor Tipán le ha ofrecido en venta una acción, la cual costaba diez mil dólares, que para entrar debía darle cinco mil dólares; los que le canceló con un cheque posfechado un día lunes, indicándole que tenga los papeles listos, entre ellos una copia de cédula y matrícula a color a fin de presentar en la Jefatura Provincial de ENSAMP, pero que hasta el día que salió no le dio ningún papel; dice además que ella fue primero a pedirle trabajo al señor Tipán quien había dicho que sí le iba a dar; después le ha manifestado que no era una acción sino un derecho de trabajo lo que él le había dado; 2) oficio No 2008-EMMOP-GM-UJT-OJ-1817, suscrito por el Gerente General, respecto de que toda recaudación se realiza por la ventanillas de recaudaciones de esa entidad, la misma que no tiene recaudadores a domicilio ni intermediarios para tal efecto; 3) oficio No 2008.790-AJ-JPTP, suscrito por el Dr. Roberto Miele, Asesor Jurídico de la Jefatura de Tránsito de Pichincha, que en lo pertinente indica, que esa institución no ha autorizado ningún tipo de cobro o recaudación o especie valorada para el ingreso de socios a una empresa o compañía; 4) certificación de 15 de mayo de 2007 suscrita por la señora Paulina Carvajal, en la que consta que revisada la base de datos de los años 2006 y 2007 no se registra ingreso alguno de la Empresa de Transporte Pesado Bolívar; 5) oficio No. 001772, suscrito por Cecilia Garate, Gerente General de EMSAT, cuyo texto es similar al anterior; 6) testimonio del procesado Octavio Bolívar Tipán Paucar, quien en lo principal dice, que la señora Cuichán se había acercado hasta su casa por tres ocasiones, que a la cuarta ocasión, a eso de las 06h00, le manifestó que su hijo le estaba enviando dinero de España

para comprar un camión HINO GH y que por favor le diera el trabajo; que como la señora fue muy insistente averiguó en Transportes Quito, Trans Ecuador, el valor del puesto, indicándole a la señora que el costo era de USD 5.000, USD 400 mensuales de arriendos de Guayaquil y Quito, correspondiente a teléfonos, guías de remisión y facturas del transportes; que la señora entró a trabajar sin abonar nada, luego la llamaron de la oficina diciéndole que la señora ya estaba ahí con el cheque, por lo que le dijo a la secretaria que le entregue un recibo como respaldo, que la señora trabajó tres meses durante los cuales obtuvo USD 13.763 más o menos y que con los descuentos, está seguro que la señora obtuvo USD 11.000, indicándole ésta posteriormente, que ya no deseaba trabajar, que le explicó además que la compañía estaba en trámite y que si quería ser socia le entregue los documentos, los cuales nunca le dio. **CONCLUSIONES:** Para que proceda el recurso de casación, es necesario que en la sentencia expedida se haya violado expresamente la ley conforme imperativamente el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, que norma este recurso extraordinario, recurso que desde una perspectiva doctrinaria se contrae a revisar por parte del juzgador de mayor jerarquía, únicamente las cuestiones de derecho; es decir, al ser extraordinario y de excepción, es un recurso no constitutivo de instancia, que solo procede cuando se ha violado la ley en la sentencia. Preciso aclarar que en el presente caso, la recurrente María de Lourdes Cuichán Simbaña, en su fundamentación del recurso no concreta ni puntualiza cual es el error de derecho contenido en la sentencia, tanto más que lo hace al amparo de las causales 1ra, 3ra del Art. 3 de la Ley de Casación, cuando en materia penal, nos regimos por la normativa contemplada en el Código adjetivo Penal, Capítulo IV. Solicita que se declare improcedente el recurso de casación interpuesto por la recurrente. **QUINTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.-** 1.- El recurso de casación es un recurso extraordinario y formal, cuya finalidad es el control de la legalidad de las sentencias; permite la manifestación de inconformidad de los sujetos procesales para conseguir la corrección de la sentencia y enmendar los errores de derecho o violaciones a la ley en que hubiere incurrido el tribunal. En definitiva es un control que se efectúa al interior del proceso y su objeto fundamental es que se cumplan con las normas del debido proceso que conlleven a una decisión judicial justa y apegada a la ley. Es un recurso extraordinario porque las causales por las que puede interponerse son excepcionales, que posibilitan la impugnación de una sentencia, cuando el casacionista considere que se ha violado la ley. 2.- En ese contexto, el Código Adjetivo Penal en el Art. 349 prevé que el recurso de Casación procede cuando se ha violado la ley de tres maneras: **a)** por contravenir expresamente a su texto. **b)** por haber hecho una falsa aplicación de la misma; **c)** por haber interpretado erróneamente. La primera implica contrariar su contenido, hacer lo que no dispone; se trata de una violación directa de la ley: La falsa aplicación puede darse aplicando una disposición legal a un caso determinado, cuando la constancia fáctica se adecua a otro presupuesto legal, lo que constituye un error en la selección de ésta, como cuando se hace una equívoca tipificación. Finalmente la errónea interpretación podría dar lugar a ir más allá del contenido de la norma, contrariar su espíritu, su alcance, lo que puede provenir inclusive de una equívoca aplicación de la sana crítica. 3.- **a)** En el caso que nos ocupa, el Tribunal Séptimo Garantías Penales de Pichincha al momento de

resolver llega a concluir que de las actuaciones probatorias practicadas en la audiencia de juicio, no existen los recaudos probatorios que el acusado haya adecuado su conducta al tipo penal del artículo 563 del Código Penal, que no se ha justificado conforme a derecho la materialidad de la infracción, la prueba ha sido apreciada en su conjunto conforme lo establece el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal y que no existe el delito de estafa de acuerdo a los hechos denunciados por la ofendida. **b)** La Sala observa que el Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha, al dictar la sentencia dio cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 304-A del Código de Procedimiento Penal, “La sentencia debe ser motivada y concluirá declarando la culpabilidad o confirmando la inocencia del procesado; en el primer caso cuando el Tribunal de Garantías Penales tenga la certeza de que esta comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo; **y en el segundo caso, si no se hubiere comprobado la existencia del delito o la responsabilidad del procesado, o cuando existiere duda sobre tales hechos**”, que los argumentos de pruebas de cargo y de descargo esgrimidos en la resolución están basados en hechos reales y han sido apreciados conforme a las reglas de la sana crítica, y que las pruebas aportadas por los sujetos procesales, son las establecidas en lo que dispone el Art. 79 del Código de Procedimiento Penal “Las pruebas debe ser producidas en el juicio, ante los Tribunales de Garantías Penales correspondiente, salvo el caso de las pruebas testimoniales urgentes, que serán practicadas por la juezas y jueces de garantías penales. Las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción fiscal alcanzaran el valor de prueba una vez que sean presentadas y valoradas en la etapa del juicio”, en consecuencia no se ha violado la ley, en ninguna de las formas establecidas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, razón por la cual no existe fundamento alguno para casar la sentencia recurrida, además que el recurso interpuesto se ha fundamentado indebidamente en la Ley de Casación. **SEXTO: RESOLUCION.-** Por las consideraciones antes expuestas, la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, acogiendo el dictamen fiscal “**ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**”, de conformidad con el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal declara improcedente el recurso de casación interpuesto por MARIA DE LOURDES CUICHAN SIMBAÑA, ordenando la devolución del proceso al Tribunal de origen para los fines de ley. - Notifíquese y publíquese.

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada, y Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia.

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

RAZÓN: En Quito, hoy día dieciocho de agosto del dos mil once, a partir de las diecisiete horas, notifiqué por boletas, con la nota en relación y la **SENTENCIA** que antecede a: **FISCAL GENERAL DEL ESTADO**, en el casillero judicial No 1207; a la **UNIDAD DE GESTIÓN DE LA DEFENSORÍA PÚBLICA PENAL**, en el casillero judicial No 5711; a **MARÍA DE LOURDES CUICHAN**

SIMBAÑA, en el casillero judicial No 4914; a **OCTAVIO BOLÍVAR TIPÁN PAUCAR**, en el casillero judicial No 1584; al **DR. REMIGIO LÓPEZ, DEFENSOR PÚBLICO**, en el casillero judicial No 1537.

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

RAZÓN: Certifico que las tres (3) copias certificadas que anteceden, son fiel copia de su original.- Quito, septiembre 7 del 2011.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator, Primera Sala Penal - Corte Nacional de Justicia.

No. 641-2010

PONENTE: Dr. Milton Peñarreta Álvarez, Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial.

SENTENCIADO: Pablo Roberto Garcés Vinueza y Jorge Fernando Cisneros Quinga.

DELITO: Tentativa de circulación de billetes falsos.

RECURSO: Casación.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA PRIMERA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL

Quito, 13 de junio del 2011.- A las 15h30.

Vistos. Pablo Roberto Garcés Vinueza y Jorge Fernando Cisneros Quinga, interponen recurso de casación de la sentencia condenatoria dictada el 02 de agosto de 2010 por el Tribunal Tercero de Garantías Penales de Pichincha que los declara autores responsables del delito tipificado en el Art. 327 y sancionado por el Art. 326 del Código Penal en el grado de tentativa en concordancia con los artículos 16 y 46 ibidem, reconociéndoles atenuantes, les impone la pena modificada de dos años de prisión correccional y multa de cincuenta dólares, sentencia con la cual manifiestan los recurrentes no estar de acuerdo. Concluido el trámite del recurso y siendo el estado de la causa para resolver, se considera: **PRIMERO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA:** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1; Disposición Transitoria Octava de la Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de Octubre del 2.008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de Diciembre del 2.008; y, la Resolución Sustitutiva dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de Diciembre del 2008 y publicada en el Registro Oficial 511 del 21 de enero del

2009; y, el Sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de jueces nacionales de esta Primera Sala de lo Penal avocamos conocimiento de la presente causa. **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.-** Examinado el expediente, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pueda afectar la decisión de esta causa, por lo que se declara expresamente su validez. **TERCERO.- FUNDAMENTACION DE LOS RECURSOS.- a).** Pablo Roberto Garcés Vinuela al fundamentar su recurso de casación relata los hechos motivo de la sentencia, luego manifiesta que en el texto de la sentencia se hizo una falsa aplicación de la ley, ya que las pruebas fueron valoradas solo en la parte que perjudica al acusado y no de manera global como lo establecen los Arts. 144 y 146 del Código de Procedimiento Penal, realiza un análisis de la prueba practicada en la audiencia de juicio, los testimonios de los miembros policiales que los detuvieron cuando en su vehículo encontraron una maleta con billetes falsos de los cuales no pudo justificar su propiedad o procedencia, sin embargo de que el compareciente manifiesta que los policías aprehensores no le encontraron en su poder dichos billetes, sino en la parte de atrás de la camioneta, no le encontraron haciendo circular ni comercializando dichos billetes, debido a lo cual debieron confirmar su inocencia y no condenarlo, razones por las que amparado en lo dispuesto por los artículos 76 numerales 2 y 5, 424 y 426 de la Constitución de la República y Art. 304-A y 311 del Código de Procedimiento Penal, pide se revoque la sentencia condenatoria, se case la misma y se dicte sentencia absolutoria. **b).** Por su lado el recurrente Jorge Fernando Cisneros Quinga al fundamentar su recurso manifiesta que lo hace conforme lo establece el Art. 352 del Código de Procedimiento Penal, alegando que la sentencia recurrida contraviene expresamente el texto de la ley al hacer una falsa aplicación de la misma e interpretación errónea, viola el principio de presunción de inocencia, el in dubio pro reo, las normas generales de la sana crítica, el debido proceso y fundamentalmente la seguridad jurídica; manifiesta que se ha dictado sentencia sin considerar que en el Ecuador el Banco Central no es instituto Emisor, por lo tanto no existe tipificación para sancionar este supuesto delito, independientemente de su ninguna responsabilidad, por cuanto su actuación ha sido sin voluntad ni conciencia; relata que el momento de su detención, cuando él se dirigía al interior del Quicentro con la prima de su amigo y cliente para de favor llevarle a ella con sus productos, trabajo por el cual le reconocerían algún dinero; ya en el interior del Centro Comercial se le acerca el coimputado Pablo Roberto Garcés Vinuela a quien lo había conocido en su taller de mecánica; la maleta base de esta acción, se encontraba en el piso a la altura de la llanta izquierda de su vehículo, desconociendo su contenido, momentos en que fueron detenidos por miembros policiales. **CUARTO.- DICTAMEN FISCAL.-** El Dr. Alfredo Alvear Enríquez Subrogante del Fiscal General del Estado en lo principal de su informe destaca: “El tribunal previo a dictar sentencia realiza un análisis doctrinario del delito, responsabilidad, culpabilidad y del nexo causal existente entre la infracción y su responsable, siempre garantizando el debido proceso, el derecho a la defensa y la seguridad jurídica, recalando que la finalidad de la prueba es establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado, para luego de valorada la prueba a la luz de la sana crítica, considerar que el juzgador tiene la certeza de que los acusados son los responsables del delito tipificado

en el Art. 327 del Código Penal y sancionado por el Art. 326 ibidem en grado de tentativa; por las consideraciones expuestas de conformidad con lo establecido por los Arts. 304-A y 312 del Código de Procedimiento Penal, declara la culpabilidad de los procesados Pablo Roberto Garcés Vinuela y Jorge Fernando Cisneros Quinga en calidad de autores responsables del delito tipificado y sancionado por los Arts. 327 y 326 del Código Penal en el grado de tentativa en concordancia con los Arts. 16 y 46 ibidem, reconociéndoles atenuantes en concordancia con lo previsto en el Art. 72 del Código Penal les impone la pena modificada de dos años de prisión correccional y multa de cincuenta dólares. Las alegaciones de los recurrentes, en el sentido de que se han violado normas constitucionales, se limitan únicamente a una enunciación, sin que hubieran probado de manera alguna las supuestas violaciones y la manera cómo se las ha vulnerado; al no haber demostración sustentada sobre estas violaciones, se llega a la conclusión de que no existe inobservancia de las normas constitucionales consignadas en los escritos de fundamentación, así como tampoco se evidencia que se les haya limitado su derecho a la defensa o transgredido los principios del debido proceso, por el contrario, las pruebas presentadas por los sentenciados fueron únicamente sobre la conducta de los recurrentes más no del hecho acusado, pruebas por las que se hicieron merecedores a las rebajas de ley y a la modificación de la pena; en todo momento los recurrentes estuvieron garantizados por la Constitución y más leyes de la República, debido a lo cual se ha realizado un juicio equitativo e imparcial, en el que se ha impuesto el derecho a la defensa, la legalidad, la publicidad, la oportunidad y contradicción de la prueba, la igualdad de los sujetos procesales ante la ley y ante el juez cumpliendo a cabalidad lo dispuesto por el Art. 11.2 de la Constitución de la República, la inmediación, celeridad y derecho a un fallo justo, han sido presupuestos constitucionales que se ha cumplido en este caso, porque los recurrentes los han ejercido a lo largo de las etapas preprocesal y procesal penal, por tanto las afirmaciones realizadas quedan como mero enunciado. Por lo expuesto, estima el señor Fiscal Subrogante que la Sala no debe aceptar los recursos de casación interpuestos por los recurrentes Pablo Roberto Garcés Vinuela y Jorge Fernando Cisneros Quinga por improcedentes, por no enmarcarse en lo dispuesto en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal vigente, tanto más que no han comprobado que el fallo se enmarque en ninguna de las causales del referido artículo, contravención de su texto, indebida aplicación o errónea interpretación, que deban ser subsanadas a través de este medio impugnatorio. **QUINTO.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.- 1).** La casación penal es un medio extraordinario de impugnación, de efecto suspensivo, contra sentencias en las que se hubiere violado la ley, ya por contravenir expresamente su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella; ya, en fin por haberla interpretado erróneamente. En esencia, lo único que es motivo de análisis y pronunciamiento para la casación es la sentencia, y en ella los errores de derecho que de haberlos, no sólo deben ser puntualizados de manera objetiva, sino que deben corregirse de aceptarse el recurso. Evidentemente la fundamentación del casacionista es entregar los elementos concretos en el sentido anotado; y excepcionalmente, la Corte puede *motu proprio* adoptar la iniciativa correctora dentro de la naturaleza pública del orden jurídico por así disponerlo la última parte del Art. 358 del Código de

Procedimiento Penal. Conforme lo anota el Ministerio Público, los motivos de casación que se invocan son esencialmente vinculados con inobservancia de normas procesales, con respecto a medios de prueba indebidamente aplicados en el juzgamiento, en circunstancias en que las consideraciones que al respecto se realizan; no se enuncian en absoluto asuntos relacionados a violación de derecho; hay que advertir que el Art. 304 del Código de Procedimiento Penal, exige del Juzgador “la certeza” sobre la comprobación del delito y la responsabilidad del sujeto; de manera que si bien para la evaluación de la prueba corresponde a la sana crítica, la sentencia es dictada en base a la convicción del juzgador, como lo dispone el Art. 304 del Código de Procedimiento Penal; por el motivo anotado, el fallo en materia penal es diverso al de la resolución de la instancia, porque en ésta opera el análisis de autos, en la casación empero, el estudio de la Corte se ubica en las causales aducidas por el casacionista, previstas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal; por lo tanto el fallo de casación no puede reconocer causales en forma deliberada. 4).- En el caso en estudio y después de un análisis prolijo de la sentencia podemos acotar que: La inexistencia de normas que sancionen la tenencia de billetes falsos obedece a que, con frecuencia creciente, todos nos hallamos expuestos a recibirlos con buena fe al **menos inicialmente**. La ley penal se hace cargo de esa situación y no sanciona al que retiene billetes falsos una vez que advierte esa circunstancia, penando, en tales supuestos, la puesta en circulación como falsificadores (Art. 327 C.P.). En ese orden de ideas, la tenencia de billetes falsos con conciencia de que lo son, no resulta, en sí, punible por ningún título, antes bien, los Arts. 326, 327, 328 Código Penal, demuestran el cuidado del legislador en evitar tal consecuencia. Asimismo, el Art. 328 Código Penal, sanciona expedición de billetes pero no la tenencia de los efectos falsificados. Ahora bien, en cuanto a la aplicación indebida de la ley que es en último lo que está reclamando el casacionista, la Sala advierte que el artículo 326 y 327 del Código Penal, contempla la conducta punible la falsificación, precepto que sólo contiene como verbos rectores los siguientes: “los que imiten o falsifiquen”, “habiéndose procurado”, y “haga circular moneda falsa”. Así, resulta fácil concluir que la conducta punible atribuida a los acusados y respecto del verbo rector “portar” no fue elevada por el legislador como delictual. En efecto, realizada una interpretación sistemática del Capítulo referente a “LA FALSIFICACIÓN DE MONEDAS”, Capítulo Primero, del Título IV de los “DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA”, se avizora que allí el legislador elevó como conducta punible tres (3) comportamientos, entre los cuales están, “falsificación instrumental de cheques, billetes de banco o títulos del fisco”, “poner en circulación de billetes de banco que aún no están autorizados legalmente”, “expedir billetes, fichas o títulos como moneda convencional”. En esas condiciones, si se revisa los tipos penales de “circulación de billetes falsificados” y “expedición, imitación y falsificación de billetes”, en lo referente a los verbos rectores, se advertirá, sin temor a equívocos, que respecto del primero el legislador, por razones de política criminal, excluyó el verbo “portar” como acción comportamental constitutiva de infracción a la ley. En el Art. 328 habla de “los que expidieren billetes, letras de cambio, o fichas en calidad de moneda convencional, o que, de la misma manera, emplearen cualquier otro objeto destinándolo a la circulación”, Por su

parte, como se anotó, el artículo 327 del Código Penal, que describe de manera abstracta el tipo penal de tráfico de billetes falsificados por el cual fueron condenados Pablo Roberto Garcés Vinuesa y Jorge Fernando Cisneros Quinga, estatuye: **“Poner en circulación billetes de banco que aún no están autorizados legalmente. Los que habiéndose procurado, por cualquier medio, billetes de banco, los pusieren en circulación, sin que está se hallare autorizada legalmente, serán reprimidos como falsificadores”**. Por manera que en este evento resulta diáfano predicar que el verbo rector “tener en su poder” no fue elevado como comportamiento punible por el legislador al reglar el delito de tráfico de billetes falsificados como si sucedió con la circulación, expedición, imitación y falsificación. Así, se estima que la conducta punible atribuida a los recurrentes resulta atípica, en tanto que si se pensara en lo contrario se estaría afectando el principio de legalidad de los delitos, la labor del juzgador es interpretar las normas dentro de dicho principio. Dicho de otra forma, los juzgadores con el ánimo de predicar la tipicidad del comportamiento anotaron que lo **“MÁS SEGURO”** era que los acusados habían recibido el dinero con el ánimo de introducirlo al tráfico comercial, argumento que no guarda correspondencia con los hechos declarados como probados, habida cuenta que de la actividad probatoria desplegada en el juicio no se advierte tal afirmación. Además, se recuerda que los medios de prueba informan que la conducta punible era la de portar billetes tildados de falsos. El delito imputado presupone la tenencia de moneda falsificada, “dado que la posesión en un momento indeterminado es ineludible de quien la recibe o la adquiere”, en la medida en que dicha postura doctrinaria vulnera el principio de tipicidad, según el cual, para predicar su correspondiente estructuración, es necesario, de una parte, que el comportamiento se adecue a las exigencias materiales definidas en el respectivo precepto de la parte especial del estatuto penal (tipo objetivo), tales como el sujeto activo, la acción, el resultado, la causalidad, los medios y modalidades de la acción y, de otra, que cumpla con la especie de conducta (dolo, culpa o preterintención) establecida por el legislador en cada norma especial (tipo subjetivo). Así, en lo que respecta a los elementos estructurantes de la conducta punible, el citado principio aunado al de legalidad impone que la descripción del comportamiento delictual no sólo tiene que estar plenamente definido como delito, sino que, como lo ha dicho la Corte, también “de manera expresa, clara e inequívocamente, le impone al juez la labor de verificar si una conducta concreta se adecua a la descripción comportamental que en forma abstracta define la ley. ‘Sólo de esa manera el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, pues sólo así protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal. En efecto, únicamente si las descripciones legales son taxativas, pueden las personas conocer con exactitud cuáles son los comportamientos prohibidos, y la labor de los jueces, en el proceso de adecuación típica, se limita a determinar si, conforme a los hechos probados en el proceso, el acusado cometió o no el hecho punible que se le imputa...’”. En consecuencia, de acuerdo con los hechos declarados como probados en el fallo, se advierte que la conducta de circulación de billetes falsos no era la llamada a gobernar el asunto, en la medida en que cuando se cumplió la incautación de los billetes a Roberto Garcés Vinuesa y

Jorge Fernando Cisneros Quinga, lo llevaban consigo, descripción comportamental que no integra dicho tipo penal, motivo por el cual, su conducta es atípica. La *“técnica legislativa de los denominados tipos alternativos surge de la fenomenología de ciertas conductas, porque si bien en la mayoría de los hechos delictivos el resultado reprochado se produce de cualquier manera sin importar la modalidad comportamental que se haya utilizado para obtenerlo, hay otros en los que la afectación del bien jurídico tutelado se logra en virtud de la realización de diversos comportamientos que son excluyentes entre sí, de tal manera que si no se busca una solución gramatical que lo comprenda a todos –mediante la diversidad de verbos rectores –la ausencia de cualquiera de ellos constituye lo que los autores han denominado un espacio de libertad, pues al no estar concretamente incluido el verbo rector que incluya esa determinada modalidad del obrar es claro que se estará en presencia de una conducta atípica.* “La creación de conductas alternativas en un mismo tipo penal es entonces una técnica legislativa que se requiere para la debida y completa protección de un bien jurídico tutelado, que puede ser vulnerado sucesiva o simultáneamente por plurales comportamientos que no están comprendidos en un mismo verbo rector, como si ocurre con la mayoría de hechos delictivos...” .5). Por otra parte es ineludible que existió un delito el cual según la jurisprudencia **sanciona la tenencia** de billetes falsos por considerarla encubrimiento de la falsificación, pese a la manifiesta **voluntad de la ley** específica de no punir tal tenencia. La jurisprudencia referida, que equipara la tenencia de **billetes falsos** con el **encubrimiento de la falsificación**, parte de que el tenedor, conciente de la falsedad, no puede sino saber la existencia del delito anterior (lo cual, grosso modo, es una característica del encubrimiento). La doctrina penal al referirse al elemento humano como agente activo del hecho ilícito, encasilla en el término CODELINCIENTES a varios tipos de la manifestación de la voluntad y conducta humana en el cometimiento de un ilícito, y entre ellos identifica al autor, cómplice y encubridor del delito, tipos penales que se encuentran tipificados en los artículos 42, 43 y 44 del Código Penal ecuatoriano. Joaquín Escriche, en su obra Diccionario de Legislación y Jurisprudencia, Tomo II, página 446 define al encubridor y dice: “Llámase así el que voluntariamente y a sabiendas oculta o encubre la persona de algún delincuente o los instrumentos o efectos del delito ya cometido...”. El encubridor a diferencia del cómplice, no tiene participación directa ni indirecta en la ejecución de la infracción, por el contrario su participación es necesaria e indispensable a posteriori del delito, y se limita ya sea a esconder a los delincuentes, a ocultar los instrumentos utilizados en el cometimiento de la infracción o a borrar las huellas dejadas por la infracción, conforme así lo establece nuestro código sustantivo penal, acorde con una amplísima doctrina y reiterados fallos. En definitiva podemos concluir manifestando que los encubridores son aquellas personas que a pesar de conocer la conducta delictiva de las personas, pero sin haber tenido participación en la infracción, ni como autores ni como cómplices, intervienen con posterioridad a su ejecución, con el objeto de procurar la impunidad del delincuente. Desde esta perspectiva se observa que los sentenciados Pablo Roberto Garcés Vinueza y Jorge Fernando Cisneros Quinga, no son autores ni cómplices del delito atribuido, ya que no se pudo determinar que ellos fueron los imitadores o falsificadores de los billetes encontrados en su poder, así como tampoco

se pudo comprobar que tales billetes eran destinados a su circulación como lo exige la norma penal, de allí que se debe destacar que el autor directo o individual es quien ejecuta por sí mismo la acción típica, aquel cuya conducta es subsumible, sin más, en el tipo de la parte especial; **“el que realiza el hecho por sí solo”**, o, quien ejercita una soberanía de configuración por actuación corporal. Se trata, en fin, de supuestos en que la persona realiza la ejecución de propia mano, en este caso el falsificador de los billetes de banco es quien comete la infracción típica, ya que ejecuta el hecho de propia mano, y al cual se le debía imputar el delito cometido, los agentes investigadores no realizaron las labores pertinentes para llegar al autor material de la infracción así como tampoco constan como evidencia física que determine que los sentenciados hayan realizado la falsificación esto es prensas, papel moneda, tintas, sellos, etc. Este delito queda como una mala investigación por parte de quienes tienen la obligación jurídica de realizarlo, ya que no se llegó a determinar a los autores del ilícito, como lo determina la ley para su posterior sanción y pena, sino únicamente a los cooperadores secundarios a los cuales no se los puede atribuir la calidad de autores, ya que su grado de participación fue posterior y secundario al cometimiento del acto antijurídico. La labor de los sentenciados fue prestar una colaboración que no fue indispensable para la comisión del delito imputable, encajando así, en el delito de encubridores del acto punible. 6).- Como corolario de lo anterior, es bien claro que dentro de las conductas alternativas por medio de las cuales se puede infringir el tipo penal de circulación de billetes falsificados no se encuentra la que describe la acción de portar, modalidad conductual imputada a Pablo Roberto Garcés Vinueza y Jorge Fernando Cisneros Quinga, razón por la cual, el comportamiento deviene atípico. Pero no se puede descartar el encubrimiento de la falsificación que se encuentra tipificado en nuestro Código Penal en el Art. 44 y 48 en concordancia con el Art. 327 y 326 del mismo cuerpo de leyes, se respeta las atenuantes otorgadas por el Tribunal Tercero de Garantías Penales, y se corrige el error de derecho en que se incurrió. Por las consideraciones expuestas esta Primera Sala de lo Penal.- **“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”**, y de conformidad con lo que dispone el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, se casa parcialmente los recursos interpuestos por Roberto Garcés Vinueza y Jorge Fernando Cisneros Quinga, adecuando la conducta a lo estipulado en los Arts. 327 y 326 en grado de encubridores en concordancia con los Arts. 44 y 48 del Código Penal. Imponiéndoles la pena modificada a los recurrentes de **SEIS MESES DE PRISIÓN CORRECCIONAL**, debiendo descontarse todo el tiempo que hubieren permanecido privados de sus libertades por esta causa.- se ordena la devolución del proceso al órgano jurisdiccional de origen para los fines pertinentes. Notifíquese y publíquese.

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Presidente, Hernán Ulloa Parada, y, Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.

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

RAZÓN: En Quito, hoy día lunes trece de junio del dos mil once , a las dieciocho horas, notifiqué por boletas con la nota en relación y la **SENTENCIA** que antecede a: **FISCAL GENERAL DEL ESTADO**, en el casillero judicial No 1207; al **CONTRALOR GENERAL DEL ESTADO**, en el casillero judicial No 940; al **DR. NÉSTOR ARBOLEDA**, Delegado del señor Procurador General del Estado, en el casillero judicial No 1200; a **JORGE FERNANDO CISNEROS QUINGA**, en el casillero judicial No 2270; a **PABLO ROBERTO GARCÉS VINUEZA**, en el casillero judicial No 28.

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

RAZÓN: Certifico que las cinco copias certificadas que anteceden son fiel copia de su original.- Quito, septiembre 7 del 2011.

Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator, Primera Sala Penal - Corte Nacional de Justicia.

No. 662-2010

SENTENCIADO: Luis Oswaldo Casa Toaquiz, Marco Antonio Casa Toaquiz y Luis Fernando Toaquiz Toaquiz.

DELITO: Violación.

RECURSO: Revisión.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO PENAL

Quito, julio 26 del 2011.- Las 11h00.

VISTOS: Los sentenciados Luis Oswaldo Casa Toaquiz, Marco Antonio Casa Toaquiz y Luis Fernando Toaquiz Toaquiz, interponen recurso de revisión de la sentencia pronunciada por el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, el 23 de octubre del 2007, a las 08h11, que les declara autores del delito tipificado en el artículo 512, numeral 3 del Código Penal y sancionado en el artículo 513 ibídem, y les impone a cada uno de ellos la pena de doce años de reclusión mayor extraordinaria.- El recurso de revisión, se ha sustanciado de conformidad con la normativa procesal vigente; esto es, en audiencia oral, pública y contradictoria, al tenor del artículo 366 del Código de Procedimiento Penal, y encontrándose la causa de dictar la resolución debidamente motivada, para hacerlo, se considera: **PRIMERO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA:** En virtud del Art. 184 de la Constitución de la República del Ecuador vigente a partir del 20 de octubre del 2008, publicada en el R.O. No. 449, por lo dispuesto en los literales a) y b) del numeral 4 de la sentencia interpretativa: 001-08 SI-CC de fecha 28 de noviembre de 2008 dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; por Resolución substitutiva del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre del 2008, publicada en el

Registro Oficial No. 511 del 21 de enero de 2009; y el sorteo de ley respectivo, avocamos conocimiento de la presente causa. **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.-** Examinado el expediente, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pueda afectar la decisión de esta causa. Por lo que se declara expresamente su validez. **TERCERO.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO:** Que han interpuesto el recurso de revisión que lo fundamentan en una errónea aplicación o falsedad de una pericia, pues consta habérselos realizados dos pericias de ADN, una por la Cruz Roja y otra por el Hospital Metropolitano, habiéndose en las dos pericias confirmado su estado de inocencia; es decir que el material genético de sus defendidos no fue encontrado en las muestras obtenidas en la señora que fue objeto de la agresión sexual; sin embargo a este primer examen de ADN efectuada por la Cruz Roja, sin orden de fisco ni juez competente, atribuyéndose competencias que los peritos no tenía, 15 días después de estas primeras conclusiones donde dicen que los señores son inocentes, mandan un alcance al informe, este alcance es un peritaje de adolece de falsedad, lo cual será demostrado a través del testimonio de una experta en la materia.- Que también fundamentan el recurso de revisión en prueba nueva que no ha sido escucha ni presentada en la etapa del juicio, con la cual se establece que los tres sentenciados el día 10 de febrero del 2007, a las 20h30, lugar, hora y día en que se cometió la infracción, en un Sector aledaño a Mulaló, ellos el mismo día y hora se encontraban en lugar totalmente distante al cometimiento de la infracción, lo cual va ser probado en este juicio; porque ese día sábado a las 20h30 los tres jóvenes se encontraban en un coliseo en la Parroquia San Felipe en Latacunga, ellos se encontraban en un espectáculo musical; pues uno de ellos con su teléfono celular, Marco Antonio, filmó el lugar donde se encontraban, y esos videos estaban en el celular de Marco Antonio, siendo detenido con ese celular, celular que fue sometido a la cadena de custodia, y de ese celular se realizó una experticia obteniéndose que los videos, efectivamente correspondían a los videos que estaban en el coliseo de San Felipe; es decir el CD siempre constó en el expediente; que la prueba de sus clientes siempre estuvo ahí, sin embargo por la mala defensa de los abogados particular, jamás fue elevado a nivel de prueba, quedándose como evidencia, porque nunca fueron presentados en la audiencia de juicio por lo tanto ni valorizados, por lo que van a presentar como prueba nueva el testimonio de un perito que indique que contiene el CD, en qué fecha y a qué hora fue grabado; de igual forma se va a presentar testigos que van a declarar y aseverar que en verdad los sentenciados se encontraban el día sábado 10 de febrero a las 20h30 en el coliseo en un espectáculo musical.- Posteriormente se refiere, que uno de los recurrentes se auto incriminó, pues los tres sentenciados han sido víctimas de un mal momento de una mala ubicación; la víctima señala en la audiencia fue agredida el día 10 de febrero por cinco personas encapuchadas sin que haya podido reconocer a sus agresores.- Posteriormente a esta agresión del 10 de febrero a las 20h30, en el mismo Sector de Mulaló, sector rural de la provincia de Cotopáxi, se sustraen una motocicleta, posteriormente, aproximadamente a las 12h00, los mismos sujetos encapuchados sustraen otra motocicleta del mismo sector, al día siguiente la primera víctima y la segunda acuden a la fiscalía a realizar el trámite administrativo para poner la denuncia. La agredida fue revictimizada, pues después de la agresión que sufrió, en la fiscalía tuvo que

nuevamente contar por lo que tuvo que pasar, a la policía, al médico legista, al fiscal, finalmente la víctima narró, que no solo sus agresores estaban encapuchados, narró que después de la agresión tuvo que tener relaciones sexuales con su esposo, lo que le llevó a un estrés pos traumático.- Que al día siguiente, acude al salón El Leñador, que se halla en cerca de la Plaza El Salto en Latacunga, la mujer ingresa con su familia a almorzar, ve que en una mesa continua se encontraban los tres jóvenes sentenciados y otro joven menor de edad, quienes ajenos a lo que le pasaba a la mujer, sonreían, se tomaban fotos, la mujer pronuncia a su marido “mira como se burlan de mí, ellos son los que me violaron”, que es lo único que ata a sus defendidos con el expediente y una identificación errónea por parte de la víctima que atravesaba un estrés pos traumático.- Que los jóvenes salen del restaurante y caminan aproximadamente unas ocho cuadras, hasta la Plaza El Salto a ver el vehículo de Luis Fernando Toaquiza Toaquiza; si ellos hubiesen sido los violadores hubieran huido. Que la otra víctima que sufrió el robo de la motocicleta a las 12 de la noche, también estuvo ahí y él con un policía que le estaba acompañando para recuperar la motocicleta detienen a sus defendidos, creyendo que obviamente luego del acto ilícito de las ocho de la noche los mismos eran los que robaron su motocicleta, sin que sus defendido nada tengan que ver con este hecho.- Una vez que la policía los detienen, sin persecución, son sometidos a malos tratos físicos, y uno de ellos Marco Antonio, su cuerpo llegó a conocer el límite de lo que es la tolerancia física y se vio avocado a aceptar un ilícito que jamás lo cometió.- Por lo que fundamentan el recurso de revisión por errónea aplicación de un peritaje y de prueba nueva.- **CUARTO.- PRESENTACIÓN DE PRUEBA:** Durante la audiencia oral, privada y contradictoria, los recurrentes, a fin de justificar la causal 3era como lo establece el Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, se refieren a las conclusiones de los dos exámenes de ADN que constan en el proceso, el uno realizado por la Cruz Roja y el otro realizado por la doctora Dora Sánchez perito y genetista del Hospital Metropolitano, donde concluye que los sentenciados son inocentes, pruebas científicas realizada por expertos, informe que data de 17 de abril del 2007.- Que sin embargo, posteriormente los peritos de la Cruz Roja presenta una ampliación del informe en forma general sin autorización del fiscal ni del juez, que no explica nada, que en las conclusiones 14 y 15, no determina nada en conclusión, por lo que el señor fiscal al tener duda sobre el examen practicado por la Cruz Roja, por ser muy general, pidió que se practique otro examen al Hospital Metropolitano, por lo que solicita la comparecencia de la doctora Dora Lucrecia Sánchez Quizhpe, pionera en genética a fin de que explique sobre los exámenes de ADN de la Cruz Roja, por ser técnica y experta en la materia; quien luego de prestar el juramento de ley y señalar las generales de ley, dice: **P.** Doctora que opina sobre el peritaje, primero realizado por la Cruz Roja y la ampliación a este peritaje.- Fiscal objeta la pregunta.- **P.** Doctora puede explicar con sus conocimientos que tiene en genética el cuadro que se le va a exhibir.- **R.** Quiero realizar una aclaración a la señora Fiscal. Que las personas que realizaron el peritaje fueron mis asistentes, el laboratorio era una institución estratégica entre la Cruz Roja y mi persona, es decir existía personal de Cruz Roja y personal mío, las dos personas que realizaron el examen eran de la Cruz Roja, ellos jamás durante el tiempo que trabajé en la Cruz Roja hicieron un peritaje de tipo criminalístico, los que realizaron estos exámenes

fueron el personal entrenado y contratado por mí, en ese sentido aclara que durante el tiempo que trabajó en la Cruz Roja esas personas nunca hicieron un peritaje de tipo criminalístico.- Según mi experiencia profesional, cuando hay análisis de evidencia de un interior, es una muestra muy contaminada, son las muestras más delicadas para ser este tipo de exámenes, hay que purificarlas de manera muy especial, eliminar los contaminantes no biológicos, y en segundo lugar hacer una separación muy clara de lo que es fracción femenina y de lo que es la fracción masculina, para evitar que la información genética de la mujer contamine la información genética de los acusados; de lo que pude observar del análisis, no hubo buena separación de la fracción masculina de la femenina, porque toda la información genética de la víctima está incluida en la información genética del interior, por lo que puedo deducir que no hubo una muy buena separación de esas dos fracciones, lo cual es muy peligroso porque contamina la fracción masculina y de lo que puedo observar la información genética de la señorita Ligia Paulina Caisaguano, tiene muchísima información compatible con los acusados, procede a analizar el cuadro de conclusiones puesto a la vista, concluyendo que mayoría de la información genética de la víctima está presente en la información genética de los acusados.- **P.** Doctora, nos puede explicar porque la Cruz Roja llegó a esta conclusión, ya que era muy complejo de realizar este examen por cuanto las personas tienen un grado de parentesco. **R.** Ya lo tiene contestado.- **P.** Doctora en la conclusión 14 de la Cruz Roja, establece que los resultados obtenidos de la evidencia del interior blanco los marcadores del cromosoma Y no se pueden incluir a ninguno de los individuos de las evidencias 4, 6, 7 y 8. **R.** Porque aquí tenemos solamente la información del cromosoma Y de los acusados, pero no hay una información genética del cromosoma Y del interior, por lo tanto no se puede concluir en nada, lo único que puedo concluir es que, dos de las personas podían tener un ancestro común, porque tienen un cromosoma Y parecido, pero entre todos ellos no están primero emparentados, no hay la evidencia del interior, cómo se puede llegar a esa conclusión si no hay el análisis del cromosoma Y del interior.- **P.** Qué grado de credibilidad establece usted del informe. **R.** En cuanto al cromosoma Y no pudieron haber concluido nada, porque no hicieron el análisis del cromosoma Y del interior, entonces si no tuvieron un resultado del cromosoma Y del interior, como pueden decir que no se excluye, sino hay ese resultado, en la tabla dice muestra de sangre de las cuatro personas acusadas.- **P. Dr. Peñarreta.** Para concluir es confiable o no el informe. **R.** Desde su punto de vista no.- **P. Dr. Ulloa.** Qué procedimiento se realiza para la separación de los cromosomas, científicamente es posible hacer esa separación cuando hay una mezcla como se dice en el informe, tan aguda de tantos individuos. **R.** Si, hay que separar los cromosomas X que son exclusivamente de la mujer, es un proceso difícil de explicarlo, un procedimiento delicado, cuidadoso. **P. Dr. Ulloa.** Si estando presente los acusados y existiendo la víctima, se puede volver a realizar el examen.- **R. Dr. Ulloa.** Si la evidencia existe se podría hacer el análisis.- **P. Fiscal.** A qué tiempo de suscitados los hechos presentó su informe. **R.** Mayo del 2007. Si la evidencia fue bien tratada y no contaminada, se puede realizar, caso contrario, no por muchas razones.- **P. Dr. Ulloa.** Los informes de la Cruz Roja son de mucha trascendencia no solo para este caso, sino para otros, si

estamos frente a esta situación de incertidumbre de un organismo tan utilizado por los jueces como es la Cruz Roja, y hoy decimos que ese informe no sirve, no es confiable, entonces a los jueces si nos preocupa, porque muchas veces en base de esos informes se ha tomado nuestras decisiones, frente al futuro que hacer.- **R.** Que la que comenzó con el laboratorio en la Cruz Roja fue ella, que trabajó durante 8 años, todos los peritajes los hacía exclusivamente ella, había una alianza estratégica entre la Cruz Roja y ella, porque la Cruz Roja no quiso invertir en el laboratorio por ser una inversión muy alta, por lo que ella lo hizo, si se remonta el tiempo para atrás, se podrá ver que los peritajes fueron únicamente realizados por ella.- Durante el tiempo que estuvo dirigiendo ese laboratorio, las dos personas que firman ese reporte, nunca hicieron un peritaje criminalístico. **P. Fiscalía.-** Desde que año estuvo en la institución. **R.** A finales del 96 hasta el 2005 más o menos. **P. Fiscal.** A partir de su salida, quién se hizo cargo. **R.** Las dos personas. Estas dos personas hacían solamente las pruebas de paternidades. El laboratorio de genética se dividía en dos áreas, el área de paternidad y el área de criminalística. El área de paternidades son exámenes muy fáciles, son huellas indubitadas, es decir no son contaminadas, no hay que hacerles nada fuera de lo común. Las personas que trabajaban con ella y a las que hace referencia, trabajaban única y exclusivamente en pruebas de paternidad en muestras indubitadas. El equipo que realizaba la actividad forense eran otras personas.- No está diciendo si son malos o buenos, sino que durante su presencia, ellos hacían pruebas de paternidad más no de criminalística.- **P. Fiscalía:** Que comparte la opinión que ustedes señores jueces han evidenciado, se está desacreditando no a dos peritos sino a toda una institución.- Doctora, desde su particular punto de vista, desde su conocimiento, estas pruebas, ni las de la Cruz Roja, ni las elaboradas por usted, ni las elaboradas en ningún laboratorio del mundo, pueden realmente en este caso, establecer si un hecho como éste, en que una persona violada por cuatro personas, más el marido de la señora que también le obligo a tener relaciones sexuales, es decir cinco personas, hay la forma científica, técnica de establecer, porque de acuerdo a lo que usted dice, que la muestra está muy contaminada, y que no hay certeza sobre la conclusión de este tipo de exámenes. Doctora de una forma muy rápida, nos explique, se podría determinar si o no el perfil genético de las seis personas en el cuerpo de la víctima.- **R.** Si en un laboratorio se cuenta con peritos no tecnólogos, sino con peritos genetistas formados, porque una cosa es un tecnólogo que ha estudiado tres años a un genetista que ha estudiado 10 años, si existe la posibilidad de dar un buen reporte genético correcto en cualquier parte del mundo; cómo se puede concluir sino existe el análisis del interior, esto hasta un tecnólogo médico lo puede decir.- **P. Fiscal.** Que en la tabla genética dos personas pueden tener el cromosoma Y que pueden ser parecidos pero de hecho, los tres sentenciados se ha demostrado que no son parientes de la víctima, sin embargo había cierta información compatible que se encontró en relación de los acusados con la víctima, me parece que esto contradice lo que usted mantuvo antes. **R.** Que la información genética de la víctima podría sesgar el análisis porque no fue eliminada durante el examen, por lo tanto en la tabla, que la información genética de la víctima, la tenían también los acusados, porque no se está eliminando la fracción femenina. **P.** Pero tampoco se lo está excluyendo a ellos. **R.** Yo no he dicho que los excluye. **P. Presidente.** Si se

mantiene en su informe. **R.** Si señor juez.- Para fundamentar el recurso de revisión por la causal 4ta., esto es, que el sentenciado no es responsable del delito por el cual se les condenó, solicitan la comparecencia del señor perito **ROBERT SMITH TALAVERA AYALA**, portador de la cédula de ciudadanía No 171354021-7, a fin de que rinda su testimonio propio sobre la experticia de audio presentada, quien luego de prestar el juramento de ley y señalar las generales de ley, manifiesta: **P.** Señor Perito que tiempo lleva trabajando en el departamento de criminalística; **R.** En el área de criminalística llevo trabajando un lapso de cinco años.- **P.** Señor Perito usted ha realizado experticias de audio y video. **R.** Si todo este tiempo, desde que fui al área de criminalística. La defensa por el principio de contradicción, pone en conocimiento de los señores jueces y la fiscalía copia del informe presentado por el señor Roberth Talavare, cuyo original consta en el expediente de revisión.- **P.** Sr. Perito Ud. reconoce las firma y rúbricas constantes en el peritaje.- **R.** Si efectivamente ese peritaje fue realizado por mi persona. **P.** Puede narrar a los señores magistrados que hizo en esta experticia.- **R.** Fui nombrado perito para la realización de una experticia de audio y video de un CD que consta en el expediente. El peritaje en si consiste en sacar toda la información que tenía dicho CD. El CD, es un CD marca princo color blanco, en dicho CD se encontró tres archivos de video y una imagen, se hizo el análisis de los mismos. **P.** Sr. Perito existe datos técnicos de creación de este archivo.- **R.** Si existen datos técnicos específicamente no se la fecha, pero son del mes de febrero del año 2007, si mi permiten el informe para poder dar este dato. Como dice en el acápite de operaciones realizadas en el archivo de imagen fue creado el sábado 10 de febrero del 2007, a las 17h18'58", imagen formato jpeg, que como lo manifesté existen tres archivos de video, los cuales han sido creados la misma fecha sábado 10 de febrero del año 2007, en las horas: el primero a las 17:52:38, el segundo a las 20:53:28 y el tercero a las 20:58:14, esos son los datos técnicos. **P.** Sr. Perito Es posible que estos archivos de video puedan ser modificados de acuerdo con los datos técnicos que acaba de manifestar. **R.** No porque el rato que se modificaran estos tipos de archivos cambiara la fecha de creación, en ese caso sería la fecha en que fueron modificados.- **P.** Sr. Perito nos puede dar lectura de la rotulación del CD. **R.** El Cd constaba en un sobre manila posee una impresión sellográfica color violeta y un texto manuscrito realizado por el mismo escritor color negro en el que se lee anexo oficio 445-UACX 19-marzo-07, CD con información, videos del celular perteneciente al Sr. Marco Casa Toaquiza, de igual forma, en la cara anterior del CD se aprecia un texto manuscrito realizado con tinta líquida color azul, que se lee videos del teléfono de Marco Casa Toaquiza.- **Defensora:** Existe una experticia realizada por el Departamento de Criminalística de la Policía Judicial, este documento tiene relación o no tiene con el peritaje que usted realizó. **P.** Señor Perito con el video del CD puede explicar a la Sala sobre su veracidad. **R.** Que los archivos que obran en el acápite 4.1, 4.7 de la carpeta del teléfono celular Nokia, son los mismos archivos que se encuentran laborados en el CD en análisis, poseen los mismos datos técnicos, es decir se hizo una copia de la misma información de la carpeta y la transfirieron al CD.- **Fiscal pregunta:** Señor Perito Roberth Talavera, Ud. nos puede decir que todo lo que sucede en el teléfono celular queda en el soporte técnico.- **R.** Que el informe de 19 de marzo del

2007, es similar.- El propietario del teléfono es el señor Marco Antonio Casa, él estuvo en ese lugar haciendo la filmación. **P.** Ud. nos ha dicho que en ninguna de las tomas se puede determinar que esta persona haya estado en compañía de los demás. **R.** Mi experticia tiene relación y es en base a los datos del CD. **P. Fiscal.** Qué título tiene Ud. en relación a estas experticias. **R.** Soy perito en criminalística. **P. Fiscal.** Que el Informe de 19 de marzo del 2007 avanza un poco más y realiza un reconocimiento no solo de los archivos de video, sino también de llamadas, mensajes de voz, etc. Usted pudo analizar o revisar este informe anterior, que opina sobre las llamadas telefónicas.- **R.** El teléfono nunca lo analicé, son dos teléfonos.- **P. Fiscal.** En todo caso Ud. se ratifica que en ninguna de las imágenes se puede constatar la asistencia de los acusados. **R.** No, no se puede verificar. Acto seguido la defensa solicita la comparecencia del señor **FREDDY WASHINGTON PACHECO GUERRERO**, portador de la cédula de ciudadanía No 050142449-3, quien luego de prestar el juramento y señalar su generales de ley, manifiesta: Se exhibe un mapa para demostrar las distancia existente desde Latacunga hasta San Ramón.- **P. Sr. Pacheco**, nos puede indicar la distancia que existe desde Latacunga hasta Mulaló y de ahí hasta San Ramón.- **R.** Para dirigirse al sector de San Ramón desde la ciudad de Latacunga, existen tres opciones; la una opción es desde Latacunga dirigirse por atrás de Buenaventura, tomando el camino que va hasta Mulaló y de Mulaló a San Ramón, distancia exacta no le puede decir, pero aproximadamente existe unos 30 a 40 Km, en tiempo, como el camino es malo, de hora a hora y media, dependiendo del tipo de automóvil con el que se vaya.- Hay otro camino es mejor, que es desde la Latacunga, dirigiéndose por la Panamericana hasta el sector la fábrica de producción de galletas y luego por el camino malo se dirige a San Ramón, ahí aproximadamente se ahorre unos treinta minutos; el otro camino es partiendo desde Latacunga yéndose por San Felipe, saliendo por Saquisilí y de ahí a Guaytacama luego Calicuchi y de Calicuchi para luego llegar nuevamente al punto que es la entrada donde era la fábrica luego dirigirse a San Ramón.- **P.** Ud. puede indicar en el mapa la distancia entre Latacunga a Mulaló donde se realizó la presunta agresión y Guaytacama donde viven los sentenciados e indique los caminos que usted señale.- Procede a indicar lo solicitado.- **P.** De San Felipe a Guaytacama que es el domicilio de los jóvenes cuanto se demora aproximadamente. **R.** De San Felipe a Guaytacama yendo por la Panamericana unos treinta minutos.- **P. Sr. Pacheco** Ud. vio a uno de los jóvenes que están aquí presente el día 10 de febrero del 2007. **R.** Si, si lo vi. El día 10 de febrero del 2007, día sábado, yo tuve problemas de salud, estomacales, yo salí a las nueve y cuarto de la noche y me dirigí a Guaytacama donde la doctora Janeth Iza, que me suele atender en estos casos, que cuando llegue a Guaytacama más o menos a las nueve treinta y cinco a nueve y cuarenta, la doctora por estar con otro paciente se demoró uno quince a veinte minutos más hasta recibirme, igual conmigo me recibió, me chequeo y se demoró unos quince a veinte minutos más, luego volví a retornar de Guaytacama hacia Calicuchi, retorne por el camino que se llama Pilacoto y San Andrés, camino de tierra, y entre la intersección de Pilacoto a San Andrés, y la intersección Pilacoto la Libertad vi un grupo de unos cuatro muchachos en el cambio de luces le vi a Marco Antonio, (señala en la

audiencia a la persona que le vio) pasado las diez y cuarto de la noche, yo igual no vi hora, no vi nada, me dirigí a la casa, ni siquiera tomé en cuenta el grupo de muchachos, el día domingo fui al trabajo, el día lunes también me fui a trabajar y el día martes que llegué al trabajo le encuentro a la Supervisora de la cosecha de la plantación y casualmente es hermana de Marco Antonio, le encontré en un mar de lágrimas, le dije Hortencia que le pasa, me dice, a mi hermano le acaban de coger por una violación, le acusan de una violación que él ha cometido el día sábado de noche, yo le digo, y eso como puede ser si yo le vi a Marco Antonio en la esquina entre San Andrés y la Libertad pasado las diez de noche, me dice, está seguro, por eso pidieron mi declaración, y en honor a la verdad, yo le vi a Marco Antonio a esas horas, pasado las diez y cuarto. A continuación la representante de la Fiscalía, pregunta al testigo: **P. Sr. Pacheco** Ud. conoció con anterioridad a los sentenciados. **R.** Yo le conozco a Marco Antonio aproximadamente unos nueve años más o menos desde el 2002 cuando entró a trabajar en la empresa, entró a trabajar en el departamento de mantenimiento. **P.** Es decir que tenían una relación de amistad. **R.** De compañeros de trabajo. **P.** Qué pasa con relación a los otros dos sindicados. Si conoció a los otros acusados. **R.** Ahora que le veo a uno de los acusados, estoy haciendo memoria, uno de ellos es Oswaldo, trabajó también algún tiempo en la finca en la misma forma que trabajó Marco Antonio. Al otro señor no le conozco. **P.** Del sector donde usted vive que es Calicuchi hasta Guaytacama, que distancia hay. **R.** De Calicuchi a Guaytacama, tomando el camino más corto, estaríamos hablando posiblemente de unos 12 km. **P.** Cuando usted salió de su casa para ir a buscar a la señora doctora por donde fue. **R.** Yo me fui por la vía más larga, salí por Calicuchi, cogí la carretera a Saquisilí, entre por Pilacoto y de ahí a Guaytacama, pero el camino estaba muy malo. **P.** Se haría aproximadamente una media hora, cuarenta minutos. **R.** Unos veinte a veinte y cinco minutos. **P.** De Guaytacama a San Ramón entonces existía unos quince minutos. **R.** No, yo no he repetido eso.- Acto seguido, se llama al testigo **JOSÉ JULIÁN AYALA CHANALUISA**, portador de la cédula de ciudadanía No 050293996-0, quien luego de prestar el juramento de ley y señalar su generales de ley, a las preguntas formuladas por la defensa de los sentenciados, manifiesta: **P.** Que conoce de los hechos que suscitaron el 10 de febrero del 2007. **R.** Yo les hice una carrera a los muchachos más o menos a los diez de la noche, les dejé más o menos a las diez y cuarenta luego me dirigí a mi casa a donde llegué a las 11h00.- **Fiscal.** Sr. Ud. dice que llevó a los señores a su casa.- **R.** Les llevé en mi carro personal, yo también acudí al concierto, había un señor que era mi vecino, me dijo que le hiciera una carrera, los recogí a las 10h00.- **P.** Ud. que conoce que hicieron estos dos sentenciados desde las ocho y nueve de la noche. **R.** No conozco nada.- **P.** Cuánto les cobró por la carrera. **R.** les cobré un dólar. **P.** Dónde les dejó. **R.** Les dejó en el barrio de ellos, el barrio la Libertad. A fin de que sustente su informe psicológico forense, comparece el doctor **ROJAS CUEVA ITALO FERNANDO**, portador de la cédula de ciudadanía No 1707089783, quien luego de prestar su juramento y señalar las generales de ley, a las preguntas formuladas por la defensa de los sentenciados, manifiesta: **P.** Su experiencia.- **R.** Trabajo hace unos 18 años en el Departamento Médico de la Policía Judicial, como perito psicólogo forense. **P. Sr. Perito** Ud. realizó una

experticia para poder determinar la agresión física y sexual que recibió el sentenciado Luis Oswaldo Casa. **R.** Hice el examen psicológico del señor Luis Oswaldo Casa Toaquiza, diligencia que se la cumplió en el Centro de Rehabilitación Social de Latacunga, encontramos que el señor Casa Toaquiza comparece al examen psicológico con sus facultades conmitivas intelectivas adecuadas, se lo nota con una cierta tendencia emocional hacia el llanto, con humor depresivo y es perseverante en referir cierto tipo de atenciones a su oído. Durante el examen psicológico el mencionado sujeto indicó que estaba sentenciado a causa de haber sido sindicado y responsabilizado por un acto de violación en la cual él no tenía responsabilidad. Durante el tiempo de su detención él ha experimentado diferentes episodios depresivos, una merma de su estado de ánimo y también ansiedad, fue muy explícito al referirnos que luego de su detención fue maltratado por agentes de policía judicial y que en el contexto de esos maltratos sufrió una agresión de tipo sexual, nos indicó que en dos oportunidades le introdujeron un palo por su ano, hechos de los cual, por el dolor, el sufrimiento tuvo que aceptar los hechos. Que el examinado al momento de la valoración, consignamos aquello como un diagnóstico clínico, presenta rasgos depresivos, que se han vuelto crónicos y se forma ya como componente de su personalidad, eso es todo cuanto al diagnóstico clínico del examinado.- **P.** Sr. Perito de acuerdo a su experiencia es creíble a lo dicho por el joven. **R.** Cuando se hace la valoración psicológica, nosotros hacemos un examen longitudinal de la vida de la persona examinada, con el fin de percibir, entender que tipo de persona es. Es una persona que procede de un hogar campesino, humilde, empobrecido, prácticamente marginal, es una persona que le ha costado mucho alcanzar su bachillerato y se desenvuelve en un contexto social bastante limitado, es una persona que no tiene la malicia, en su vida no encontramos elementos que nos permita decir que es una persona que actúa con malicia y que estuviera Arguyendo una trama para encontrar justificación a todos sus actos, yo creo que la versión que nos ha dado es una versión cierta.- **P.** Sr. Perito que conclusión llegó de la entrevista y la experticia realizada a Marco Antonio Casa Toaquiza, y Luis Fernando.- **R.** Los señores Luis Fernando Toaquiza Toaquiza y Marco Antonio Casa Toaquiza, como factor común presentan rasgos depresivos, es decir, esa tristeza, esa melancolía que se va haciendo parte de su personalidad, es producto de la circunstancia que viven, como es la privación de su libertad, los tres sujetos demuestran, cierto tipo están insertos en un programa educativo, pero igualmente no logran satisfacer toda la necesidad de adaptación que ellos tienen, están en un contexto carcelario donde la humildad propia de ellos, son presa de observación y crítica y presión de los otros internos, es decir son jóvenes que proceden de un núcleo empobrecidos, campesino, rural, muy humilde, es importante mencionar que los tres jóvenes en su historial biográfico, psicológico no encontramos indicativos que tengan trastornos de personalidad o que se haga presumir que son gentes socialmente temibles o peligrosas.- **P.** Sr. Perito, cuáles son las respuestas típicas de las víctimas de agresión sexual. **R.** Una víctima de agresión sexual generalmente reacciona con tres núcleos principales. Primero es el medio, el sentimiento de indefensión y el sentimiento de culpa, todo eso le logra extractar que la relación interpersonal de la víctima con el medio social queda gravemente afectada por el trauma mismo, las víctimas de violencia sexual empiezan ver a la

gente en forma polar, por un lado están los buenos, quienes le entiende, la apoyan y le dan su respaldo; por otro lado están los malos que no le entienden, son indiferentes con ella y le demuestran una diferencia total, es decir se afectan gravemente el sentido de confianza y eso afectan gravemente la relaciones interpersonales a más de los cuadros clínicos que vayan haciendo cada una de estas víctimas.- **P.** Sr. Perito cuáles son las respuestas de una víctima de agresión sexual que se estén burlando de ella.- **R.** Nuestra actividad psíquica es global, nuestro pensamiento, nuestra percepciones están de alguna manera conectados con nuestro ámbito emocional, si decimos que las víctima de violencia sexual queda afecta la relación interpersonal, es porque las personas ven están rodeadas de un ámbito peligroso, les falló el concepto básico de justicia, una sociedad de derecho, les falló la policía, es decir las instituciones que le podría protegerlas y tienden a volverse lo que llamamos técnicamente conocemos impensables o impervigilantes y susceptibles, tal es así que una víctima de violencia sexual puede pensar que la actitud de su padre es contra ella, que la actitud de los compañeros, es una actitud intimidatoria, en ese caso podría mal interpretar cualquier tipo de acción, palabra.- **P.** Sr. Perito usted cree que el reconocimiento hecho por una víctima de agresión sexual en menos de 24h00 es creíble.- **R.** La credibilidad de ese testimonio tiene ver con muchas circunstancias y factores, primero se empezaría en el lugar de los hechos, si la víctima de violencia sexual, en el lugar de los hechos sufrió un miedo parosístico en niveles casi desbordados, de hecho sufrió de alguna manera una leve pérdida de conciencia, una persona que merma su calidad de conciencia, tiene registro médicos de memorias de menor calidad y por ende se afecta también el reconocimiento, eso es lógico. Dos, si decimos que los estados emocionales de alguna manera matizan nuestras percepciones, evidentemente el reconocimiento también se verían afectados, no es una regla general, encontramos con mucha frecuencia esto.- Acto seguido el testigo procede a contestar las preguntas formuladas por la Fiscal: **P.** Dr. Rojas, cuando se efectuaron las experticias. **R.** Los exámenes psicológicos se realizaron la semana pasada en mayo 5. **P.** Ud. en esta fecha mayo 5, se enteró sobre este ataque de tipo sexual en relación a Luis Oswaldo Caisa Toaquiza. **R.** Si, por las versiones de los examinados. **P.** Cuál fue las acciones que usted como perito tomó frente a este hecho. **R.** Mi acción como perito es recoger la versión de ellos, hacer una análisis y realizar un informe psicológico. **P.** Si usted es teniente de Policía es su obligación de hacer conocer a los superiores de la agresión sexual. **R.** Yo remití los informes a la autoridad.- **QUINTO.- DICTAMEN FISCAL:** La doctora Paulina Garcés, funcionaria y delegada del señor Fiscal General del Estado, respecto a la prueba presentada por los recurrentes, manifiesta: Que son cinco las personas que han violado a la víctima. Que en esta audiencia, la primera testigo, la doctora Lucrecia Sánchez del Hospital Metropolitano, se ha evidenciado un afán de desacreditar al restos de médicos y a una institución como la Cruz Roja, de la cual posiblemente salió con algún problema. Que ha señalado que no existen las evidencias, y la cual no se le ha dado la cadena de custodia; sin embargo se debería solicitar al Fiscal relator nos indique donde se encuentra las evidencias.- Que desestima el testimonio de la Dra. Dora Sánchez, por ser una persona que ha evidenciado molestia e ira por haber salido de la Cruz Roja, por lo que le desacredita, y consecuentemente, la causal tercera cuyo sustente básico

fue esta declaración, cae por su propio peso.- Que en relación a la causal 4ta. la no responsabilidad del acusado en el delito, se encuentra afectada por el perito doctor Italo Rojas, todos tenemos la obligación de comunicar de la existencia de un delito, al no haberlo hecho, este perito se convierte en cómplice o encubridor, si este perito conocía de la agresión sexual; estaba en la obligación de comunicar a sus superiores de este hecho, por lo que solicita se investigue su actuación conforme lo establece la Constitución.- Que con relación al peritaje realizado por el perito Robert Smith Talavera, se refiere en primer lugar sobre la existencia en el proceso de un peritaje anterior donde se establece la experticia del video y de llamadas telefónicas entrantes y salientes del mismo celular, y se determina que del teléfono del acusado Marco Antonio Casa no salió nunca llamadas, no existe registrado ninguna llamada, no existe registrado ningún mensaje, no hay llamadas salientes, no hay llamadas pérdidas, ni llamadas recibidas, siendo este peritaje más completo que el realizado por el señor Smith.- Que en relación a la causal 6ta. mencionada por los recurrentes, la cual no requiere prueba nueva; sin embargo se refiere al peritaje realizado por la doctora Nelly Margarita Salazar Mayo, perito que efectuó el reconocimiento ginecológico, la misma que establece que encontró al nivel del cuello una esquimosis sufrida por acción de labios humanos, en el tercio medio de la cara externa de muslo izquierdo tiene otra esquimosis producida por acción de cuerpo contundente himen reducido a caránculas multiformes por paridad en región anal dos fisuras a las doce y tres fisuras a las seis en relación a las manecillas del reloj producidas por introducción de agente. Que se refiere a los testimonio del tecnólogo médico Víctor Hugo Aguirre Tello y de la Lic. Enma Victoria Vela Cavinato, pues el rendido por la doctora Dora Sánchez lo desacredita por las razones anteriormente expuestas, profesionales que si encontraron coincidencias genéticas y los cálculos estadísticos por lo que se remite a dicho informe y con lo cual se ha establecido la materialidad de la infracción; por lo que la Fiscalía considera que no se ha cumplido este requisito de formalidad, pues existe la prueba técnica científica, consecuentemente no se ha justificado lo que en derecho se requiere las causales 3, 4 y 6ta del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, por lo que solicita se deseche el recurso por improcedente.- **SEXTO: ANÁLISIS DOCTRINARIO DE LA REVISIÓN:** El procedimiento penal tiene como finalidad llegar a la imposición de una pena respetando la verdad procesal, si esto es así resulta razonable la legitimidad de la sanción por un acto adecuadamente típico y antijurídico. Frente a la posibilidad de un error judicial en la apreciación correcta de los hechos, surge la necesidad de la reparación mediante el mecanismo de un recurso de excepción como es la revisión, asumiendo el riesgo de la vulnerabilidad de la cosa juzgada, de la que el maestro uruguayo, don EDUARDO J. COUTURE, expresara que es: “la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla”. En virtud de la *cosa juzgada*, la sentencia en firme es generalmente inatacable e impugnable cuando se han agotado los términos para la interposición de los recursos, o cuando habiendo sido interpuestos, el Tribunal de Alzada ha ratificado la resolución del juez *a quo*. Para el profesor CLARIA OLMEDO en su *Derecho Procesal Penal*, es objetable considerar a la revisión como un recurso en

sentido estricto expresando que: “mejor parece considerarlo como una acción impugnativa que persigue la revocación de una sentencia firme y anulación del proceso en que se pronunció, fundándose en circunstancias nuevas para la causapor ser recién conocidas o haberse presentado con posterioridad”. Participamos de considerar a la **revisión** como un verdadero recurso, que permite rever una sentencia condenatoria que se encuentra en firme y que no puede ser impugnada por medios normales. En cuanto a los efectos, una vez sustanciado el recurso si se lo declara procedente, se revoca la sentencia y anula el proceso en el que se hubiere dictado la condena. Esta excepcional institución pretende la reivindicación del reo y el restablecimiento de la justicia, mediante la reparación del error judicial. Ni siquiera en el antiguo derecho romano se consagró la irrevocabilidad de la cosa juzgada, pues allí también cedía ésta, si se demostraba que había habido fraude procesal por **prevaricatio** o **tergiversatio**, llegándose a la rescisión de la sentencia y a la **inintegrum restitutio**.- **SÉPTIMO.- ANÁLISIS DE LA SALA:** El artículo 1 de la Constitución de la República, proclama al Ecuador como un verdadero estado de derechos y justicia, instituyéndose en ella la prevalencia de los derechos humanos fundamentales a través de una serie de garantías básicas que permiten la protección del individuo y de sus derechos.- El artículo 76.2 de la Carta Magna establece como garantías del debido proceso el principio de presunción de inocencia; por el cual toda persona acusada de un delito, tiene derecho que se demuestre su culpabilidad a través de un juicio justo, donde se hayan asegurado todas las garantías de su defensa.- Por un lado, el Estado tiene la obligación de velar por el bien común, protegiendo los bienes jurídicos y estableciendo penas para aquellas personas que violenten estos bienes jurídicos; por otro lado, es obligación del Estado garantizar a toda persona acusada de un delito se respete en primer lugar sus derechos humanos fundamentales y las garantías constitucionales, a fin de que reciba un juicio justo, donde se haya ejercido el derecho a la defensa y su sentencia se encuentre dictada conforme a la verdad procesal.- En este contexto, tomando en cuenta que la causal 3era invocada por los recurrentes, se sustenta en informes maliciosos o errados; siendo que la prueba de ADN constituye prueba plena para establecer la responsabilidad y culpabilidad de los sentenciados en el presente delito; y al existir informes contradictorias entre los exámenes de ADN presentados por los peritos de la Cruz Roja Ecuatoriana y por el perito del Hospital Metropolitano, que provocan dudas en los juzgadores; la Sala a pedido de la defensa, dispuso un nuevo examen de ADN con un perito imparcial y profesional en la materia.- Del informe presentado por la licenciada Verónica Miño, perito genetista de la Fiscalía General del Estado, que obra de fs. 67 a 80 del expediente de revisión, quien además, compareció a la audiencia oral, privada y contradictoria, a sustentar su informe, llegó a las conclusiones que los perfiles genéticos de los sentenciados Marco Antonio Casa Toaquiza, Luis Oswaldo Casa Toaquiza y Luis Fernando Toaquiza Toaquiza, así como del menor Sergio Segundo Chancusig Casa, **se excluyen** de estar presentes en el perfil genético de Ligia Paulina Cajas Tocktaguano, constantes en las muestras analizadas por las perito **/(EMP 1: Dos hisopados vaginales con manchas amarillentas, de Ligia Paulina Cajas Tocktaguano; EMP2. Dos hisopados rectales con manchas amarillentas, tomados como Ligia Paulina Cajas Tocktaguano, codificado como F00072 (Cruz Roja**

Ecuatoriana); EMP 3: Calzonario beige con estampado de flor lila con verde, con elástico de corazones, con bolsillo delantero, con manchas amarillentas – cafés en la zona conocida como “mariposa” tomado como de Ligia Paulina Cajas Toctaguano), informe pericial que por el principio de contradicción fue puesto a la vista de la representante del señor Fiscal General del Estado, quien luego de escuchar la declaración de la perito genetista, solicitó a la Sala se acepte el recurso de revisión de los recurrentes, y se les absuelva del delito acusado, haciendo extensivo esta sentencia al tenor del artículo 327 del Código de Procedimiento Penal, al menor Sergio Segundo Chancusig Casa.- Informe pericial, que por ser contundente, y valorado en su conjunto con la prueba actuada en este recurso de revisión, permiten a este Tribunal llegar a la certeza de la no participación de los recurrentes y del menor Sergio Segundo Chancusig Casa, en el delito de violación cometido en la persona de Ligia Paulina Cajas Toctaguano.- **RESOLUCIÓN:** Por lo expuesto, esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, acogiendo la parte final del dictamen fiscal y el recurso de revisión interpuesto por los sentenciados, LUIS OSWALDO CASA TOAQUIZA, MARCO ANTONIO CASA TOAQUIZA y LUIS FERNANDO TOAQUIZA TOAQUIZA, fundamentados en las causales 3, 4 y 6 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal; esta Sala estima que, sin embargo de estar probada la existencia material de la infracción, tampoco es menos cierto que en este recurso de revisión, ha quedado plenamente establecido con el informe presentado por la perito genetista licenciada Verónica Miño, la no participación de los recurrentes en este ilícito; por lo que, en aplicación de los Arts. 367 y 416 del Código de Procedimiento Penal y demás normas legales y constitucionales citadas precedentemente, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, declara procedente el recurso de revisión interpuesto por LUIS OSWALDO CASA TOAQUIZA, MARCO ANTONIO CASA TOAQUIZA y LUIS FERNANDO TOAQUIZA TOAQUIZA y ratificando el estado de inocencia de cada uno de ellos, dicta sentencia absolutoria a su favor, disponiendo la cancelación de todas las medidas cautelares que se hubieren dictado en su contra. El actuario de la Sala en el día remita las boletas de excarcelación; y, de conformidad con el artículo 327 del Código de Procedimiento Penal, se hace extensivo esta sentencia en favor del menor de edad SERGIO SEGUNDO CHANCUSIG CASA.- Hágase conocer a la autoridad correspondiente de esta resolución.- Notifíquese y cúmplase.

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada y Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales de la Primera Sala de lo Penal.

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

RAZÓN: En Quito, hoy día veinte y siete de julio del dos mil once, a las diecisiete horas y cincuenta minutos, notifiqué por boletas con la **SENTENCIA** que antecede a: **FISCAL GENERAL DEL ESTADO**, en el casillero judicial No 1207; a **MARCO ANTONIO CASA TOAQUIZA, LUIS FERNANDO TOAQUIZA**

TOAQUIZA y LUIS OSWALDO CASA TOAQUIZA, en el casillero judicial No 5711 de la **DEFENSORIA PÚBLICA**; a **LIGIA PAULINA CAJAS TOCTAGUANO**, no le notifico por no haber señalado casillero judicial en este nivel para el efecto.

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

RAZÓN: Certifico que las ocho (fojas) que anteceden son fiel copia de su original.- Quito, 7 de septiembre del 2011.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator, Primera Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia.

No. 703-2010

JUEZ PONENTE Dr. Luis Moyano Alarcón, (Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial).

SENTENCIADO: William Edison Arellano Fernández.

DELITO: Tentativa de asesinato.

RECURSO: Casación.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA PRIMERA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL

Quito, 3 Mayo de 2011.- Las 15h00.

VISTOS: La Abogada Luz Isabel Paz y Miño Moncayo, Fiscal Primero de lo Penal del Guayas, interpone recurso de casación contra la sentencia condenatoria dictada por el Cuarto Tribunal de Garantías Penales del Guayas, en la que se le impone a William Edison Arellano Fernández, la pena modificada de dos años de prisión correccional, como autor del delito de tentativa de asesinato, tipificado y reprimido en los Arts. 42 y 16, en concordancia con el Art. 450 circunstancia 1 del Código Penal. Sustanciada la causa, y cumplido el trámite respectivo, siendo el estado procesal el de resolver para hacerlo, se considera: **PRIMERO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA:** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1, y la Disposición Transitoria Octava de la Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de Octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de Diciembre del 2008; y, la Resolución Sustitutiva dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de Diciembre del 2008 y publicada en el Registro Oficial 511 del 21 de enero del 2009; y, el Sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de jueces nacionales de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento de la presente causa. **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.-** Examinado el expediente, no se advierte vicio u omisión de solemnidad

sustancial que pueda afectar la decisión de esta causa, por lo que se declara expresamente su validez. **TERCERO.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN:** El Dr. Alfredo Alvear Enríquez, en su escrito de fundamentación que corre a fs. 3 y 4 del expediente de la Sala, aprueba y fundamenta el recurso de casación interpuesto por la Abogada Luz Isabel Paz y Miño Moncayo, en lo principal dice: la Representante de la Fiscalía en su escrito de interposición del recurso, señala que dicha resolución viola la norma expresa de la ley, tal como lo establece el Art. 349 del Código Adjetivo Penal, respecto de los hechos contenidos en la denuncia presentada por Eddy Jofre Torres Contreras "...Que el juzgador al modificar la pena de dos años de prisión correccional no estableció la debida proporcionalidad entre la infracción y la sanción penal; ya que al sentenciar como autor de tentativa de asesinato con la circunstancia 1 del Art. 450 del Código Penal no operaban las atenuantes del Art. 29 de la referida ley con lo cual se ha violado dichas normas legales al haberse hecho una falsa aplicación de la ley". Asimismo, cita lo que la Fiscal Primera de lo Penal del Guayas manifiesta en su escrito de interposición del recurso, "...al modificar la pena de dos años de prisión correccional en aplicación de atenuantes, viola la ley al haber hecho una falsa aplicación del Art. 72 del Código Penal, al haber modificado la pena existiendo la circunstancia agravante 1 del Art. 30 del Código Penal, no constitutiva o modificatoria de la infracción, por lo que mal pudo modificarse la pena impuesta, lo contrario ocasiona la violación del Art. 76 numeral 7, literal i) de la Constitución de la República, que constituye la falta de motivación, ya que en el plano fáctico ha rebasado los límites impuestos por la sana crítica racional. Además se viola en la sentencia lo dispuesto en el Art. 76 numeral 6 de la Constitución". Por lo que considera que no procede la rebaja de la pena, como indebidamente lo hace el Tribunal de Garantías Penales del Guayas. Por lo que solicita se case la sentencia. **CUARTO.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.-**El recurso de casación es un recurso extraordinario y de naturaleza formal dirigido a revisar los errores de derecho en las sentencias, según lo prescribe el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal. Sobre esta premisa y adentrándonos al estudio de la sentencia impugnada confrontada con las pretensiones de el recurrente y si analizamos el incidente en el cual Henry Torres Contreras sufrió una lesión a tal punto de perder un ojo, llegamos a las siguientes conclusiones: **1)** En la conducta observada por el acusado no existe ninguno de los factores que determinan la existencia de alevosía ya que no aparece la intención de asegurar resultado, es decir en la ejecución del delito. La doctrina se manifiesta unánime al desestimar la existencia de alevosía cuando la muerte o las heridas se producen inesperadamente, en una reunión social como acto impulsivo, o de una **riña o pelea**, las circunstancias establecidas y enunciadas por el recurrente entran en oposición al concepto de la alevosía, que emplea el numeral 1 del Art. 450 del Código Penal. La alevosía, el ensañamiento, aumentando deliberadamente el dolor del ofendido, o cuando se ha imposibilitado a la víctima a defenderse, son circunstancias agravantes, pero en estos casos del Art. 450 del Código Penal son circunstancias que tipifica o califica el hecho y convierte el homicidio simple en un delito más grave, es decir el asesinato. **2)** Por otra parte el Art. 72 del Código Penal introduce la posibilidad de reducir las penas de reclusión, con la exigencia de que en el

juicio se acredite la existencia de dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante no constitutiva o modificatoria de la infracción, es decir que a más de las circunstancias que disminuyen la gravedad del delito, se debe acreditar que tales circunstancias agravantes forman parte de los elementos que configuran un delito. En el caso sub lite, se advierte que las circunstancias agravantes citadas como son la alevosía, entre otras, son las que estructuran o forman parte del delito que tipifica y sanciona el Art. 450 del Código Penal y de ninguna manera, pueden ser consideradas como agravantes que impidan la aplicación del Art. 72 del Código Penal antes citado, cabe anotar que las circunstancias agravantes que se encuentran tipificadas en el Art. 30 del Código Penal, no son constitutivas o modificatorias de la infracción. De lo que se infiere que si se encuentra una circunstancia como la alevosía en este caso no podemos decir que sea una agravante adicional ya que ésta es constitutiva del delito de asesinato tipificado en el Art. 450 del Código Penal. **QUINTO: RESOLUCIÓN.-** En base a lo analizado concluimos que el fallo impugnado no ha violado los Arts. 72 y 29 del Código Penal, así como tampoco los Arts. 76 numeral 7, literal i) de la Constitución, pues el Juzgador ha procedido en estricto apego a la Ley, observando el debido proceso y fallando dentro de los límites que establece la motivación. Por lo que, esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, **"ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA"**, en atribución a lo que dispone el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, desecha el recurso interpuesto por la Abogada Luz Isabel Paz y Miño Moncayo, Fiscal Primero de lo Penal del Guayas y ordena la devolución del proceso al órgano jurisdiccional de origen para los fines pertinentes. Notifíquese y publíquese.

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Presidente, Hernán Ulloa Parada, y, Milton Peñarreta, Jueces Nacionales.

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

RAZÓN: En Quito, hoy día tres de mayo del dos mil once a las dieciocho horas notifiqué por boletas con la nota en relación y la **PROVIDENCIA** que antecede a: **FISCAL GENERAL DEL ESTADO**, en el casillero judicial No 1207; a **WILLIAN ARELLANO, HENRY TORRES CONTRERAS**, no les notifiqué por no haber señalado casillero judicial en este nivel para el efecto, a la doctora Lolita Montoya, Defensora Pública.

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

RAZÓN: Certifico que las dos (2) copias que anteceden, son fiel copias de su original.- Certifico.- Quito, septiembre 7 del 2011.

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



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

