

# REGISTRO OFICIAL

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

## EDICIÓN JURÍDICA

**Año II - Nº 276**

**Quito, martes 24 de  
julio de 2018**

### LEXIS

**CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS  
CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN**

**Art. 107.-** Materia no protegible.- No son objeto de protección las disposiciones legales y reglamentarias, los proyectos de ley, las resoluciones judiciales, los actos, decretos, acuerdos, resoluciones, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, y los demás textos oficiales de orden legislativo, administrativo o judicial, así como sus traducciones oficiales.

Tampoco son objeto de protección los discursos políticos ni las disertaciones pronunciadas en debates judiciales. Sin embargo, el autor gozará del derecho exclusivo de reunir en colección las obras mencionadas en este inciso con sujeción a lo dispuesto en este Capítulo.

**Art. 116.-** ...

La información y el contenido de las bases de datos producto de las investigaciones financiadas con recursos públicos serán de acceso abierto. Las instituciones o entidades responsables de tales investigaciones deberán poner a disposición dicha información a través de las tecnologías de la información.

**REGISTRO OFICIAL:** Órgano del Gobierno del Ecuador marca registrada de la Corte Constitucional.



CORTE NACIONAL DE  
**JUSTICIA**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**

**RESOLUCIONES:**

**SALA ESPECIALIZADA  
DE LO PENAL, PENAL MILITAR,  
PENAL POLICIAL Y TRANSITO:**

**Oficio No. 2018-001-CNJ-SPPMPPT-PS**

**R1383-2017, R1384-2017, R1385-2017,  
R1388-2017, R1389-2017, R1403-2017**



OFICIO No. 2018-001-CNJ-SPPMPPT-PS  
Quito, 8 de enero de 2018

Señor Dipl. Ingeniero  
Hugo E. Del Pozo Barrezueta  
DIRECTOR DEL REGISTRO OFICIAL  
En su despacho.-

Señor Director:

Me permito remitir a Usted, en físico y digital las sentencias de los meses de julio a diciembre del 2017, dictadas por las Juezas y Jueces: Conjuceses. y Conjucezas que integran la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, para que sean publicadas en el Registro Oficial, son las siguientes en detalle:

CASO	RESOLUCION 2017
1262-2015-SSI	1383 ✓
1629-2014-SSI	1384 ✓
1027-2016-GTS	1385 ✓
0296-2016-SSI	1388 ✓
18461-2013-3340-LEV	1389 ✓
0642-2016-LEV	1403 ✓

Particular que comunico a usted para los fines legales pertinentes.

Muy atentamente.-

*[Firma manuscrita]*  
DR. MIGUEL JURADO FABARA  
PRESIDENTE DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL,  
PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRANSITO  
DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA



CASO No. 17721-2015-1262  
RESOLUCIÓN No. 1383-2017  
RECURSO: CASACIÓN  
PROCESADO: CARLOS ALBERTO BARROS AGUIRRE  
DELITO: HOMICIDIO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR,  
PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO

**JUEZA PONENTE:** Sylvia Sánchez Insuasti

**Juicio N° 1262-2015-SSI**

Quito, martes 22 de agosto del 2017, las 09h05.

**VISTOS:**

Una vez que se ha agotado el trámite legal correspondiente al recurso de casación, en especial la realización de la audiencia oral, pública y de contradictorio, y por ser el estado de la causa corresponde motivar la resolución por escrito.

**1. ANTECEDENTES**

**1.1 ANTECEDENTES FACTICOS:**

Conforme consta en la sentencia materia del recurso de casación interpuesto por el procesado Carlos Alberto Barros Aguirre, los hechos acusados por Fiscalía General del Estado, son los siguientes:

“(…) el 07 de septiembre del año 2006, a las 08 de la mañana quien respondía a los nombres de Pedro Darwin Palma Vera, salió de su vivienda ubicada en la cooperativa 15 de noviembre, manifestó a sus familiares que se iban a reunir con su conviviente María Elena Parrales, la misma que lo había abandonado regresando con su anterior conviviente Carlos Alberto Barros Aguirre, en virtud que pasaban las horas y no regresaba, sus familiares despliegan la búsqueda en diferentes lugares y personas que tengan conocimiento, acuden inclusive donde la señora María Elena Parrales y encuentran al señor Carlos Alberto Barros Aguirre quien lo insulta indicando textualmente que él, refiriéndose a Pedro Darwin Palma Vera, sabía a lo que se metía y que se atengan a las consecuencias, indicando al hermano del occiso que se cuide porque a él le puede pasar lo mismo a lo que se suman amenazas anteriores de la relación sentimental de María Elena Parrales, el cadáver de Pedro Darwin Palma Vera, fue encontrado a la orilla del río Quevedo al siguiente día, víctima de un disparo de arma de fuego tipo cartuchera (...)” (sic).

**1.2. ANTECEDENTES PROCESALES:**

1.2.1 El Segundo Tribunal de Garantías Penales de Quevedo, con fecha 19 de mayo de 2015, a las 18h28, dicta sentencia mediante la cual, por voto de mayoría emitido por el doctor Melvin Filemón Zamora Cruz y María Elena Tovar Andrade, Juez y Jueza, resuelve confirmar el estado de inocencia del procesado Carlos Alberto Barros Aguirre, revocándose todas las medidas cautelares de orden personal y real dictadas en su contra. Salva su voto el Juez doctor Jhovany Polivio González Valero.

1.2.2 Del referido fallo, el doctor Jaime Guerrero, Fiscal de Los Ríos, interpone recurso de apelación, y la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de esa provincia, con fecha 22 de julio de 2015, las 09h29, revoca la sentencia de mayoría materia de la impugnación, y declara la culpabilidad de Carlos Alberto Barros Aguirre, en calidad de autor del delito de homicidio, tipificado y sancionado en el artículo 449 del Código Penal, imponiéndole la pena de diez años de privación de la libertad, a más de la condena al pago de daños y perjuicios.

1.2.3 Dentro del término de ley, el procesado Carlos Alberto Barros Aguirre, plantea recurso de casación de la sentencia antes indicada, recayendo el conocimiento del mismo en el presente Tribunal de Casación, habiéndose llevado a efecto la realización de la audiencia oral, reservada y de contradictorio respectiva.

### 1.3. INTERVENCIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES EN LA SUSTANCIACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

1.3.1 CARLOS ALBERTO BARROS AGUIRRE.- El doctor Álvaro Aniceto Ríos Vera, en representación del procesado, fundamenta el recurso de casación planteado, en los siguientes términos:

- La Sala Multicompetente dicta una sentencia inmotivada, no hace ninguna argumentación lógica jurídica para determinar la responsabilidad del señor Carlos Alberto Barros Aguirre: se limita a transcribir las declaraciones presentadas por la Fiscalía en la etapa de juicio, de los señores policías, un médico y dos familiares del fallecido. La sala en lugar de motivar, de acudir a la sana crítica, de deducir las presunciones por las que puede llegar a establecer la responsabilidad del acusado, se limita a decir que con la evolución del derecho penal moderno, le concede herramientas para poder utilizar en un razonamiento cuando no hay prueba directa, sino prueba indiciaria como en el caso concreto; pero no señala qué clase herramientas, no dice cuáles son los medios, cuáles son las pruebas, cuáles son los indicios probados, para que ellos puedan concluir que están utilizando la sana crítica. Los jueces en ningún momento hablan de la sana crítica; muy generalmente dicen que han llegado a la convicción de que de los testimonios rendidos por la Policía, por un hermano del fallecido y por un cuñado del fallecido han llegado a establecer que existe indicios; es decir, no han hecho el uso del artículo 86 que se debe apreciar la prueba en base al razonamiento lógico y jurídico. No llegan a decir sobre la presunción del nexo casual, porque para que exista el nexo causal es indispensable que existan indicios reales, que esos indicios reales sean probados.

que sean varios, unívocos, concordantes; pero la Sala no hace el razonamiento, **no hay** esas conclusiones jurídicas.

La Sala acepta una versión de la señora Juliana Verdezoto, cuñada del fallecido; la Fiscalía presentó esta versión dentro de la prueba documental, pero ella **no compareció** a juicio a rendir su testimonio para hacerle el examen y contra examen, solamente el **Fiscal** presentó esa versión en la que supuestamente dice la señora Juliana Verdezoto ser **presencial** de unas amenazas que supuestamente habría vertido Carlos Alberto Barros Aguirre contra el fallecido; esto no puede ser valorado por los jueces de la Sala, porque no es una prueba debidamente actuada, porque la prueba de acuerdo al artículo 79 del Código de Procedimiento Penal, se hace **en la etapa de juicio**, ahí tienen que concurrir los testigos, las personas que rindieron versiones. **Conforme** el artículo 119 del Código del Procedimiento Penal, cómo el tribunal puede valorar como medio de prueba una versión para ser analizada; está violando el artículo 119 **ibídem**, en que la versión se convierte en prueba cuando la persona comparece y rinde su testimonio en el tribunal.

La prueba indiciaria es una prueba de razonamiento, en donde los jueces deben tener conocimiento, hacer una argumentación y terminar diciendo en dónde, por qué medios tienen la certeza de que esos meros indicios, esas presunciones se han convertido en prueba para condenar a una persona. La parte resolutive de la sentencia, en el considerando en donde dice que se **declara culpable**, la Sala dice el artículo 449, no dice de qué código, no dice en qué grado, **si es autor o cómplice**; es decir, la Sala ha violado los principios constitucionales y legales, sobre todo la falta de motivación que lo consagra el artículo 76.7.1) de la Constitución, y las disposiciones legales contempladas en el artículo 119, 252 y 253; así como el artículo 86, 87 y 88 del Código de Procedimiento Penal, que sirve para el razonamiento mental, lógico, que deben hacer los jueces.

Solicita se ratifique la inocencia del recurrente, tal como lo hizo el Tribunal de Garantías Penales de Quevedo.

**1.3.2 FISCAL GENERAL DEL ESTADO:** La doctora Paulina Garcés Cevallos, delegada del señor Fiscal General del Estado, dando contestación a la fundamentación del recurso de casación y haciendo uso del derecho de contradicción, manifiesta:

Las argumentaciones del recurrente se refieren a dos puntos fundamentales: El primero que tiene que ver con la motivación; dice que se ha violado las reglas de la sana crítica, esto es que el juez no tiene un razonamiento lógico, con conocimiento, con experiencia, lo cual incidiría en la falta de motivación. La sentencia sigue un rigorismo propio de todas las sentencias; contiene una parte de antecedentes, la considerativa, la resolutive, es decir cumple con estos requisitos y es necesario dejar en claro que la Corte de Apelación no puede sino remitirse a aquellas pruebas que se actuaron en juicio.

Hay los testimonios que se sustentan la materialidad y la responsabilidad. El recurrente señala que la sentencia se basa en una versión rendida por la señora Alejandrina Juliana Verdezoto; lo que sucede es que existen testimonios que dan cuenta de que al receptorle la versión -dice el policía- a esta señora, y luego el cónyuge de esta misma señora, ambos son coincidentes en señalar que el sentenciado Carlos Alberto Barros Aguirre gritó al esposo de ella, que su hermano sabía muy bien en qué se había metido y que se cuida también porque a él le iba a pasar lo mismo; por lo tanto la afirmación que hace el recurrente **no es verdadera**, la realidad de la sentencia es que las dos personas hacen relación a que esta señora estuvo presente el momento en que el sentenciado amenazó de muerte al esposo y hermano de la víctima; además nunca fue valorada ni es sustento de la sentencia.

En el recurso casacional no se ha cumplido con el artículo 349 del Código de Procesal Penal aplicable a este caso; es decir, no se ha señalado cuál es el error judicial, por qué causal se ha producido este error de derecho ni se ha podido señalar en qué parte de la sentencia están estos errores; es evidente que lo que se quiere plantear es que no están de acuerdo con la resolución que ha revocado una sentencia de inocencia para condenar al señor Carlos Alberto Barros Aguirre; sin embargo, los argumentos planteados no cumplen el rigorismo del recurso; **no existe una determinación de causal**, no se establece en qué parte de la sentencia se

producen estos yerros; ha dicho que en los considerandos SÉPTIMO y OCTAVO; en el considerando Séptimo se habla de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, de los derechos que tiene el procesado; y, en el Octavo termina señalando su análisis sobre la culpabilidad y, también aquí se produce una alegación que tampoco es verdadera, porque la Corte al momento de resolver señala claramente que revoca la sentencia de mayoría emitida por el Tribunal Segundo de Garantías Penales de Quevedo y declara la culpabilidad de Carlos Alberto Barros Aguirre como autor del delito de homicidio tipificado en el 449 del Código Penal y ratificado en el 144 del Código Orgánico Integral Penal; por lo tanto, no es verdad que el Tribunal no haya señalado ni cuál es la categoría típica, ni grado de participación.

- Luego dice que se ha violentado varios principios legales y constitucionales, entre los legales mencionó el artículo 119 que ya vimos que no es correcto porque no hay violación pues la versión no ha sido incorporada como prueba; el 252 y 253 del Código Procesal Penal que son normas que establecen cuáles son los fines del proceso penal; 86, 87 y 88 establecen las reglas de la sana crítica, la finalidad de la prueba y sobre el nexo causal; no se ha señalado por qué razón no hay prueba suficiente.
- Bajo estos argumentos Fiscalía estima que no puede darse un recurso casacional.

## 2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

### 2.1. COMPETENCIA

El Consejo de la Judicatura, mediante Resolución N° 008-2015, de 22 de enero de 2015, aprobó la integración de la actual Corte Nacional de Justicia. Por su parte el Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión de 28 de enero de 2015, integró sus seis Salas Especializadas conforme dispone el artículo 183 reformado del Código Orgánico de la Función Judicial. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, a través del sorteo realizado el viernes 11 de septiembre de 2015, a las 16h55, estableció el tribunal de casación competente, mismo que queda integrado por la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, quien avoca conocimiento de la causa, como Jueza Nacional Ponente de conformidad con el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial; el doctor Luis Enriquez Villacrés, Juez Nacional; y, la doctora Zulema Pachacama Nieto, Conjueza Nacional quien avoca conocimiento y actúa en reemplazo del doctor Marco Maldonado Castro, Conjuez Nacional, que a su vez reemplaza al ex Juez Nacional doctor Vicente Robalino Villafuerte, por ausencia definitiva del mismo conforme al Oficio N° 463-SG-CNJ, de 08 de abril de 2016, suscrito por el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

### 2.2. DEL TRÁMITE

Por cuanto el presente proceso penal se inició antes de la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial N° 180 del lunes 10 de febrero de 2014, le son aplicables las leyes vigentes a su tiempo, esta es, el Código de Procedimiento Penal del año 2000.

con sus reformas del 24 de marzo de 2009 y siguientes, en atención a lo previsto en la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal<sup>1</sup>; y, en la parte sustantiva, el Código Penal.

### 2.3. VALIDEZ PROCESAL:

El presente recurso se ha tramitado conforme a lo establecido en el artículo 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador y las reglas de impugnación dispuestas en los capítulos I y IV del Título Cuarto, Libro IV, del Código de Procedimiento Penal; por lo que, al no existir vicios in procedendo, ni omisión de solemnidades sustanciales, habiéndose observado las garantías del debido proceso, este Tribunal declara la validez de lo actuado.

### 2.4. DEL DERECHO A RECURRIR Y EL RECURSO DE CASACIÓN:

**2.4.1 Del derecho a recurrir.-** La Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 76.7.m), al tratar sobre las garantías básicas del derecho al debido proceso y más concretamente del derecho a la defensa, establece:

*“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...)*

*7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...)*

*m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”.*

El derecho a recurrir de las decisiones judiciales, se encuentra garantizado en el artículo 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que dice:

*“Garantías Judiciales*

*(...) 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...)*

*h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.*

Así también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo considera en su artículo 14.5 que prevé:

<sup>1</sup> *“Las procesos penales, actuaciones y procedimientos de investigación que estén tramitándose cuando entre en vigencia este Código, seguirán susanciándose de acuerdo con el procedimiento penal anterior hasta su conclusión, sin perjuicio del cumplimiento de las normas del debido proceso, previstas en la Constitución de la República, siempre que la conducta punible este sancionada en el presente Código”.*

*“(...) 5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme lo prescrito por la ley”.*

**2.4.2 De la naturaleza jurídica del Recurso de Casación.-** La casación es una institución procesal, un recurso extraordinario y técnico, no constituye una nueva instancia de análisis sobre los hechos presentados en el caso, sino que realiza únicamente un análisis *in iure* de la sentencia de segunda instancia para determinar posibles violaciones a la ley en la misma, ya por haber contravenido expresamente a su texto, o por existir una indebida aplicación de la ley, o por haberla interpretado erróneamente, conforme dispone el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal<sup>1</sup>, aplicable al presente caso por así preverlo el Código Orgánico Integral Penal, en su Primera Disposición Transitoria referida ut supra.

El recurso de casación forma parte de los medios de impugnación que nuestro sistema procesal penal proporciona a los sujetos procesales para defender el imperio del derecho en las decisiones judiciales; constituye un instrumento protector de los derechos y garantías fundamentales de las partes en el ámbito penal. En nuestro país rige el Estado constitucional de derechos y justicia, por lo que el recurso de casación pasa de cumplir la función de control de la aplicación de la ley por parte de los tribunales de instancia y la unificación de criterios jurisprudenciales, a la función de la tutela de la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y las normas que de manera formal y material sustentan sus disposiciones.

La casación constituye una de las expresiones del ejercicio del derecho a la impugnación, garantizado en los artículos 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 76.7.m) de la Constitución de la República del Ecuador, señalados anteriormente.

la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, a través de sus Tribunales de Casación, al definir los parámetros para analizar el recurso de casación, ha determinado que obligatoriamente se debe precisar la sentencia de la cual se recurre; igualmente, establecer una norma jurídica puntual que el casacionista crea que ha sido vulnerada en la sentencia impugnada; así también, en atención al principio de taxatividad, el recurrente está en la obligación de señalar una causal específica de las previstas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, sobre la cual se deberá pronunciar el Tribunal de Casación, recordando que

<sup>1</sup> “El recurso de casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación (...)”.

estas son la contravención expresa del texto de la ley, la indebida aplicación de la misma, o su errónea interpretación, y que no es factible plantear más de un cargo casacional por cada norma que se estima vulnerada.

Finalmente, se requiere del recurrente, que en la fundamentación de su recurso, realice una correcta argumentación jurídica que doté de sustento a su pretensión, a cuyo respecto, la Sala ha manifestado:

*“Ningún recurso de casación podrá ser procedente, si el recurrente no exterioriza las razones jurídicas de las que se cree asistido, para elaborar los cargos que presenta al Tribunal. Esta actividad, que se conoce como argumentación jurídica, consta de tres componentes básicos: a) Determinación de la parte específica de la sentencia impugnada, en la cual se encuentra el error de derecho; b) Confrontación entre el razonamiento del juzgador sobre la aplicación o interpretación de una norma jurídica, que se considera ha provocado un error de derecho, y aquella aplicación o interpretación que estima el recurrente se debería haber realizado; y, c) Explicación de la influencia que ha tenido el error de derecho, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada”.*

2.4.3 De lo expuesto se concluye, que el recurso de casación se caracteriza por su tecnicismo y excepcionalidad, en tanto, se dirige y limita, a analizar la sentencia de segunda instancia, a fin de determinar si en ella se ha violado la ley, por alguna de las causales expresamente determinadas en la normativa adjetiva penal, que para el presente caso es el Código de Procedimiento Penal y no otra ley, recordando que dichas causales o cargos casacionales son: contravención expresa de la ley, indebida aplicación de la ley, o errónea interpretación de la misma. Es respecto a estos errores “*in iudicando*”, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de Casación.

Además, debe precisarse que en sede de casación, por imperativo legal, está prohibido volver a valorar prueba; de ahí que, toda alegación que no se subsuma dentro de los parámetros legales que rigen el recurso de casación, resulta improcedente, por no ser conducente a demostrar la violación de la ley en la sentencia objetada.

## 2.5. DISQUISICIONES JURÍDICAS A CONSIDERARSE EN LA PRESENTE SENTENCIA:

**Falta de motivación en la sentencia.**- El Tribunal de Casación puede conocer en sede de casación, las violaciones a las garantías constitucionalmente consagradas, entre ellas, la de la debida motivación, constante en el artículo 76.7.1) de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con los artículos 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial y 304-A del

<sup>1</sup> Ecuador. Sentencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, dentro del caso No. 001-2016.

Código de Procedimiento Penal, Siguiendo con los criterios expuestos por la Corte Constitucional del Ecuador, una sentencia motivada debe ser lógica, razonable y comprensible, y es respecto a estos elementos o estándares mínimos de la motivación que debe dirigirse el análisis del Tribunal de Casación, para determinar si la sentencia in examine se encuentra debidamente motivada o no.

## 2.6. DE LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN PLANTEADO:

2.6.1 Dentro de la audiencia de fundamentación del recurso de casación, el impugnante Carlos Alberto Barros Aguirre, a través de su abogado defensor ha manifestado que la sentencia dictada por el tribunal ad-quem se encuentra inmotivada; en consecuencia, corresponde al Tribunal de Casación, en virtud de haberse llevado a efecto la referida audiencia, realizar el análisis respectivo a fin de determinar si la sentencia de la Sala Provincial cumple con los estándares de motivación, y en caso de ser así, entrar en el estudio de los cargos de legalidad que hubiere formulado el impugnante, pues de lo contrario sería infructuoso entrar a dicho análisis.

Al respecto, la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 76.7.1) prevé:

*“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...)*

*7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...)*  
*1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.*

Consecuentemente, los órganos jurisdiccionales y constitucionales se encuentran en la obligación de motivar sus sentencias, constituyéndose esta exigencia en una garantía del debido proceso y parte del derecho a la defensa que tienen los sujetos procesales, a fin de conocer de manera amplia, detallada y clara, las razones que el juzgador encontró para tomar sus decisiones. Por tanto, es necesario argumentar con propiedad los criterios que permitieron al juzgador llegar a la resolución dictada, para solventar el problema puesto en su conocimiento; y, en caso de inobservarse este mandato, se produciría una vulneración del artículo 76.7.1) de la Constitución de la República del Ecuador, cuya consecuencia es la nulidad del acto según lo dicta la referida norma.

Sobre la temática de la motivación encontramos una amplia gama de pronunciamientos en que se fijan los denominados **estándares de la motivación**; así, jurisprudencialmente, en el ámbito

nacional encontramos los emanados de esta Corte Nacional de Justicia a través de los distintos Tribunales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito<sup>4</sup>, y en el supranacional fundamentalmente los dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>5</sup>.

En el área doctrinaria, entre otros criterios encontramos aquel que señala que en cuanto a la institución jurídica de la motivación pueden presentarse varias clases de la misma: así tenemos básicamente cuatro tipos de violaciones a la garantía de la motivación y son: 1. Ausencia de motivación, 2. Motivación contradictoria, 3. Motivación anfibológica o ambigua, y 4. Falsa motivación<sup>6</sup>.

Al respecto señala el tratadista Orlando Rodríguez, que en los tres primeros tipos de violación a la motivación, corresponde declarar la nulidad de la sentencia, pues constituyen en estricto rigor técnico errores in procedendo, en los que no se satisfizo los estándares analizados ut supra, mientras que en la falsa motivación existe propiamente un error in iudicando respecto al cual el Tribunal de Casación debe pronunciarse, resolviendo sobre el fondo del proceso, es decir sobre los cargos casacionales planteados: esta falsa motivación, a la que también se denomina motivación sofisticada aparece cuando la motivación se aparta o no corresponde a los hechos probados en el juicio, incurriendo el juzgador de instancia en una valoración distorsionada de la prueba actuada, cayendo

<sup>4</sup> Corte Nacional de Justicia, caso 504-2014, Sentencia de 16 de septiembre de 2014. La motivación es "una obligación que racionaliza el proceso al ser requisito esencial e luego una causal de nulidad de los actos que no cumplen este deber del procesado. Sin embargo, la motivación no solamente se refiere a la verificación de los hechos con normas jurídicas, sino que radica en la subordinación del poder judicial a la Constitución cuando justifican los razonamientos del órgano jurisdiccional por los que se ha alcanzado la resolución adoptada (...) y debiendo, por tanto, mantener coherencia lógica entre las alegaciones de las partes, la prueba y las conclusiones expresadas por el órgano jurisdiccional en su decisión".

Corte Nacional de Justicia, caso 191-2011, Sentencia de 20 de agosto de 2013. "La ausencia de motivación se refiere a la falta de exposición de motivos que justifiquen la emisión del juez en cuanto al hecho y las razones jurídicas que determinan la aplicación de una norma de ese hecho, se que comprenda todas las cuestiones. Es obligación de las juezas y jueces haber constar en sus resoluciones una exposición de los motivos por los cuales adoptan la resolución que contenga la descripción de los hechos analizados (en el caso de las sentencias que emiengna los hechos y actos probados en la audiencia de juicio), las normas jurídicas aplicables, la relación lógica entre los hechos analizados, las normas jurídicas y las conclusiones".

Corte Nacional de Justicia, caso 00006-2017, Sentencia de 30 de mayo de 2017. "El tema de la motivación ha sido ampliamente tratado por los distintos órganos competentes para analizar el respeto a las normas constitucionales y legales, tanto en el ámbito nacional cuanto en el supranacional, cuyos pronunciamientos conforman los denominados estándares de la motivación que deben ser utilizados por los juzgadores; entre ellos encontramos los de razonabilidad lógica y comprensibilidad que deben observar las resoluciones jurisdiccionales, sobre los cuales se ha señalado, que consisten en, **razonabilidad**, las decisiones deben encontrarse fundamentadas en principios y normas constitucionales, convencionales, legales, a más del apoyo de la doctrina y la jurisprudencia aplicable; **lógica**, que exige la debida coherencia entre las premisas, la conclusión y la decisión a la que arriba el juzgador; y, **comprensibilidad**, atinente a la claridad que debe presentarse el fallo, a fin de que sea de fácil entendimiento para quien lo analice".

<sup>5</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, Sentencia de 21 de noviembre de 2007. "Por otro lado, la Corte destaca que la motivación de la decisión judicial es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa. En efecto, la argumentación ofrecida por el juez debe mostrar claramente que han sido debidamente tomados en cuenta los argumentos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado rigurosamente, mas aún en ámbitos en los que se comprometen derechos tan importantes como la libertad del procesado".

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, Sentencia de 5 de agosto de 2008. "El Tribunal ha resuelto que las decisiones que adoptan los órganos internos que pueden afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las debidas garantías incluidas en el artículo 81 de la Convención para salvaguardar el derecho a un debido proceso".

<sup>6</sup> Orlando A. Rodríguez, Casación y Revisión Penal. Evolución y Garantismo, Temis, Bogotá – Colombia, 2008, pp. 320-325.

por tanto en una decisión arbitraria; en definitiva, la decisión adoptada no recoge ni refleja la realidad de lo probado en el juicio.

En cuanto a los demás casos o tipos de violaciones a la garantía de la motivación, se considera que ausencia de motivación es la falta total o parcial de los motivos que justifican la convicción a la que ha llegado el juez, respecto de los hechos y el derecho, que le llevan a la aplicación de determinada norma a los antecedentes de hecho; por su parte la motivación contradictoria, según el referido tratadista "(...) *es cuando existe un insanable contraste entre los fundamentos que se aducen, o entre estos y la parte resolutive, de tal modo que se excluyen entre sí y se neutraliza, por lo que el fallo queda así, sin motivación; o, cuando en las mismas se hacen argumentaciones de exculpación y de responsabilidad de manera simultánea, situación que se evidencia en casos en los que se reconoce la existencia de una causal de 'ausencia de la responsabilidad', pero al mismo tiempo se argumenta en favor de la responsabilidad del procesado*"<sup>7</sup>; y la motivación anfibológica o ambigua, que se presenta cuando no existe claridad en lo manifestado por el juzgador en su resolución, a tal punto que debido a la obscuridad de los criterios expuestos por el juez, no se puede determinar su pensamiento, y conforme señala Orlando Rodríguez, "*Cuando el sentenciador no expone unas razones decisorias claras, precisas, y por el contrario, recurre a la ambigüedad o a lo farragoso, indudablemente está afectando esta garantía por el usuario de la administración de justicia*".

2.6.2 Luego de este análisis, el Tribunal de Casación ha procedido a revisar la sentencia impugnada, a fin de determinar si el tribunal de apelación, al emitir su fallo, ha realizado la aplicación correcta de los estándares motivacionales referidos ut supra: así, encontramos que el tribunal ad-quem, hace referencia a la competencia, determinando las normas constitucionales y legales que amparan la misma, para a continuación declarar la validez de lo actuado.

Seguidamente se efectúa el relato fáctico de lo que se juzga, para luego adentrarse, en los considerandos Cuarto y Quinto, en la descripción de las pruebas presentadas por Fiscalía para demostrar la existencia material de la infracción, y la responsabilidad penal del acusado Carlos Alberto Barros Aguirre. En el considerando Sexto de la sentencia constan las intervenciones de las parte procesales en la audiencia de apelación, empezando por Fiscalía quien era la apelante, para concluir con la defensa del procesado.

A continuación, consta como considerando Séptimo, bajo el título "ELEMENTOS OBJETIVOS Y

<sup>7</sup> Orlando A. Rodríguez, Casación y Revisión Penal, Evolución y Garantismo, Temis, Bogotá - Colombia, 2008, p. 325

SUBJETIVOS DEL TIPO". lo siguiente:

*"Este Tribunal de alzada analizando la prueba practicada en la audiencia de juicio, especialmente las de cargo, que el acusado Carlos Barros Aguirre tiene participación y responsabilidad en el delito debidamente comprobado, es decir haber adecuado su conducta dentro del tipo penal que acusa la Fiscalía, es decir el de homicidio, conforme lo determina el Art. 449 del Código Penal, ya que con su actuar doloso produjo la muerte de Pedro Palma Vera. Esta construcción mental tiene sus bases en los hechos precedentes que se dieron previa a la muerte del señor Palma Vera; ya que de las pruebas obtenidas en la audiencia de juicio este Tribunal de alzada tiene la plena certeza de que el acusado Carlos Barros Aguirre, tenía suficientes razones para ejecutar el acto contra la vida de Pedro Palma, hecho que lo materializó y pretendiendo dejar su delito en la impunidad abandonó su cuerpo que posteriormente apareció en las orillas del río de esta ciudad, a altura de la parroquia San Camilo. Frente a estas conclusiones se podría pensar que no ha existido suficientes pruebas para sostener lo indicado; pero la evolución del derecho penal moderno, se ha visto reflejada en ley y la doctrina, que le han entregado herramientas al Juzgador para una construcción mental como la presente en base a las pruebas indiciarias con las que se cuenta o se introducen en un juzgamiento, como el presente caso. Siendo importante anotar que en la sociedad en la que nos desarrollamos y ante el auto delincencial que avanza a pasos gigantados no siempre se cuenta con pruebas directas, más aún en delitos graves como en el presente caso. En palabras de Franz Von Liszt y Ernst Von Belling, quienes sostienen que el objetivo de un Tribunal es determinar si los hechos fácticos responden o no a una conducta humana; y, si esta conducta es penalmente relevante; y, como lo refiere Jiménez de Azúa estos hechos fácticos deben encajar como tornillo a la tuerca o el marco u la puerta con la descripción de un tipo penal, cuestión que se cumple en el presente juicio, ya que al existir un delito en este caso contra la vida, este fue producto de la conducta desarrollada por el acusado Barros Aguirre. Más aún si tomamos en cuenta que la Constitución actual garantiza el derecho a la inviolabilidad de la vida, así como la adopción de medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia. De allí, que los jueces estamos en la obligación de garantizar y aplicar en forma inmediata los derechos y garantías establecidas en la Constitución y en los Tratados e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Frente al análisis que hace el Tribunal es necesario destacar que de la descripción del tipo penal previsto en el artículo 449 del Código Penal, podemos obtener los siguientes elementos objetivos. 1) Ocasionar la muerte de una persona sin las circunstancias del Art. 450 del Código Penal. 2) Materialización del hecho. Por su parte, el citado injusto penal goza de un elemento subjetivo en particular, este es: La intención acompañada del acto, es decir voluntad manifiesta revelada en el resultado criminoso" (sic) (Los subrayados nos pertenecen).*

Como se puede observar, en el presente considerando el tribunal ad-quem realiza varias conclusiones pero sin explicar la forma en que ha llegado a las mismas, con base en la prueba con la que ha contado y que fue enumerada en su totalidad en los considerandos Cuarto y Quinto, pero sin analizarla ni relacionarla con los hechos que se juzgan, ni con la responsabilidad del procesado, realizando varias expresiones pero sin ser explicadas: así, manifiesta que habría un actuar doloso del acusado, o que el mismo tenía suficientes razones, o que el hecho lo materializó el recurrente, o hace también mención a la conducta desarrollada por el ciudadano Carlos Barros Aguirre, pero como se indicó, sin precisar la forma y las pruebas con las que ha llegado al convencimiento de esas situaciones.

Continúa la Sala Provincial con su último considerando, el Octavo, al que lo denomina "ANÁLISIS DE LA SALA", en el que expresa:

*"Desde el punto de vista estrictamente semántico, apelar es: recurrir al juez o tribunal superior para que revoque, enmiende o anule la sentencia que se supone injustamente dada por el inferior. La inconformidad, insatisfacción o rechazo son las motivaciones de la apelación pero jamás la apelación en sí misma. Friedrich Durrenmatt dice que la verdad acontece en planos inalcanzables para el aparato judicial. De hecho, los abogados hablamos de dos verdades. La verdad histórica por llamarla de alguna manera- que es aquella que refleja los hechos tal cual ocurrieron; y la verdad procesal que refleja los hechos tal cual le son presentados al juez, o tal cual los percibe el juez, quien cargando con la responsabilidad de juzgar, tiene el limitante fatal de no ser un espectador de los hechos y en tal virtud, la verdad fáctica le será esquivada siempre. Una resolución judicial será más justa en la medida en que más se acerque a lo verdaderamente ocurrido. Lo dicho bastaría para que hasta el más acérrimo creyente en la justicia se dé cuenta de que la posibilidad del error judicial es alta en cualquier país y con cualquier sistema procesal. Por eso, en el Estado de Derecho, la apelación es conatural al proceso. Su régimen debe ser amplio, extremadamente amplio; de forma que se limiten al máximo sus restricciones y cortapisas. El justiciable ejerce el derecho de impugnación o de doble instancia consagrado en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, mediante la interposición de recursos. Siendo que el Recurso de apelación es un recurso ordinario y devolutivo, por el cual el litigante que se siente perjudicado por una Resolución Judicial somete de nuevo la materia de dicha resolución a un Tribunal Superior del que la dictó, con el objeto de que se reexamine la prueba y se revea su situación jurídica contemplada en el Art. 343 numeral 2 del Código Penal; de lo analizado, es posible concluir: Que el recurso de apelación no es otra cosa que la solicitud que hacen las partes para que se reexamine la prueba actuada en las instancias anteriores; en el presente caso no ha sido motivo de reexamen la materialidad de la infracción, que el señor fiscal indica que ha apelado de la sentencia confirmatoria de inocencia, indicando que la fiscalía presentó varios testimonios, y se observa el del señor JAVIER RAMÓN PALMA VERA, quien dice que su hermano el hoy occiso salió el 7 de septiembre de 2006 en la mañana y según le comentó su conviviente JULIANA VERDESOTO, que el hoy occiso le manifestó que iba donde la mamá de María Elena Parrales, quien conocía como antecedente que cuando estaba en la camioneta en San Carlos el hoy procesado lo había querido ahorcar y cuando buscaba a su hermano el día que desapareció en la casa de la señora María Elena Parrales tuvo problemas verbales con Carlos Alberto Barros Aguirre, quien le gritó que el hoy occiso sabía a lo que se había metido y que él también se cuidara porque le podía pasar lo mismo, lo cual es corroborado con el testimonio de CARLOS ALBERTO SOLEDISPA ORTIZ, los agentes de policía que declaran recogen información suficiente, hacen las debidas investigaciones y declaran en la etapa de juicio, y no determinaron que el hoy occiso haya tenido algún otro problema como para que hubiesen terminado con su vida, algún otro individuo. Por lo que la Sala considera que del proceso existe prueba suficiente de la materialidad de la infracción así como de la responsabilidad del señor Carlos Alberto Barros Aguirre, en el delito de homicidio tipificado en el Art. 449" (sic).*

Conforme consta en este considerando de la sentencia impugnada, la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, emite una serie de criterios conceptuales personales, en especial respecto a lo que constituye el recurso de apelación, para al concluir referirse a lo que considera suficiente comprobación de la existencia material del delito y la responsabilidad del procesado; sin embargo, la deducción a la que llega es escueta y ambigua, carente de un sustento que dé fortaleza a lo que resuelve.

Igualmente, es importante señalar que los considerandos Séptimo y Octavo de la sentencia, que contiene el razonamiento del ad-quem, carece de sustento, en cuanto a normas nacionales y supranacionales específicas sobre el delito y la responsabilidad, con enunciaciones genéricas sobre cuerpos normativos, lo que da como resultado que la sentencia sufra de falta de razonabilidad; así como también, al no encontrar un sustento de lo que resuelve el juzgador de instancia, la sentencia falta a la lógica, y por ende da como resultado que la misma no sea comprensible para el conglomerado social que debe revisarla. Consecuentemente, tenemos una sentencia inmotivada, que no reúne los estándares de la motivación que se han señalado ut supra, por lo que vulnera la garantía prevista en el artículo 76.7.1) de la Constitución de la República del Ecuador.

### 3. DECISIÓN

En virtud de lo expuesto, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, por unanimidad, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, y con fundamento en el artículo 76.7.1) de la Constitución de la República del Ecuador, resuelve declarar la nulidad constitucional de la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos con sede en el cantón Quevedo, con fecha 22 de julio de 2015, a las 09h29, por adolecer de falta de motivación en la misma; esta nulidad constitucional retrotrae al proceso hasta la audiencia de apelación, que deberá volver a realizarse, a fin de que el tribunal ad-quem emita una sentencia conforme a las normas constitucionales y legales pertinentes. La nulidad se declara a costa de los jueces que la provocaron.- Actúe el doctor Carlos Rodríguez García, Secretario Relator de la Sala.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-F.-** Dra. Sylvia Sánchez Insuasti.- **JUEZA NACIONAL PONENTE.- F.-** Dr. Luis Enríquez Villacrés.- **JUEZ NACIONAL.- F.-** Dra. Zulema Pachacama Nieto.- **CONJUEZA NACIONAL.-** Certifíco.- F.- Dr. Carlos Rodríguez García.- **SECRETARIO RELATOR:**

**CERTIFICO:** Las siete (07) fojas que anteceden son iguales a su original

Quito, 16 de octubre de 2017

  
Dr. Carlos Wán Rodríguez García  
**SECRETARIO RELATOR**

CASO No. 17721-2014-1629  
 RESOLUCIÓN No. 1384-2017  
 RECURSO: CASACIÓN  
 PROCESADO: MARCIA JANETH PONCE HUILCA  
 DELITO: ESTAFA

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**

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

**Juicio N.º. 1629-2014**

**Recurso de Casación**

**JUEZA NACIONAL PONENTE:** Dra. Sylvia Sánchez Insuasti

Quito, lunes 21 de agosto del 2017, las 10h48.

**VISTOS:** Habiéndose agotado el trámite legal pertinente, y por ser el estado de la causa el de motivar la sentencia por escrito, para hacerlo se considera:

**I. ANTECEDENTES**

**I.1 ANTECEDENTES PROCESALES.-**

I.1.1 El Primer Tribunal de Garantías Penales de Orellana, el 04 de junio de 2014, las 16h44, dicto **sentencia condenatoria**, en contra de la señora Marcia Janeth Ponce Huilca, como autora del delito de **estafa**, tipificado y sancionado en el artículo 563 del Código Penal<sup>1</sup>, en concordancia con el artículo 42 ibídem; consecuentemente, le impone la pena de **UN AÑO DE PRISIÓN CORRECCIONAL** y la multa de cincuenta (50) dólares de los Estados Unidos de Norteamérica. Se dispone, **además**, que la procesada pague a la acusadora particular señora Germania Yesenia Cabezas Egas, la suma de treinta mil (30.000) dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, por concepto de daños y perjuicios<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Art. 563.- El que, con propósito de apropiarse de una cosa perteneciente a otro, se **hubiere** hecho entregar fondos, muebles, obligaciones, finiquitos, recibos, ya haciendo uso de nombres falsos, o de falsas calidades, ya empleando manejos fraudulentos para hacer creer en la existencia de falsas empresas, de un poder, o de un crédito imaginario, para infundir la esperanza o el temor de un suceso, accidente, o cualquier otro acontecimiento quimérico, o para abusar de otro modo de la confianza o de la credulidad, será reprimido con prisión de seis meses a cinco años y multa de ocho a ciento cincuenta y seis dólares de los Estados Unidos de Norte América.

Será sancionado con el máximo de la pena prevista en el inciso anterior y multa de quinientos a mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, el que comete el delito utilizando medios electrónicos o telemáticos.

La pena será de reclusión menor ordinaria de tres a seis años, si la defraudación se cometiera en casos de migraciones ilegales.

<sup>2</sup> Cuaderno del Primer Tribunal de Garantías Penales de Orellana, III cuerpo, fs. 245-250

1.1.2 De esta sentencia, la procesada señora Marcia Janeth Ponce Huilca, interpone recurso de apelación, cuyo conocimiento recayó en la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Orellana, que el 12 de septiembre de 2014, las 16h21, resolvió por unanimidad, rechazar el recurso interpuesto, modificando la sentencia subida en grado, únicamente respecto al monto establecido por daños y perjuicios, fijando la cantidad de veinticinco mil (25.000) dólares de los Estados Unidos de Norteamérica<sup>3</sup>.

1.1.3 La procesada, señora Marcia Janeth Ponce Huilca, interpone oportunamente casación, de la sentencia emitida por el tribunal de segunda instancia. Por la fecha en que se ha presentado el recurso, corresponde aplicar el Código de Procedimiento Penal del año 2000, con sus reformas del 24 de marzo de 2009, y siguientes; en cumplimiento de la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal<sup>4</sup>, publicado en el Registro Oficial No. 180, de 10 de febrero de 2014.

## 1.2 ANTECEDENTES FÁCTICOS.-

1.2.1 El 15 de febrero de 2008, las señoras Marcia Janeth Ponce Huilca, (en calidad de vendedora) y Germania Yesenia Cabezas Egas (en calidad de compradora), firmaron un acta de mutuo acuerdo, para la compra-venta de un lote de terreno de 335 m<sup>2</sup>, ubicado en la Av. 9 de Octubre y Julio Llori, ciudad del Coca, provincia de Orellana, fijándose el precio del lote en veinticinco mil (25.000) dólares de los Estados Unidos de Norteamérica. La señora Germania Yesenia Cabezas Egas, efectuaría el pago de la siguiente manera: (i) Entrega de una camioneta Toyota, de placas PIF-0061, avaluada en 15.000 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica; (ii) Pago en efectivo, de mil (1.000) dólares de los Estados Unidos de Norteamérica; y, (iii) Pago en efectivo, de nueve mil (9.000) dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, en 60 días, contados a partir de la fecha de suscripción del acuerdo.

1.2.2 La señora Germania Yesenia Cabezas Egas, cumplió con la entrega de la camioneta y el primer pago en efectivo; sin embargo, transcurridos los 60 días para cancelar el último pago, éste no se realizó, sino hasta el 07 de mayo de 2008, fecha en la cual entregó a la señora Marcia Janeth

<sup>3</sup> Cuaderno de la Corte Provincial de Justicia de Orellana, fs. 08-11

<sup>4</sup> Código Orgánico Integral Penal, DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA: Los procesos penales, actuaciones y procedimientos de investigación que estén tramitándose cuando entre en vigencia este Código, seguirán sustanciándose de acuerdo con el procedimiento penal anterior hasta su conclusión, sin perjuicio del acatamiento de las normas del debido proceso, previstas en la Constitución de la República, siempre que la conducta punible esté sancionada en el presente Código.

Ponce Huilca la cantidad de seis mil quinientos (6.500) dólares de los Estados Unidos de Norteamérica. Ante la demora en el pago del precio pactado, la señora Marcia Janeth Ponce Huilca procedió a formalizar un negocio jurídico de compra venta, sobre el mismo lote de terreno ubicado en la Av. 9 de Octubre y Julio Llora, ciudad del Coca, provincia de Orellana, enajenándolo a favor del señor Edwin Castillo; además, vendió la camioneta Toyota, de placas PIF-0061.

### 1.3 INTERVENCIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES EN LA SUSTANCIACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.-

#### 1.3.1 Marcia Janeth Ponce Huilca<sup>5</sup>

El doctor Franklin Arévalo Alvarado, defensor técnico de la procesada, señora Marcia Janeth Ponce Huilca, fundamenta el recurso de casación propuesto, manifestando en lo principal que:

- La sentencia recurrida es la dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Orellana, el 12 de septiembre de 2014, las 16h21.
- El presente proceso penal inició con el acta de mutuo acuerdo, suscrito entre las señoras Marcia Janeth Ponce Huilca y Germania Jessenta Cabezas Egas, el 15 de febrero del 2008, ante el Notario doctor Salomón Merino Torres, en el que se acordó la venta de un lote de terreno, por el valor de veinte y cinco mil (25.000) dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, a ser cancelados de la siguiente forma: dieciséis mil (16.000) dólares americanos a la firma del acta y el saldo de nueve mil (9.000) dólares americanos, en sesenta días plazo.
- En la sentencia impugnada, se aplicó indebidamente el artículo 563 del Código Penal, ya que un asunto estrictamente civil, que tuvo origen en un contrato bilateral, no está sujeto al ámbito penal.
- La acusadora particular, señora Yesenia Cabezas Egas, jamás pagó los nueve mil (9.000) dólares americanos que restaban para pagar el precio total del lote de terreno, en consecuencia, no existió la obligación de entregar, según se pactó en el contrato civil.
- El artículo 1561 del Código Civil expresa: *"todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento"*, Y, en el acta de mutuo acuerdo, suscrito entre la procesada y la acusadora particular, en su parte final, se hace constar: *"...para constancia de lo actuado, firmamos en unión de acto conjuntamente con el señor Notario, quien da fe y certifica..."*.

<sup>5</sup> Expediente de la Corte Nacional de Justicia, acta de la audiencia de fundamentación del recurso, f. 78, 78 vta

- El convenio de mutuo acuerdo, de carácter civil, no fue elaborado por la señora Marcia Jeaneth Ponce, por el contrario, es un documento creado por la Notaría. Además, en la cláusula "Tercera" del acuerdo, se establece: "...en caso de incumplimiento de cualquiera de las partes, serán sancionadas ante los jueces competentes de esta jurisdicción...", es decir, las partes se sometieron al fuero civil.
- El tribunal de segunda instancia viola el principio de ultima ratio que caracteriza al derecho penal, esto es, que sólo debe activarse esta materia cuando sea la única forma de proteger un bien jurídico.
- Solicita se case el fallo objetado, y en su lugar se aplique el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal, de modo que corresponde ratificar el estado de inocencia de la señora Marcia Janeth Ponce Huilca.

### 1.3.2 Fiscalía General del Estado<sup>6</sup>

El doctor Marco Navas Arboleda, delegado de la Fiscalía General del Estado, contesta el recurso de casación, indicando en lo principal:

- El señor Notario de Orellana, jamás debió aceptar la suscripción de un convenio de mutuo acuerdo entre las señoras Marcia Janeth Ponce Huilca y Germania Yesenia Cabezas Egas, porque lo que correspondía era un contrato de promesa de compra-venta, lo que constituye una ilegalidad.
- La señora Marcia Janeth Ponce Huilca, se hizo entregar un vehículo marca Toyota, por el valor de quince mil (15.000) dólares americanos, además de mil (1.000) dólares americanos en efectivo. Posteriormente, se le entregó nueve mil (9.000) dólares americanos más, con los que se completaba los veinte y cinco mil (25.000) dólares, que se habían pactado como precio del lote de terreno, debiendo entregar en contraprestación, las escrituras correspondientes. Empero, eso no sucedió, por el contrario, la procesada vendió el lote de terreno a una tercera persona y lo mismo hizo con la camioneta que recibió como parte de pago.
- Cuando no se concretó la compra-venta, la procesada debía devolver el dinero a la señora Germania Yesenia Cabezas Egas, lo que no ocurrió. Incluso, si la hoy acusadora particular, no quería recibir el dinero, podía consignárselo en el tribunal correspondiente.
- La señora Marcia Janeth Ponce Huilca actuó dolosamente, con voluntad y conciencia indujo a error a la víctima, la que de buena fe hizo la entrega de dinero y bienes para cumplir con el convenio; en tal virtud, se violentó el bien jurídico protegido, propiedad, derecho que está

<sup>6</sup> *Ibid.*, acta de la audiencia de fundamentación del recurso, f. 79

reconocido en el artículo 66.26 de la Constitución de la República del Ecuador.

- En el presente caso no hay duda respecto de la existencia material de la infracción y la responsabilidad de la procesada, por lo que no corresponde aplicar el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal.
- Solicita se **declare improcedente el recurso de casación planteado y se ratifique la sentencia subida en grado.**

### 1.3.3 Germanía Yesenia Cabezas Egas<sup>7</sup>

El doctor Andrés Acaro Álvarez, en representación de la acusadora particular, señora Germanía Yesenia Cabezas Egas, indica que:

- El **acta de mutuo acuerdo**, suscrita entre la procesada y la acusadora particular es ilegal e ilegítimo y fue el instrumento a través del cual la señora Marcia Janeth Ponce Huilca se hizo entregar dinero y bienes, a condición de que a futuro, entregue un inmueble, lo que nunca cumplió.
- La procesada usufructuó de los recursos que le fueron entregados y hasta la presente fecha, no ha devuelto los valores que le fueron cancelados.
- Solicita se declare improcedente el recurso interpuesto y **que de forma inmediata se disponga la devolución del proceso, para proceder con la ejecución de la sentencia.**

## II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

### 2.1 COMPETENCIA.-

2.1.1 De conformidad con las resoluciones No. 01-2015 y No. 02-2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia; el acta de sorteo de la Sala Especializada de lo Penal de 28 de enero de 2015; y, el sorteo de ley efectuado el 09 de febrero de 2015, las 16h19, el Tribunal de Casación está integrado por la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional, quien actúa como ponente, en atención a lo dispuesto en el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial<sup>8</sup>; la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional y el doctor Jorge M. Blum Carcelén, Juez Nacional.

2.1.2 Las Juezas y el Juez Nacionales actuantes, somos competentes para conocer la presente causa, en atención a lo dispuesto en los artículos 184.1 y 76.7.k) de la Constitución de la República; 184 y

<sup>7</sup> Ibid., acta de la audiencia de fundamentación del recurso, f. 79 vta.

<sup>8</sup> Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 141.- Siempre que la resolución deba ser dictada por un tribunal, existirá una jueza o juez ponente.

186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, reformados por la Ley Orgánica Reformativa al Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 17 de julio de 2013; 21.2, 349 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, vigente hasta el 9 de agosto de 2014.

## 2.2 VALIDEZ PROCESAL.-

El presente recurso se ha tramitado de conformidad con lo establecido en los artículos 75 y 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador y las reglas generales de impugnación dispuestas en los capítulos I y IV del Título Cuarto del Código de Procedimiento Penal. Por lo que, al no existir vicios de procedimiento, ni omisión de solemnidades sustanciales, habiéndose observado las garantías del debido proceso, este Tribunal declara la validez de lo actuado.

## 2.3 CONSIDERACIONES JURÍDICAS RESPECTO AL DERECHO A RECURRIR Y AL RECURSO DE CASACIÓN.-

2.3.1 La Constitución de la República, en el artículo 76.7.m), establece que: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”

2.3.2 El derecho de recurrir de las decisiones judiciales, se encuentra garantizado en los artículos: 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>9</sup>, 8.2.h) de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)<sup>10</sup> y 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos<sup>11</sup>; instrumentos internacionales, que hacen todos, parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano, en razón del bloque de constitucionalidad, consagrado en los artículos 425<sup>12</sup> y 426<sup>13</sup> de la Constitución de la República del Ecuador.

<sup>9</sup> Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

<sup>10</sup> Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

<sup>11</sup> Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

<sup>12</sup> Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

2.3.3 Para que el derecho a recurrir pueda satisfacerse plenamente, debe ser interpuesto dentro del plazo y según la forma que determine la ley, según lo prescriben los artículos 324<sup>14</sup> y 325<sup>15</sup> del Código de Procedimiento Penal.

2.3.4 El artículo 349 del Código *eiusdem*, aplicable al presente caso, establece que: “*Causales.- El recurso de casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación.*”

*No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba*”. [Las negrillas no pertenecen al texto original]

En este sentido, la contravención expresa del texto se presenta cuando el juzgador, por omisión, deja de utilizar determinada disposición jurídica, que es necesaria para la resolución de un caso concreto, resolviendo en contra de su mandato; por su parte, la indebida aplicación, ocurre cuando el juzgador yerra al resolver un caso en concreto, por aplicar una norma que no resulta pertinente para la resolución; y, finalmente, existe errónea interpretación, cuando el juzgador aplicando la disposición pertinente para la resolución del caso en concreto, le da un sentido y alcance diferente al expresado por su tenor literal<sup>16</sup>.

LEXIS

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

<sup>14</sup> Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

<sup>15</sup> Art. 324.- Facultad de impugnar.- Las providencias son impugnables solo en los casos y formas expresamente establecidos en este Código.

Cuando la ley no distinga, el derecho a impugnar corresponde a las partes.

El defensor puede interponer los recursos, pero el imputado o acusado puede desistir de los recursos interpuestos por su defensor.

<sup>16</sup> Art. 325.- Interposición.- Para ser admisibles, los recursos deben ser interpuestos dentro del plazo y según la forma que determine la ley.

Al concederse un recurso se emplazará a las partes para que concurren ante el Superior para hacer valer sus derechos.

<sup>16</sup> Véase jurisprudencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, Juicio No. 863-2014, que por delito de violación se siguió en contra de Roberto Carlos Aguirre Cansés.

2.3.5 La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, a través de sus Tribunales de Casación, al definir los parámetros para analizar el recurso de casación, ha establecido que:

Ningún recurso de casación podrá ser procedente, si el recurrente no exterioriza las razones jurídicas de las que se cree asistido, para elaborar los cargos que presenta al Tribunal. Esta actividad, que se conoce como argumentación jurídica, consta de tres componentes básicos: a) Determinación de la parte específica de la sentencia impugnada, en la cual se encuentra el error de derecho; b) Confrontación entre el razonamiento del juzgador sobre la aplicación o interpretación de una norma jurídica, que se considera ha provocado un error de derecho, y aquella aplicación o interpretación que estima el recurrente se debería haber realizado; y, c) Explicación de la influencia que ha tenido el error de derecho, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada<sup>17</sup>.

2.3.6 De los criterios jurídicos antes expuestos, se establece que el recurso de casación se caracteriza por su tecnicismo y excepcionalidad, en tanto, se dirige y limita a analizar la sentencia de segunda instancia, a fin de establecer si en ella se ha violado la ley por alguna de las causales expresamente determinadas en la normativa adjetiva penal –contravención expresa, indebida aplicación, errónea interpretación-, al Tribunal de Casación, no le compete pronunciarse sobre errores relativos a la tramitación de la causa, concebidos como errores “in procedendo”, los cuales tienen una vía de impugnación distinta, esto es, nulidad y/o apelación, -segunda instancia- que inexorablemente debió haberse agotado previo a la interposición del recurso de casación, ergo, existe ya un pronunciamiento al respecto. Además, debe precisarse que en sede casación, por imperativo legal, está prohibido volver a valorar prueba.

#### 2.4 CUESTIONES JURÍDICAS A SER RESUELTAS POR EL TRIBUNAL.-

2.4.1 Los principios de última ratio y mínima intervención, como limitación constitucional y legal de la aplicación del Derecho Penal: Los bienes jurídicamente protegidos que hacen parte del catálogo de delitos de un Estado, deben relacionarse estrictamente con los derechos que el Estado precautela; sólo entonces el poder punitivo del Estado no se traslada a las esferas de lo inícuo, respetando el principio de mínima intervención penal, que nuestra legislación recoge en el primer inciso del artículo 195 de la Constitución de la República del Ecuador. De esta forma, el principio de última ratio del Derecho Penal se sostiene en dos postulados esenciales: (i) El derecho penal solo debe obrar en aquellos casos en que el ataque a las condiciones mínimas de sobrevivencia de la

<sup>17</sup> Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, Proceso Penal No. 444-2014, que por delito de abuso de confianza se siguió en contra de María Inés Quishpe Pomatoca.

sociedad sea de tal magnitud que resulte francamente insoportable; o lo que es lo mismo no es suficiente cualquier daño o riesgo para la sociedad, sino que debe ser de gran magnitud; y. b) No existan otras alternativas de respuesta o de reacción por parte del Estado, por ejemplo, acciones civiles para la reclamación de su vigencia.

## 2.5 ANÁLISIS DE LA ARGUMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.-

**2.5.1** El único cargo casacional expuesto por la defensa de la procesada, señora Marcia Janeth Ponce Huilca, en contra de la sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia de Orellana, el 12 de septiembre de 2014, las 16h21, es la existencia de una indebida aplicación del artículo 563 del Código Penal, que tipifica el delito de estafa, cuando lo correcto, era aplicar el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal. Esta violación a una norma jurídica *in iudicando*, se habría configurado porque se ha judicializado mediante una acción penal, el incumplimiento de una obligación civil, por lo que para cobrar una deuda, se habría activado una materia reservada exclusivamente para proteger bienes jurídicos de los ataques más graves.

Al respecto, este Tribunal de Casación iniciará por explicar cómo el marco constitucional delinea los contornos de la actuación judicial, en la aplicación e interpretación de las normas legales que regulan el ejercicio de los principios, garantías y derechos. Luego, analizará si los hechos probados en juicio, se circunscriben al ámbito penal, tomando en consideración la descripción típica del artículo 563 del Código Penal; finalmente, ofrecerá contestación a todos los sujetos procesales, al definir la naturaleza jurídica de los actos que actualmente se juzgan.

**2.5.2** Con la entrada en vigencia de la Constitución de 2008, el Ecuador superó la categoría de Estado social de derecho<sup>18</sup>, para adoptar la de Estado constitucional de derechos y justicia<sup>19</sup>. Esta declaración de la carta fundamental, no se limita a cobijar el contenido de las disposiciones constitucionales, sino que debe ser considerada en relación con la totalidad del ordenamiento jurídico. Para comprender los diferentes ámbitos en los que se expresa el neoconstitucionalismo, Alfonso Zambrano Pasquel, reseña lo siguiente:

<sup>18</sup> Constitución Política del Ecuador, 1998, inciso primero, artículo 1.- *El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es Republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada.*

<sup>19</sup> Constitución de la República del Ecuador, inciso primero, artículo 1.- *El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.*

En primer lugar, el constitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de Derecho, designando por tanto el modelo institucional de una determinada forma de organización política. En segundo término, el constitucionalismo es también una teoría del derecho más concretamente aquella teoría apta para describir o explicar las características de dicho modelo. Así mismo por constitucionalismo cabe entender la ideología o filosofía política que justifica o defiende la fórmula así designada. Finalmente el constitucionalismo se proyecta en ocasiones sobre un amplio capítulo que en sentido lato podríamos llamar de filosofía jurídica y que afecta a cuestiones conceptuales y metodológicas sobre la definición del derecho, el estatus de su conocimiento o la función del jurista; esto es, cuestiones tales como la conexión, necesaria o contingente del Derecho y de la moral, la obligación de obediencia, la neutralidad del jurista o la perspectiva adecuada para emprender una ciencia jurídica<sup>20</sup>. [El subrayado no pertenece al texto]

La vinculación existente entre los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador y la totalidad de normas que conforman el ordenamiento jurídico, se encuentra consagrada en los artículos 11, 424, 425 y 426 ibídem. que disponen:

Artículo 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

Artículo 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Artículo 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y

<sup>20</sup> Alfonso Zambrano Pasquel, "Del Estado Constitucional al Neconstitucionalismo. El Sistema Interamericano de DD.HH. a través de sus sentencias", 1era Edición, EDILEX S.A., Guayaquil-Ecuador, p. 22

las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

**Artículo 426.-** Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Los juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos. [El subrayado no pertenece al texto original]

A partir de las normas constitucionales citadas *ut supra* se pueden establecer las conclusiones que siguen: a) Los derechos y garantías consagrados en la Constitución son de directa e inmediata aplicación y deben ser acatados, incluso de oficio, por toda autoridad pública, lo que incluye indudablemente a las juezas y jueces, en cualquier instancia del ejercicio jurisdiccional; b) Toda norma que integre el ordenamiento jurídico, entre las que se encuentran las resoluciones de las autoridades públicas, administrativas o jurisdiccionales, deben coincidir con los principios y derechos consagrados por la Constitución, so pena de carecer de eficacia jurídica, en caso de oponerse a alguno de sus axiomas; c) El bloque de constitucionalidad ubica a la Constitución como la norma suprema, prevaleciendo frente a cualquier otra, con excepción de los instrumentos internacionales de derechos humanos, cuando sus disposiciones sean más favorables.

El rol de los jueces en el neoconstitucionalismo, es el de ser boca y cerebro de la Constitución y la ley. La actividad jurisdiccional, sin abandonar el positivismo jurídico contemporáneo, renuncia a la creencia de que basta un proceso exegético de subsunción de los hechos a las normas para resolver el caso concreto, sin que eso signifique de forma alguna arbitrariedad en su accionar, el que por el

contrario, estará orientado por el uso de la hermenéutica jurídica para resolver los casos más complejos<sup>21</sup>. Al respecto, Miguel Carbonell señala:

[...] En ese contexto, creo que es importante recordar que, como consecuencia de la expedición y entrada en vigor del mencionado modelo sustantivo de textos constitucionales la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha cambiado de forma relevante. Los jueces constitucionales y los demás operadores jurídicos han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto de irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través del drittwirkung), el principio pro personae, etcétera<sup>22</sup>.

2.5.3 El Derecho Penal, por supuesto, no ha escapado al proceso de constitucionalización, lo que refuerza sus características de subsidiaridad, fragmentariedad y última ratio. A la luz de estos principios el poder punitivo del Estado se origina en su posición de garante, respecto a los mandantes de los derechos consagrados en los diferentes instrumentos de derechos humanos y en la Constitución de la República<sup>23</sup>, y debe activarse exclusivamente cuando el ejercicio de las libertades individuales, afectan gravemente el derecho de un tercero, de conformidad con lo prescrito en el artículo 66.5 de la Constitución de la República del Ecuador<sup>24</sup>.

En ese orden de ideas, los bienes jurídicamente protegidos que hacen parte del catálogo de delitos de un Estado, deben relacionarse estrictamente con los derechos que el Estado precautela, verbigracia, el derecho a la libertad; sólo entonces el poder punitivo del Estado no se traslada a las esferas de lo ilícito, respetando el principio de mínima intervención penal, que nuestra legislación recoge en el primer inciso del artículo 195 de la Constitución de la República del Ecuador<sup>25</sup>. De esta forma, el principio de última ratio del Derecho Penal se sostiene en dos postulados esenciales: (i) El

<sup>21</sup> En este sentido se pronunció la Corte Constitucional para el Periodo de Transición, en sentencia No. 002-09-SAN - CC de 02 de abril del 2009, dentro del caso 0005-08-AN, Jueza Constitucional Sustanciadora: Dra. Ruth Seni Pinoargote

<sup>22</sup> Miguel Carbonell, *Intraducción el Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, en *El Principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Serie Justicia y Derechos Humanos Neoliberalismo y Sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 11.

<sup>23</sup> Constitución de la República del Ecuador. "Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes".

<sup>24</sup> Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás.

<sup>25</sup> Art. 195.- La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal: durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.

derecho penal solo debe obrar en aquellos casos en que el ataque a las condiciones mínimas de sobrevivencia de la sociedad sea de tal magnitud que resulte francamente insoportable; o lo que es lo mismo no es suficiente cualquier daño o riesgo para la sociedad, sino que debe ser de gran magnitud; y, b) No existan otras alternativas de respuesta o de reacción por parte del Estado.

Respecto de este principio -mínima intervención penal-, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano jurisdiccional encargada del desarrollo e interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el caso *Kimel vs. Argentina*, sentencia de 02 de mayo de 2008, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), señaló que: *En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado*<sup>36</sup>.

Si no se cumple alguna de las condiciones *ut supra*, a saber, lesión grave a la sociedad, o existencia de un medio alternativo para resolver el resultado lesivo, la intervención del Estado, excede el poder punitivo que se le ha concedido para resguardar la efectiva vigencia de los derechos.

2.5.4 En el caso *in examine*, los hechos que originaron la declaratoria de responsabilidad penal de la señora Marcia Janeth Ponce Huilca, como autora del delito de estafa, surgen a partir de la suscripción de un acta de mutuo acuerdo entre la procesada y la acusadora particular, señora Germania Yesenia Cabezas Egas. En el mentado documento, la señora Marcia Janeth Ponce Huilca, se obligaba a entregar en perpetua enajenación un lote de terreno de 335 m<sup>2</sup>, ubicado en la Av. 9 de Octubre y Julio Llori, ciudad del Coca, provincia de Orellana, a cambio de que la señora Germania Yesenia Cabezas Egas, pagara el precio de veinticinco mil (25.000) dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

Sobre el acta de mutuo acuerdo, el tribunal de la Corte de Apelaciones, reflexiona lo que sigue:

De otra parte, alega la recurrente que se trata de un asunto de carácter civil, pues como ya se dijo antes, la suscripción ante un notario público sin las formalidades establecidas en la ley, sus consecuencias en la relación jurídica contractual también atañen al derecho penal, más específicamente al delito de estafa, ya que un acto aparentemente de naturaleza civil, si puede constituir un instrumento en el que se desarrollen maniobras fraudulentas (...) [E] subrayado no pertenece al texto original]

<sup>36</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Kimel vs. Argentina*, sentencia de 2 de mayo de 2008, (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 76

Respecto del instrumento utilizado para acordar la compra venta del bien inmueble, Fiscalía ha sostenido que **éste permite establecer un primer indicio de engaño (elemento que caracteriza al delito de estafa), ya que según ha alegado, correspondía que las partes suscriban una promesa de compra-venta y no un acta de mutuo acuerdo.** En este punto, es necesario precisar que de conformidad con el artículo 19.a) de la Ley Notarial<sup>27</sup>, vigente al tiempo de ocurridos los hechos, el Notario es el funcionario fedatario obligado a dar forma legal a los actos civiles que entre privados se celebran, de modo que es el único legalmente facultado y compelido por la ley para verificar si el acta de mutuo acuerdo era o no idónea para proceder con la compra venta de un lote de terreno; entonces, esta obligación no puede ser trasladada a la procesada, señora Marcia Janeth Ponce Huilca.

Luego, Fiscalía afirma que **la forma fraudulenta en la que se materializó la conducta punible, fue la venta, a un tercero, de la camioneta Toyota, de placa PIF-0061, avaluada en 15.000 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica; y, del lote de terreno de terreno de 335 m<sup>2</sup>, ubicado en la Av. 9 de Octubre y Julio Llori, ciudad del Coca, provincia de Orellana, al señor Edwin Castillo, a pesar de existir un acuerdo previo entre la procesada señora Marcia Janeth Ponce Huilca y la acusadora particular. Esta tesis es recogida por el tribunal ad-quem, que en su sentencia dice:**

(...)se ha demostrado fehcientemente que la recurrente recibió un vehículo y dinero de la acusadora. (\$ 16.000 iniciales y el 07 de mayo del 2008, recibió \$6.500 como lo atestigua Rafael Ochoa), por la venta de un lote de terreno que debía hacerle, nunca lo hizo y más bien lo enajenó al señor Edwin Castillo en \$18.000 y a pesar del tiempo transcurrido y no contar con suficientes recursos, ignorando el compromiso que tenía con la acusadora, no le reintegró el valor recibido, denotando claramente la intención de beneficiarse de un bien ajeno, obtenido a base de argucias y engaños que fueron debidamente verificados por fiscalía en la etapa de juicio, impidiendo por manera considerar la alegación y consecuentemente se la desestima.

En cuanto a esta alegación, se debe partir estableciendo que **tanto la procesada, señora Marcia Janeth Ponce Huilca, así como la acusadora particular, señora Germania Yesenia Cabezas Egas, pactaron obligaciones recíprocas que ambas, simultáneamente han incumplido.** La señora Germania Yesenia Cabezas Egas, **no canceló la totalidad del precio del lote de terreno, en el tiempo fijado,**

<sup>27</sup> Art. 19.- Son deberes de los Notarios;

a) **Receptar personalmente,** interpretar y dar forma legal a la exteriorización de voluntad de quienes requieran su ministerio.

De presentarse minuta, ésta debe ser firmada por abogado con indicación del número de su matrícula y del Colegio a que pertenece, minuta que será transcrita al protocolo;

mientras que la señora Marcia Janeth Ponce Huilca, no entregó el bien inmueble que era el objeto del acta suscrita ante Notario, de modo que este es un caso del que puede predicarse la máxima "*la mora purga la mora*", contemplada en el artículo 1568 del Código Civil<sup>28</sup>. Además, la procesada y hoy recurrente, ha reconocido reiteradamente, durante la tramitación de la presente causa, su intención de devolver los valores que le fueron otorgados por la señora Germanía Yesenia Cabezas Egas, consignándolos ante la autoridad jurisdiccional respectiva, lo que debiera ocurrir una vez que se ventilen las acciones civiles iniciadas por la acusadora particular, en contra de la señora Marcia Janeth Ponce Huilca.

Incluso, si fuere el caso que la señora Marcia Janeth Ponce Huilca, se benefició económicamente de forma ilegítima, en razón de la transacción realizada con la señora Germanía Yesenia Cabezas Egas, el artículo 29 del Código Civil, prescribe la intervención dolosa de uno de los contratantes, en los siguientes términos:

Art. 29.- La ley distingue tres especies de culpa o descuido:

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.

Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro. [Las negrillas no pertenecen al texto original]

Dentro de los parámetros pactados entre las partes para el cumplimiento de un negocio jurídico, también puede presentarse un tipo de dolo, descrito en el artículo 29 *ejusdem*, sin embargo, este es de naturaleza estrictamente civil y debe distinguirse del previsto en el artículo 14 del Código Penal, que indica: "*La infracción dolosa que es aquella en que hay el designio de causar daño, es:*

<sup>28</sup> Art. 1568.- En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

*Intencional, cuando el acontecimiento dañoso o peligroso, que es el resultado de la acción o de la omisión de que la ley hace depender la existencia de la infracción, fue previsto y querido por el agente como consecuencia de su propia acción u omisión...;*"

En este sentido, el jurista español Muñoz Conde, para diferenciar entre un engaño que encaja en la forma de comisión del delito de estafa, y otro que coincide con el de dolo civil, resuelve que:

El concepto de engaño es un concepto tan amplio que solo puede ser limitado en función del concepto mismo de estafa, conectándolo con los otros elementos de la misma, y de la finalidad preventiva y político-criminal específica del Derecho penal, teniendo en cuenta especialmente el principio de intervención mínima del mismo, reservándolo para aquellos ataques fraudulentos al patrimonio verdaderamente graves, tanto cuantitativa como cualitativamente<sup>29</sup>.

En definitiva, para que la conducta de la señora Marcia Janeth Ponce Huilca coincida con la descripción típica del artículo 563 del Código Penal, debía probarse que sus acciones, desde el inicio del *iter criminis*, se dirigían de forma inequívoca a provocar un daño grave en el patrimonio de la señora Germania Yesenia Cabezas Egas, haciéndose entregar fondos, muebles, obligaciones, finiquitos y/o recibos, usando para el efecto, algún tipo de simulación capaz de conducir a la víctima en un error que le convenciera que el ofrecimiento quimérico, sí habría de cumplirse.

Todo lo antedicho no se verifica, puesto que:

- a) El negocio jurídico de compra venta del inmueble, no se pactó por iniciativa de la procesada, sino a solicitud de la acusadora particular, señora Germania Yesenia Cabezas Egas y su cónyuge, el señor Eduardo Robles Guato, lo que se desprende del testimonio de este último, quien declaró que: "...esa camioneta yo la compré, nos pusimos de acuerdo con mi esposa para comprar un terreno, porque no teníamos, y vimos un terreno y planteamos un negocio con la señora Janeth...".
- b) La obligación de verificar la legalidad del documento suscrito entre las señoras Marcia Janeth Ponce Huilca y Germania Yesenia Cabezas Egas, para celebrar la compra venta del bien inmueble, recae exclusivamente sobre el fedatario público, de conformidad con el artículo 19.a) de la Ley Notarial, por lo que no se puede alegar que existe un uso fraudulento del acta de acuerdo, por parte de la procesada, porque no era su responsabilidad verificar el documento en el que debía constar el negocio jurídico en el que participaba.

<sup>29</sup> Francisco Muñoz Conde, Derecho Penal Parte Especial, 8va Edición Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 431

- e) La señora Marcia Janeth Ponce Huilca, no hizo uso de un nombre falso, ni mintió acerca de la calidad de propietaria del bien inmueble, por lo que estaba plenamente facultada para enajenarlo, tampoco el objeto material del acta de acuerdo –el bien inmueble– adolecía de vicios que impidieran su venta, por lo que no se verifica la existencia de una maniobra fraudulenta que tuviera como propósito engañar a la señora Germania Yesenia Cabezas Egas, para hacerse entregar bienes o dinero.
- d) Existen vías de reclamación idóneas y efectivas, distintas a las penales, para que la acusadora particular, señora Germania Yesenia Cabezas Egas, exija por vía judicial, la devolución de los valores entregados a la señora Marcia Janeth Ponce Huilca, sea porque se declare la nulidad del instrumento en el que se pactó la compra venta<sup>30</sup> o concurra cualquier otra forma de extinguirse las obligaciones, previstas en el artículo 1583 del Código Civil<sup>31</sup>.

Hacer uso del derecho penal, para exigir el cumplimiento de una obligación civil, se opone a lo dispuesto en el artículo 66.29.c) de la Constitución de la República del Ecuador<sup>32</sup>, que prohíbe expresamente la prisión por deudas o por cualquier otra obligación, impedimento que tiene plena concordancia con el perfil de última ratio y mínima intervención del derecho penal, que como ya se señaló en líneas anteriores, limita su ámbito de aplicación únicamente a las afectaciones más graves a los bienes jurídicos protegidos. Consecuentemente, el presente Tribunal zensor, tiene la obligación de precautelar que la activación de la acción penal proceda exclusivamente cuando no exista otra vía de reclamación posible para garantizar la plena vigencia del derecho del peticionario

<sup>30</sup> Art. 169B.- La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

<sup>31</sup> Art. 1583.- Las obligaciones se extinguen, en todo o en parte:

1. Por convención de las partes interesadas, que sean capaces de disponer libremente de lo suyo;
2. Por la solución o pago efectivo;
3. Por la novación;
4. Por la transacción;
5. Por la remisión;
6. Por la compensación;
7. Por la confusión;
8. Por la pérdida de la cosa que se debe;
9. Por la declaración de nulidad o por la rescisión;
10. Por el evento de la condición resolutoria; y,
11. Por la prescripción.

De la transacción y la prescripción se tratará al fin de este Libro; de la condición resolutoria se ha tratado en el Título De las obligaciones condicionales.

<sup>32</sup> Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

29. Los derechos de libertad también incluyen:

c) Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias.

y, al mismo tiempo, la gravedad de las acciones que se dirigieron a lesionar un bien jurídico, justifiquen su puesta en marcha.

Ya que éstos dos elementos no se configuran en el caso en concreto, no puede declararse con certeza la existencia material de la infracción ni la responsabilidad penal de la procesada, señora **Marcia Janeth Ponce Huilca**, por lo que, como acusó la defensa técnica de la casacionista, el tribunal de segunda instancia, aplicó indebidamente el artículo 563 del Código Penal, cuando lo que correspondía era ratificar el estado de inocencia de la procesada, conforme lo establece el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal<sup>33</sup>.

### III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, por unanimidad, al tenor de lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal<sup>34</sup> y en aplicación de los artículos 304-A del mismo cuerpo legal y 66.29.c) de la Constitución de la República del Ecuador, casa la sentencia dictada por la Sala Única Penal de la Corte Provincial de Justicia de Orellana, por indebida aplicación del artículo 563 del Código Penal; enmendando dicho error de derecho, se **RATIFICA EL ESTADO DE INOCENCIA DE LA SEÑORA MARCIA JANETH PONCE HUILCA**. Revóquese todas las medidas cautelares personales y reales impuestas contra la procesada. Devuélvase el proceso al Tribunal de origen. **Notifíquese y cúmplase.-F.- Dra. Sylvia Sánchez Insuasti.- JUEZA NACIONAL. PONENTE.- F.- Dr. Jorge M. Blum Carcelén.- JUEZ NACIONAL.- F.- Dra. Gladys Terán Sierra.- JUEZA NACIONAL.- Certifico.- F.- Dr. Carlos Rodríguez García.- SECRETARIO RELATOR.**

**CERTIFICO:** Las siete (07) fojas que anteceden son iguales a su original.

Quito, 11 de diciembre de 2017.

  
DR. CARLOS WAN RODRIGUEZ GARCIA  
SECRETARIO RELATOR

<sup>33</sup> Art. 304-A.- **Reglas Generales.**- 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 está 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.

<sup>34</sup> Art. 358.- **Sentencia.**- Si la Corte Nacional estimare procedente el recurso pronunciará sentencia enmendando la violación de la ley. Si lo estimare improcedente, lo declarará así en sentencia y devolverá el proceso al inferior para que ejecute la sentencia. Si la sala observare que la sentencia ha violado la ley, admitirá la casación, aunque la fundamentación del recurrente haya sido equivocada.

CASO No. 17721-2016-1027  
RESOLUCIÓN No. 1385-2017  
RECURSO: CASACIÓN  
PROCESADO: ANDRÉS IVÁN SERRANO TAPIA  
DELITO: ATENTADO AL PUDOR

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR**

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

Juicio Nro. 1027-2016

**RECURSO DE CASACIÓN**

Quito, martes 22 de agosto del 2017, las 15h12.

Una vez agotado el trámite legal pertinente y por ser el estado de la causa el de dictar sentencia por escrito, para hacerlo, se considera:

**1. ANTECEDENTES**

**1.1 Contenido de la sentencia impugnada con relación al objeto del proceso penal**

El procesado Andrés Iván Serrano Tapia interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 21 de junio de 2016, a las 16h16, que confirma en todas sus partes el fallo emitido por el Tribunal de Garantías Penales de dicha provincia, el 18 de marzo de 2016, a las 14h24, en cuya parte dispositiva se lo declara responsable penalmente en calidad de autor del delito tipificado y sancionado en el primer artículo innumerado, agregado a continuación del artículo 504 del Código Penal (atentado al pudor), con las agravantes establecidas en los numerales 7 y 8, del primer artículo innumerado, agregado a continuación del artículo 30 del Código Penal, imponiéndole la pena de cuatro años de reclusión mayor ordinaria.

En la sentencia de segundo nivel, se narra el elemento fáctico de la acusación efectuada en contra de quien ahora recurre, de la siguiente forma:

... la menor RMB<sup>1</sup> [...] ha manifestado haber sido objeto de un atentado al pudor indicando que su padrastro Andrés Iván Serrano Tapia, cuando tenía 12 años de edad, en una ocasión mientras le acompañaba a comprar comida en el trayecto el señor Iván Andrés Serrano se ha desviado a un lugar apartado deteniendo el vehículo y en esas circunstancias le ha quitado la ropa interior [a] la menor y la ha colocado el órgano genital sobre la niña, sobre sus partes íntimas, ejecutando sobre ella actos de naturaleza sexual, que se han repetido otras dos

<sup>1</sup> A fin de evitar su exposición pública y que esto le perjudique en sus derechos, se omite los nombres de la ofendida en la presente sentencia, en adelante será identificada con las iniciales de sus nombres y apellidos (RMB); así también, por la publicidad con la que cuentan las sentencias de casación y revisión expedidas por la Corte Nacional de Justicia, devenida del artículo 197 del Código Orgánico de la Función Judicial, se evita mencionar los nombres de cualquier persona que pudiese ayudar a identificar la identidad de la víctima del delito sexual que se juzga, como resultado de lo antedicho, los nombres de las personas a las que se hace alusión *supra*, serán reemplazados también por sus iniciales.

ocasiones en otros sitios [...] [en una] ocasión esos hechos ocurrieron cuando vivían en [Cumbaya] y (...) una tercera ocasión [que] se presentó en la época de navidad del año 2013 (...) describiendo que ella se encontraba en la cama en su cuarto y que el procesado le había tocado sus partes íntimas y que ella había fingido estar dormida...

El Tribunal de Apelación, tras su valoración probatoria, consideró cierta esta acusación efectuada contra el procesado y aseveró "... tener la plena certeza de que, en efecto el hoy sentenciado es responsable de los hechos que se le acusa...".

### 1.2 Sustanciación del recurso de casación

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

- Providencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que corre de fs. 89 del cuaderno de segundo nivel, mediante la que se acepta a trámite el recurso de casación interpuesto por el procesado Andrés Iván Serrano Tapia.
- Sorteo de la causa Nro. 1027-2016, constante a fs. 2 del expediente del presente recurso, efectuado por la Presidencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia y mediante el que se radicó la competencia en el Tribunal de Casación integrado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional Ponente; la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional; y, el doctor Marco Maldonado Castro, Juez Nacional.
- Audiencia oral, reservada y contradictoria de fundamentación del recurso, en la que fueron escuchados: el procesado Andrés Iván Serrano Tapia, su defensor privado, el abogado Diego Córdova Raza; y, el doctor Raúl Garcés Llerena, delegado del señor Fiscal General del Estado.

### 1.3 Cargos planteados en la fundamentación, por el recurrente Andrés Iván Serrano Tapia

Durante la audiencia oral, reservada y contradictoria de fundamentación del recurso, el abogado Diego Córdova Raza, defensor privado del recurrente, esgrimió un solo cargo en contra de la sentencia impugnada:

- **Contravención expresa de los artículos 1, 11 (numerales 2 y 9), 75, 76 y 82 de la Constitución de la República; 4, 5, 23 y 129 (numerales 1 y 2) del Código Orgánico de la Función Judicial; y, 16 del Código Orgánico Integral Penal.**- El impugnante señala que la formulación de cargos dentro de este proceso se dio el 9 de abril de 2015, por lo que al ser posterior a la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, en la integralidad de su tramitación debía ser aplicado el procedimiento

establecido en esa norma jurídica, no solo por lo dispuesto en su Disposición Transitoria Primera, sino también por lo manifestado en la consulta absuelta por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, sobre la aplicabilidad en el tiempo del Código de Procedimiento Penal y el Código Orgánico Integral Penal, de fecha 11 de diciembre de 2015. Pese a ello, observa la defensa de quien recurre, que la norma aplicada fue el Código de Procedimiento Penal, provocando ello una nulidad procesal, tanto por la causal establecida en el artículo 652.10.b) del Código Orgánico Integral Penal (requisitos de la sentencia), al estar motivado el fallo impugnado con normas derogadas, vulnerándose así el artículo 662.4 *ejusdem*; y también por la causal prevista en el artículo 652.10.c) del mentado cuerpo de normas (violación de trámite), al haberse irrespetado los derechos a la defensa (principio de legalidad procesal) y a la seguridad jurídica del acusado. Por último, se recalca que Andrés Serrano fue sentenciado en virtud del tipo penal de atentado al pudor, contenido en el primer artículo Innumerado, agregado a continuación del artículo 504 del Código Penal, norma que se hallaba también derogada al momento de haberse expedido los fallos de primera y segunda instancia.

Como consecuencia de su argumentación, la defensa del recurrente solicitó que se declare la nulidad de todo el proceso desde la audiencia de formulación de cargos, con la finalidad de que sea tramitado nuevamente, pero con las normas del Código Orgánico Integral Penal.

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

Durante la audiencia oral, reservada y contradictoria de fundamentación del recurso, el doctor Raúl Garcés Llerena, delegado del señor Fiscal General del Estado, contestó a los argumentos del impugnante en la siguiente forma:

- No procede la nulidad debido a que si bien se reconoce el uso de un cuerpo normativo errado para tramitar la actual causa, no aparece de los recaudos procesales que se hubiese vulnerado el derecho a la defensa del procesado, ni que este error hubiese influenciado en la decisión del caso concreto.
- El recurso contiene el error formal de haber sido interpuesto respecto de la sentencia de primer nivel, cuando el recurso de casación solo procede en contra de fallos de segunda instancia.

- La fundamentación debió ser hecha individualmente, respecto de cada una de las normas jurídicas mencionadas por el impugnante, y no con una simple enumeración de ellas.

Por los argumentos expuestos, el delegado del señor Fiscal General del Estado solicitó que se declare improcedente el recurso de casación interpuesto por Andrés Iván Serrano Tapia.

## **2. ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES A SER EXAMINADOS POR EL TRIBUNAL DE CASACIÓN**

### **2.1 Competencia**

Este órgano jurisdiccional, es competente para conocer de la presente causa, en virtud de lo establecido en los artículos 184.1 de la Constitución de la República; 160.1 y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, 349 del Código de Procedimiento Penal.

Efectuado el sorteo de ley y los demás actos procesales que constan descritos en el numeral 1.2 *supra*, este Tribunal de Casación ha quedado integrado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional Ponente; la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional; y, el doctor Marco Maldonado Castro, Conjuez Nacional.

**2.2 Análisis del cargo propuesto por el recurrente: Contravención expresa de los artículos 1, 11 (numerales 2 y 9), 75, 76 y 82 de la Constitución de la República; 4, 5, 23 y 129 (numerales 1 y 2) del Código Orgánico de la Función Judicial; y, 16 del Código Orgánico Integral Penal**

En consideración a la fecha de inicio del proceso (9 de abril de 2015), el impugnante señala que la normativa que debía aplicarse para tramitarlo era la contenida en el Código Orgánico Integral Penal; cuestión que no se dio, puesto que las diferentes actuaciones judiciales fueron efectuadas de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Penal, que ya se encontraba derogado.

Esta aseveración, la fundamenta el procesado en la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, así como en la consulta absuelta por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, sobre la aplicabilidad en el tiempo del Código de Procedimiento Penal y el Código Orgánico Integral Penal, de fecha 11 de diciembre de 2015, que obligaban al uso de esta última norma jurídica, en los procesos iniciados después del 10 de agosto de 2014.

Como consecuencia de lo descrito, señala el recurrente que se provocó una nulidad procesal, fundamentada tanto en el artículo 652.10.b) del Código Orgánico Integral Penal, por estar la

sentencia motivada con base a normas derogadas; así como por el artículo 652.10.c) de la misma norma jurídica, ya que es evidente, a su criterio, la violación de trámite que ha ocurrido. Por último, también se manifiesta que las violaciones alegadas se extienden al uso del tipo penal de atentado al pudor para juzgar al impugnante, pese a haber estado contenido en una norma ya derogada (primer incurrerado agregado a continuación del artículo 504 del Código Penal).

### 2.2.1 Aclaraciones Iniciales

Este órgano jurisdiccional, en varias sentencias, ha manifestado estar en contra de que al fundamentar el recurso de casación se haga "... una simple enunciación de artículos pertenecientes al ordenamiento jurídico..."<sup>2</sup> pues ello va en contra del principio de autonomía que rige a la casación, y según el cual cada norma jurídica que se menciona como vulnerada, debe contar con una fundamentación "... concret[a] e independiente..."<sup>3</sup> sobre los motivos para aseverar su incorrecto uso o interpretación.

Lo descrito *supra* es lo que sucede en este caso, en que el recurrente ha citado varias normas jurídicas sin especificar el motivo por el que considera que cada una de ellas se ha vulnerado; en tal sentido, le ha correspondido a este Tribunal de Casación la labor de determinar a qué norma concreta se adapta su interés para recurrir.

Una vez efectuada la tarea descrita, se encuentra que la alegación del impugnante se centra en que la tramitación de actual proceso, así como el encuadramiento típico de su conducta, han sido hechos con leyes derogadas; esto es, con el Código de Procedimiento Penal y el Código Penal respectivamente. Constatado lo anterior, se deduce que el interés para recurrir del impugnante está centrado en la contravención expresa del artículo 76.3 de la Constitución de la República, referente al principio de legalidad, tanto en su arista procesal como en la sustantiva:

Art. 76 CRE.- En todo proceso en el que se determinen derecho y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no este tipificado en la ley como infracción penal [sustantivo], administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento [procesal] [énfasis fuera del texto].

<sup>2</sup> CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Sentencia que pone fin al recurso de casación signado con el Nro. 130-2014. *Estado Ecuatoriano Vs. González Chambo* (Atentado al pudor).

<sup>3</sup> CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Sentencia que pone fin al recurso de casación signado con el Nro. 421-2012. *Estado Ecuatoriano Vs. Sánchez Silva* (Estafa).

Dicho lo anterior, se procederá al estudio de esta institución jurídica, en sus dos aristas, en los párrafos subsiguientes.

### 2.2.2 Principio de legalidad en su esfera sustantiva

El principio de legalidad, en su parte sustantiva, tiene la finalidad de proporcionar "... una clara definición de la conducta incriminada, que lije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales"<sup>4</sup>. Para cumplir este objetivo, la doctrina y la jurisprudencia han fijado cuatro características que debe reunir una norma jurídica que tipifica una conducta como delito:

a) *Lex praevia*, pues "... si debe existir una ley que defina las conductas como delictivas para poder perseguirlas, dicha ley debe estar vigente en el momento en que se cometen los hechos<sup>5</sup>; por lo tanto, mediante este axioma se establece la irretroactividad de la ley penal; b) *Lex certa*, lo que quiere decir, que al momento en que el legislador dicta la ley penal, debe concretar y especificar su contenido al máximo, para evitar interpretaciones subjetivas y diversas de un mismo precepto, o requerir de algo más que la misma ley penal para su interpretación. Consecuencia de este axioma es la prohibición de emitir normas penales abiertas o en blanco; c) *Lex stricta*, regla que establece la prohibición del uso de analogía (*in malam partem*) en materia penal, puesto que "... sólo una precisa descripción de la idea fundamental de la ley, orientada al correspondiente hecho tipificado en su ilicitud y culpabilidad, puede definir los límites de la interpretación admisible...<sup>6</sup>; y, d) *Lex scripta*, tal vez la más importante de estas reglas, puesto que establece la prohibición de establecer la punibilidad con base a fuentes jurídicas diversas a la ley penal<sup>7</sup>.

En este momento corresponde fijar la atención en el requisito de *lex praevia* (ley previa), pues en virtud de éste, se debe entender que la conducta de una persona solo puede ser encasillada como delito si la legislación vigente al momento de su cometimiento le otorgaba esta calificación, al ser ésta la única que le permitirá "... orientar su comportamiento a un orden jurídico [...] cierto, en el que se expres[e] el reproche social y las consecuencias de éste"<sup>8</sup>.

De lo anterior, se extrae la conclusión de que la norma penal sustantiva aplicable para juzgar a una persona, como regla general, será la que estuvo vigente al momento en que se cometió

<sup>4</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Fondo. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Párr. 157.

<sup>5</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch. Valencia-España. Año 2007. Pág. 105.

<sup>6</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Ara Editores. Lima-Perú. Año 2004. Pág. 125

<sup>7</sup> CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Sentencia que pone fin al recurso de casación signado con el Nro. 1173-2012. *Estado Ecuatoriano Vs. Jumbo Arboleda* (Falsificación de documento privado).

<sup>8</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Fondo. *Reputaciones y Costas*. Caso *De la Cruz Flores Vs. Perú*. Párr. 104.

la conducta por la que se la procesa, siendo las excepciones a esta regla de temporalidad, aquellas devenidas del principio de favorabilidad<sup>9</sup>:

- Retroactividad de la norma penal sustantiva y posterior, cuando ella contenga algún elemento diferenciador que reduzca o elimine la lesividad de la conducta imputada al procesado.
- **Ultra-actividad de la norma penal sustantiva vigente al momento de la comisión del hecho, cuando las posteriores reformas al ordenamiento jurídico dejan en una peor situación jurídica al procesado.**

Ya en el caso concreto, se observa que de las conductas que se le imputan al procesado, ni siquiera la última de ellas se encuentra dentro del marco temporal de aplicación del Código Orgánico Integral Penal (del 10 de agosto de 2014 en adelante), pues según los hechos que se consideran probados en el fallo de apelación, tal acto se cometió "... en navidad del 2013...". En tal sentido, se puede decir inicialmente que las normas sustantivas que se debían aplicar para juzgar al procesado, según los parámetros expuestos *supra*, eran las contenidas en el Código Penal, en especial el primer artículo innumerado, agregado a continuación del artículo 504 del Código Penal.

Para alterar la conclusión a la que se ha arribado *supra*, tornando aplicable al Código Orgánico Integral Penal para resolver la causa actual, debería entonces presentarse la circunstancia de retroactividad favorable al reo, que se ha puesto como excepción a la regla; sin embargo, cuando se compara la tipificación de la conducta del procesado, según como consta expuesta en el antedicho cuerpo normativo y en el Código Penal, se obtiene que no se cumple con esta favorabilidad:

- Al juzgar al procesado con el Código Penal, se observa que el primer artículo innumerado, agregado a continuación del artículo 504 de su texto, contiene una pena de cuatro a ocho años de reclusión mayor ordinaria para el delito de atentado al pudor, sin que la aplicación de las agravantes previstas en los numerales 7 y 8<sup>10</sup>, del primer artículo innumerado agregado a continuación del artículo 30 *eiusdem*, que los juzgadores de instancia dan por

<sup>9</sup> Este principio se fundamenta "... no [...] tan sólo en razones de carácter humanitario, sino también en consideraciones valorativas características del Derecho Penal: si la sociedad, al dictar una nueva ley, considera por cualquier razón que cierta conducta debe ser juzgada de una manera más suave e, inclusive, si le quita todo carácter delictivo, no cabe lógicamente que mantenga un criterio distinto, más severo, frente a los mismos hechos cometidos con anterioridad a la vigencia de la nueva ley" (ALBAN GÓMEZ, Ernesto, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Tomo I, Parte General*, Ediciones Legales, Quito, Ecuador, Año 2015, Pág. 783).

<sup>10</sup> Art. ... (30.1) CP.- "En el caso de delitos sexuales y de trata de personas, se considerarán como circunstancias agravantes, cuando no fueren constitutivas o modificatorias de la infracción y se aplicarán sin perjuicio de las circunstancias agravantes generales señaladas en el artículo anterior, las siguientes: (...) 7. Tener el infractor algún tipo de relación de poder y/o autoridad sobre la víctima, o el es adoptante, tutor, curador o si tiene bajo su cuidado, por cualquier motivo, a la víctima; 8. Compartir con la víctima el ámbito familiar.

probadas, aumente la pena por sobre el máximo fijado en el tipo penal en estudio, pues su efecto se limita a la imposibilidad de conocer atenuantes.

- Al aplicarse el Código Orgánico Integral Penal, se debe recurrir al tipo penal de abuso sexual, constante en su artículo 170, que sanciona el mismo hecho que antes tipificaba el delito de atentado al pudor; y, tras considerarse que las conductas delictivas del procesado comenzaron, según el fallo de segundo nivel, "... cuando [la víctima] tenía 12 años...", se debe aplicar específicamente el inciso segundo del mentado artículo 170, que sanciona tales actos con una pena de cinco a siete años. Sin embargo, también se debe tomar en cuenta que la agravante de compartir con la víctima el ámbito familiar, dada por cierta por los juzgadores de instancia, ahora se encuentra consagrada en el artículo 48.5 *ejusdem*, y que su efecto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 del mismo cuerpo normativo, es la imposición de una sanción equivalente a "... la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio...", por lo que se debería sancionar al procesado, de aplicarse el Código Orgánico Integral Penal, con una pena de nueve años y cuatro meses de privación de la libertad.

En definitiva, al ser el Código Penal la norma más favorable al procesado en el ámbito sustantivo, resulta correcto su uso según la regla general de que se debe sancionar a los infractores con las normas vigentes al tiempo de la comisión del hecho delictivo; más aún, cuando inclusive la norma que cita el ahora recurrente como aplicable a la especie (el Código Orgánico Integral Penal), dispone lo mismo en su artículo 16.1: "Toda infracción será juzgada y sancionada con arreglo a las leyes vigentes al momento de su comisión". Por lo mismo, se declara improcedente esta parte del cargo propuesto por Andrés Serrano Tapia.

### 2.2.3 Principio de legalidad en su esfera procesal

Esta parte del principio de legalidad, llamada también "adjetiva", está:

"... íntimamente ligad[a] [a] [...] la predictibilidad de la ley procesal [...] (que otorga a) las partes intervinientes [...] certeza respecto a los deberes, obligaciones y cargas procesales que corresponden a cada uno [de] los sujetos procesales, dada su condición jurídica y el tipo de proceso [...] [a] sabiendas que [l]as actuaciones procesales, así como las etapas que forma parte del proceso, no pueden modificarse por la sola voluntad de los sujetos procesales o del juzgador..."<sup>11</sup>

En tal sentido, se convierte en una garantía que obliga a "... todos los jueces [...] al cumplimiento de la normativa aplicable para cada caso concreto, la misma que le indica[rá] al juzgador lo que puede hacer y cómo debe proceder"<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. Sentencia Nro. 001-17-SEP-CC, de 11 de enero de 2017.

<sup>12</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. Sentencia Nro. 048-14-SEP-CC, de 26 de marzo de 2014.

En la causa *in examine*, lo que alega el procesado es que por haberse iniciado el proceso penal con posterioridad a la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, es este cuerpo de normas el que se debía aplicar para su tramitación, y no el Código de Procedimiento Penal, como ocurrió en la realidad. Al respecto, este órgano jurisdiccional observa que en la sentencia de segundo nivel se expresa un consenso entre los sujetos procesales sobre la fecha de inicio del proceso penal, **empatándola correctamente con la fecha de "... la audiencia de formulación de cargos [...] el 6 de mayo del 2015..."**, por lo que, en efecto, la norma que se debía aplicar era el Código Orgánico Integral Penal, según el siguiente análisis:

- El Código Orgánico Integral Penal entró en vigencia el 10 de agosto del 2014, y según su Disposición Transitoria Primera, solo los "... procesos penales [...] que est[aban] tramitándose cuando entr[ó] en vigencia [ese] Código, seguirán sustanciándose de acuerdo al procedimiento penal anterior hasta su conclusión...".
- En la especie, lo que hallaba tramitándose del expediente con anterioridad a la vigencia del Código Orgánico Integral Penal era su indagación previa, iniciada el 12 de agosto de 2013, y que al constituir una fase pre-procesal, no generaba ultra-actividad del Código de Procedimiento Penal, según la regla general citada *supra*, más aún cuando la misma también especificaba que en casos como estos, lo único que se debía concluir con la norma derogada eran las "... actuaciones y procedimientos de investigación. ."; es decir, una vez convocada la audiencia de formulación de cargos, debía empezar a aplicarse el Código Orgánico Integral Penal.
- Lo dicho se ve confirmado con la consulta absuelta por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia<sup>12</sup>, en atención a lo previsto en el artículo 208.7 del Código Orgánico de la Función Judicial, y contenida en el oficio Nro. 1678-SG-CNJ, de 11 de diciembre de 2015, en el que claramente se establece:

Las Investigaciones preprocesales iniciadas por fiscales, con anterioridad al 10 de agosto de 2014 deben ser tramitadas y concluidas según las reglas del Código de Procedimiento Penal. Si del resultado de tales investigaciones se decide un procesamiento penal, este se iniciará, tramitará y concluirá, según las reglas del Código Orgánico Integral Penal (énfasis fuera del texto)

Dicho lo anterior, es evidente que existe como tal una violación de trámite que ha sido provocada por los jueces que controlaron las etapas de instrucción, intermedia, juicio y apelación dentro de esta causa, al haber irrespetado lo dispuesto por la Disposición Transitoria Primera del Código

<sup>12</sup> Cabe aclarar que si bien las consultas absueltas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia no son vinculantes, representan la opinión de la totalidad del mentado órgano jurisdiccional sobre un punto jurídico concreto, y por tanto, se convierten en valiosas herramientas para los demás operadores de justicia, en tanto devienen del intérprete autorizado de la ley: en este caso, del Código Orgánico Integral Penal.

Orgánico Integral Penal, cuerpo de normas que debió haberse utilizado para seguir con el trámite de este expediente.

Ahora bien, antes de precipitarse a otorgar una consecuencia jurídica a este error cometido por los juzgadores de este proceso, es necesario recordar que ya anteriormente se ha dicho por parte de este órgano jurisdiccional, que:

La nulidad, procesalmente hablando, siempre ha sido entendida como una "sanción" a aquellas actuaciones de las partes procesales, incluidos los juzgadores, que no guardan conformidad con las normas jurídicas que regulan su ejecución. Sin embargo, tal concepción de la cuestión abordada, solo ayuda a cimentar la visión de un proceso-fin, teniéndole como una institución que encuentra su fundamento de existencia en sí mismo, lo cual riñe con el actual paradigma constitucional, que ha tomado como basamento de su perspectiva procesal, a la tutela judicial efectiva, que podemos resumir como el derecho que asiste a toda persona, de acudir ante los órganos de la justicia ordinaria, para obtener de ellos una decisión fundada en derecho respecto de sus pretensiones (...)"<sup>4</sup>, a la cual se arribará mediante un proceso en el que el juzgador garantiza sus derechos en todo momento.

Esta perspectiva diferente, viene recogida en el artículo 29 del Código Orgánico de la Función Judicial, que establece: "(...) la jueza o juez deberá tener en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley sustantiva o material.", por lo tanto, el valor del proceso judicial debe siempre observarse desde su capacidad para resolver conflictos y ser un medio para alcanzar la justicia.

Desde esta visión de un proceso-medio, podemos definir a la nulidad ya no como una sanción, sino como un mecanismo para enmendar cualquier violación normativa, que haya causado un perjuicio a los legítimos derechos de los cuales se ven asistidos los sujetos procesales. Cobra entonces total sentido el que la Constitución de la República haya establecido en su artículo 169, que el sistema procesal es un medio para alcanzar la justicia; y, que "(...) no se sacrificará la justicia, por la mera omisión de solemnidades (...)", lo cual es reiterado de la misma forma, por el artículo 18 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Esta nueva manera de entender la nulidad, ha llevado a que el ordenamiento jurídico restrinja la posibilidad de que los juzgadores la declaren, pues usualmente, dicha institución ha sido utilizada por los órganos jurisdiccionales para evitar resolver sobre lo principal, más que para corregir las violaciones a los derechos de las partes; así, mientras el artículo 130.8 del Código Orgánico de la Función Judicial, indica que los juzgadores podrán "Convalidar de oficio o a petición de parte los actos procesales verificados con la inobservancia de formalidades no esenciales (...)", el artículo 23 *eiusdem*, dispone que "La desestimación por vicios de forma únicamente podrá producirse cuando los mismos hayan ocasionado nulidad insanable o provocado indolencia en el proceso (...)"<sup>5</sup>

Es por esta visión de proceso-medio que viene impuesta tanto por la Constitución como por el Código Orgánico de la Función Judicial, que al dictarse el Código Orgánico Integral Penal, que se ha definido como la norma jurídica aplicable al caso, se incorporó en su artículo 652.10.c), el

<sup>4</sup> Corte Constitucional, Sentencia No. 016-10-SEP-CC, del 29 de abril del 2010.

<sup>5</sup> CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Auto de nulidad dictado dentro del recurso de casación signado con el Nro. 1201-2012. *Estado ecuatoriano Vs. Lascano* (Peculado).

deber del juzgador respectivo, de tener que constatar "... una violación al derecho a la **defensa**... ", previo a poder declarar una nulidad por violación de trámite, lo cual ha sido confirmado varias veces por el suscrito órgano jurisdiccional:

En cuanto a los requisitos para declarar la nulidad por violación de trámite, se ha establecido como obligatoria la comprobación de los siguiente: [...] Afectación de un derecho procesal de los litigantes, proveniente de la omisión del acto procesal, o de su ejecución sin las formalidades previstas en la legislación...<sup>16</sup>

Dicho lo anterior, corresponde a este órgano jurisdiccional mencionar que el impugnante solo afirma en forma genérica que fue vulnerado su derecho a la defensa, sin que establezca actos procesales concretos que, vistos en perspectiva comparada entre el Código de Procedimiento Penal y el Código Orgánico Integral Penal, permitan concluir que le hubiesen resultado de mayor beneficio en caso de haberse efectuado con el último cuerpo de normas citado.

Por lo expuesto, el Tribunal de Casación ha procedido a efectuar un análisis general de los procedimientos ordinarios establecidos en los dos Códigos Penales que se mencionan *supra*, del que no se desprende un cambio significativo y de fondo con el que se pueda deducir una desventaja comparativa, sufrida por el procesado en su derecho a la defensa, por la tramitación de la causa con el Código de Procedimiento Penal

- En los dos casos el proceso inicia con una audiencia de formulación de cargos, la que le corresponde convocar al fiscal de la causa y que se lleva a efecto ante un juez de garantías penales. En esta audiencia, el juzgador abre la instrucción fiscal en contra de una persona determinada, debiendo mencionar, por disposición casi idéntica de ambos cuerpos normativos: a) Los datos de la persona en contra de la que se inicia la instrucción; b) Un relato de los hechos en los que se basa la imputación; y, c) los elementos investigativos con los que se cuentan hasta el momento, para darle sustento a la imputación.
- Una vez abierta la etapa de instrucción fiscal, en los dos Códigos estudiados se prevé un límite de tiempo de noventa días para llevarla a efecto, considerando las circunstancias concretas del caso (delito de violación con un solo procesado); así también, los dos cuerpos de normas consagran el derecho del procesado, en este estado de la causa, de presentar los elementos de descargo que posea, así como de solicitar la práctica de aquellos para los que necesita orden del juez de garantías penales. Si bien ahora se prevé la posibilidad de una reformulación de cargos con el Código Orgánico Integral Penal, al haberse mantenido una sola calificación jurídica de los hechos litigiosos durante todo el proceso, resulta intrascendente su análisis.

<sup>16</sup> Ver: CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal Penal Militar, Penal Policial y Tránsito Autos de nulidad dictados dentro de los recursos de casación signados con los números: 241-2016, 951-2016, 09284-2015-02751, *inter alia*.

- Tras el cierre de la instrucción fiscal, tanto en el Código de Procedimiento Penal como en el Código Orgánico Integral Penal, se prevé la tramitación de una etapa de transición entre ésta y la etapa de juicio, dirigiendo únicamente el nombre que el legislador le otorga: En el primer cuerpo de normas mencionado se llamaba etapa intermedia, mientras que ahora, con el nuevo Código, ha adoptado el nombre de etapa de evaluación y preparatoria de juicio.
- El acto principal de estas etapas de transición coincide en la audiencia preparatoria de juicio, en la que el fiscal presenta las conclusiones a las que se ha llegado tras la correspondiente instrucción. En los dos trámites, la diligencia en estudio tiene dos partes: una primera parte en la que se analizan los temas de forma, como prejudicialidades, requisitos de procedibilidad, *inter alia*, en aras de subsanar cualquier vicio que se hubiese presentado en la tramitación de la causa; y, una segunda parte en la que el fiscal realiza su acusación y la defensa del procesado la contesta. La mentada acusación, debe contener los mismos requisitos en los dos tipos de trámite analizados, con la única diferencia de que el Código Orgánico Integral Penal señala al listado de testigos y a la solicitud de medidas cautelares como requisitos de la acusación, mientras que el Código Penal incorpora al primero de estos requisitos como una finalidad de la audiencia preparatoria de juicio, y al segundo como una potestad general, devenida de la regulación específica que se le da a las medidas cautelares. Por sobre ello, en los dos procedimientos, las audiencias sirven también para anuncio de prueba (en general), exclusión de la misma y acuerdos probatorios.
- El auto de llamamiento a juicio (que fue lo que se dictó en esta causa), guarda también los mismos requisitos en los dos procedimientos, siendo casi copias textuales los numerales contenidos en los artículos 232 del Código Penal y 608 del Código Orgánico Integral Penal. De la misma forma, frente a este auto se puede interponer únicamente el recurso de nulidad por parte del procesado, en los dos trámites, resultando en este aspecto inclusive más beneficioso el Código de Procedimiento Penal, que obliga a dictar el auto de llamamiento a juicio por escrito, concediéndole con ello al procesado mayor conocimiento de los fundamentos del juzgador para dictarlo, así como más tiempo para preparar su recurso.
- La etapa de juicio en los dos procesos *in examine* se basa en los mismos principios, esto es; oralidad, contradicción y publicidad, aunque en este caso, los dos tipos de trámites, por el delito imputado (atentado al pudor-abuso sexual), prevén la reserva de las diligencias como la audiencia de juzgamiento. La mentada diligencia, tiene una estructura similar basada en alegatos de apertura, seguidos de la presentación de la prueba, posteriormente los alegatos de cierre, la deliberación del Tribunal de Juicio y la decisión

oral. Sobre este último punto, si bien se prevén mayores requisitos en el Código Orgánico Integral Penal para dictar la resolución de manera oral, pues el Código de Procedimiento Penal únicamente exigía un pronunciamiento de culpabilidad o inocencia, se constata del acta de la audiencia de juzgamiento del procesado Andrés Serrano Tapia, que en este caso se dio una resolución que contenía, además, la calificación jurídica del hecho por el cual se lo sentenció, así como la determinación de las sanciones específicas que se le debían imponer, elementos que le han brindado seguridad jurídica al procesado, sobre su situación, y que no han variado al momento de expedirse el fallo de primer nivel.

- Ya en cuanto a la sentencia de primer nivel, la motivación que se encuentra constante en ella se adapta a los requisitos establecidos en cualquiera de los dos cuerpos de normas en estudio, tanto al artículo 309 del Código de Procedimiento Penal como al artículo 622 del Código Orgánico Integral Penal. De este documento judicial, en los dos procesos procedía la interposición del recurso de apelación, dentro de los tres días posteriores a la notificación de la sentencia por escrito.
- La impugnación dentro de los procesos en estudio, sufrió un cambio meramente formal, al dejar de denominarse fase procesal en el Código Orgánico Integral Penal; sin embargo, en los dos casos se sigue rigiendo por los mismos principios, sobre todo el de doble instancia y la *non reformatio in peius*. Tanto en el Código Orgánico Integral Penal como en el Código de Procedimiento Penal prevén una apelación amplia, capaz de revisar lo relativo a los hechos y el derecho, pudiendo el correspondiente tribunal, inclusive, revisar la validez del proceso y declarar la nulidad del mismo. Los efectos previstos para esta etapa son los mismos en ambos cuerpos normativos: devolutivo, suspensivo y extensivo (en lo que fuere utilizable).
- Ya en cuanto a la casación, el procesado ha resultado beneficiado con una más amplia posibilidad de acceder a este recurso extraordinario, pues el Código de Procedimiento Penal, que fuese aplicado en la especie, no preveía la fase de admisión con la que ahora sí cuenta el Código Orgánico Integral Penal.

Tras este análisis, se puede afirmar que, en abstracto, este órgano jurisdiccional no observa que el uso del procedimiento ordinario contenido en el Código de Procedimiento Penal, por sobre el procedimiento ordinario que trae el Código Orgánico Integral Penal, devenga en una vulneración a alguno de los componentes del derecho a la defensa, dadas sus similitudes; y que, en concreto, la defensa del procesado tampoco ha logrado especificar algún acto o actos procesales efectuados en esta causa, que hubiesen devenido en una situación comparativamente mejor para Andrés Serrano, si se los hubiese ejecutado con el Código Orgánico Integral Penal. Por sobre ello, también se debe mencionar que ha sido la misma defensa de los procesados la que ha dejado

que se tramite la causa con el Código de Procedimiento Penal, aun conociendo del error en el que se había incurrido, evitando hacer uso de las facultades correctivas que se podían haber tomado tan pronto como la audiencia preparatoria de juicio, y prefiriendo hacerlo únicamente en la audiencia de apelación, cuando casi había concluido la tramitación del proceso.

En definitiva, al no cumplirse con el principio de trascendencia que regula a las nulidades procesales (la norma procesal aplicada no influye en los derechos del procesado ni en la decisión de la causa, mientras que la norma sustantiva aplicada era la que más le favorecía), no es posible implantar el mentado efecto procesal en esta causa, pues hacerlo sería imponer nuevamente la idea de un proceso judicial como fin en sí mismo, por sobre el concepto de un proceso judicial como medio de realización de la justicia, que es el que se extrae de las normas consagradas en el artículo 169 de la Constitución de la República, así como de los artículos 18, 23 y 130.8 del Código Orgánico de la Función Judicial; todo lo cual, deviene en la improcedencia de esta segunda parte del cargo del procesado, que ahora se analiza.

### 3. RESOLUCIÓN

En atención al desarrollo jurídico efectuado en líneas anteriores, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional, **"ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA"**, al tenor del artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso interpuesto por Andrés Iván Serrano Tapia. Devuélvase el proceso, una vez ejecutoriado el fallo, al órgano jurisdiccional de origen. **Notifíquese y Cúmplase.-** f.- Dra. Gladys Terán Sierra.- **JUEZA NACIONAL PONENTE.-** f.- Dra. Sylvia Sánchez Insuasti.- **JUEZA NACIONAL.-** f.- Dr. Marco Maldonado Castro.- **CONJUEZ NACIONAL.-** Certifico.- f.- Dra. Ximena Quijano Salazar.-

**SECRETARIO RELATOR:**

**CERTIFICO:** Las siete (07) fojas que anteceden son iguales a su original.

Quito, 12 de diciembre de 2017.

  
DR. CARLOS IVÁN RODRÍGUEZ GARCÍA  
SECRETARIO RELATOR

CASO No. 17721-2016-0296  
RESOLUCIÓN No. 1388-2017  
RECURSO: CASACIÓN  
PROCESADO: JUAN MARTÍN HERRERA CRISANTO  
DELITO: TENENCIA Y POSESIÓN ILÍCITA DE SUSTANCIAS ILÍCITAS SUJETAS A FISCALIZACIÓN.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y  
TRÁNSITO

Julio No. 0296-2016

Recurso de Casación

JUEZA NACIONAL PONENTE: Dra. Sylvia Sánchez Insuasti

Quito, miércoles 23 de agosto del 2017, las 09h55.

**VISTOS:** Habiéndose agotado el trámite legal pertinente, y por ser el estado de la causa el de motivar la sentencia por escrito, para hacerlo se considera:

I. ANTECEDENTES

1.1 ANTECEDENTES PROCESALES.-

1.1.1 El Segundo Tribunal de Garantías Penales de El Oro, el 30 de agosto de 2014, las 09h57, en voto de mayoría<sup>1</sup> dictó sentencia absolutoria, en favor del señor Juan Martín Herrera Crisanto, por el delito acusado por Fiscalía, esto es, el de tenencia de sustancias estupefacientes, tipificado y sancionado en el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas<sup>2</sup>.

1.1.2 De esta sentencia, Fiscalía interpone recurso de apelación, cuyo conocimiento recayó en la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, que el 13 de julio de 2015, las 12h10, resolvió

<sup>1</sup> Expediente del Segundo Tribunal de Garantías Penales de Orellana. II cuerpo, fs. 403-412 vta.

<sup>2</sup> Art. 62.- Sanciones para la tenencia y posesión ilícitas.- Quienes sin autorización legal o despacho de receta médica previa, posean o tengan, con su consentimiento expreso o tácito, deducible de una o más circunstancias, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en sus personas, ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio del que sean propietarios, arrendatarios, tenedores u ocupantes a cualquier título, o que este bajo su dependencia o control, serán sancionados con la pena de doce a diez y seis años de reclusión mayor-extraordinaria y multa de sesenta a ochenta mil salarios mínimos vitales generales.

por unanimidad, revocar la sentencia absolutoria dictada por el Tribunal Segundo de Garantías Penales de El Oro y en su lugar, dicta sentencia condenatoria en contra del procesado, señor Juan Martín Herrera Crisanto, como autor del delito tipificado y sancionado en el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y de conformidad con el artículo 220.1.d) del Código Orgánico Integral Penal<sup>3</sup>, que se aplica en atención al principio de favorabilidad, se le impone la pena de 10 años de privación de la libertad y al pago de cuarenta salarios básicos unificados del trabajador en general<sup>4</sup>.

**1.1.3** El procesado, señor Juan Martín Herrera Crisanto, interpone oportunamente casación, de la sentencia emitida por el tribunal de segunda instancia. Por la fecha en que se ha presentado el recurso, corresponde aplicar el Código de Procedimiento Penal del año 2000, con sus reformas del 24 de marzo de 2009, y siguientes; en cumplimiento de la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal<sup>5</sup>, publicado en el Registro Oficial No. 180, de 10 de febrero de 2014.

## 1.2 ANTECEDENTES FÁCTICOS.-

**1.2.1** El 17 de octubre de 2013, las 03h30 aproximadamente, en la vía Huaquillas-Arenillas, el grupo policial especial "Gema" realizó una revisión rutinaria a los pasajeros del bus de la Cooperativa Loja, disco No. 61, que transitaba en el lugar. Al revisar el equipaje, los gendarmes encontraron que uno de los pasajeros, el señor Juan Martín Herrera Crisantos, transportaba un cartón con doble fondo, en el que se encontró 8 paquetes envueltos en cinta de embalaje color café, que contenían una sustancia blanquecina, presumiblemente droga, la que más tarde, a las pruebas químicas efectuadas, dio positivo para cocaína, con un peso neto de 3.811 gramos.

<sup>3</sup> Art. 220.- Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.- La persona que directa o indirectamente sin autorización y requisitos previstos en la normativa correspondiente:

1. Oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envfe, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga, posea o en general efectúe tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, en las cantidades señaladas en las escalas previstas en la normativa correspondiente, será sancionada con pena privativa de libertad de la siguiente manera:

d) Gran escala de diez a trece años.

<sup>4</sup> Cuaderno de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, fs. 11-14 vta.

<sup>5</sup> Código Orgánico Integral Penal. DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA: Los procesos penales, actuaciones y procedimientos de investigación que estén tramitándose cuando entre en vigencia este Código, seguirán sustanciándose de acuerdo con el procedimiento penal anterior hasta su conclusión, sin perjuicio del acatamiento de las normas del debido proceso, previstas en la Constitución de la República, siempre que la conducta punible esté sancionada en el presente Código.

### 1.3 INTERVENCIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES EN LA SUSTANCIACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.-

#### 1.3.1 Juan Martín Herrera Crisanto<sup>6</sup>

El doctor Ángel Coronado Guamantica, defensor técnico del procesado, señor Juan Martín Herrera Crisanto, fundamenta el recurso de casación<sup>6</sup> propuesto, manifestando en lo principal que:

- **Presenta el recurso** colusorio de casación, porque se incumplió una norma legal en contra de procesado, ciudadano señor Juan Martín Herrera Crisanto.
- La **sentencia de primera instancia fue absolutoria**, de la que Fiscalía recurrió y en segunda instancia se le impuso al procesado una pena privativa de la libertad de 10 años.
- El proceso se inició el 16 de octubre de 2013, por lo que el 16 de noviembre el juicio debía pasar al juez, pero los peritos químicos presentaron el informe el 3 de noviembre del 2013, por lo que no debió ser valorado por presentarse fuera del término previsto por la ley. Este hecho sí fue considerado por el tribunal de primera instancia, declarando que sin el examen químico no se probó la materialidad de la infracción.
- Contrariamente, la Sala de la Corte Provincial toma en consideración otros eventos, como que basta la declaración de los policías, para establecer la materialidad de la infracción.
- Los policías no son especializados en química, como para que pudieran establecer si la sustancia capturada era droga.
- En la sentencia objetada se violaron los artículos 76.4 de la Constitución de la República del Ecuador y 79 del Código de Procedimiento Penal.
- Sí es cierto que los peritos químicos declararon en la audiencia de juicio y se ratificaron en el contenido de sus informes, pero éstos fueron presentados fuera del tiempo previsto por la ley. El fiscal no tuvo el cuidado de presentar la prueba necesaria para poder juzgar al procesado.
- Rechaza la sentencia dictada en segunda instancia por ilegal e improcedente.
- Solicita se ratifique el estado de inocencia del procesado.

#### 1.3.2 Fiscalía General del Estado<sup>7</sup>

El doctor Marco Navas Arboleda, delegado de la Fiscalía General del Estado, contesta el recurso de casación, indicando en lo principal:

<sup>6</sup> Expediente de la Corte Nacional de Justicia, acta de la audiencia de fundamentación del recurso, f. 7, 7 vta.

<sup>7</sup> Ibid., acta de la audiencia de fundamentación del recurso, f. 79

- De conformidad con el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, no se ha indicado cuál es la norma que se ha violado, la causal por la cual se cometió la violación y cómo ese yerro influyó en la decisión de la causa.
- Lo que manifestó el abogado del recurrente es que se han violado los artículos 76.4 de la Constitución y 79 del Código de Procedimiento Penal, que se refieren a las pruebas, pero lo que omitió indicar es que existe un acta de acuerdo probatorio entre las partes, de conformidad con el artículo 286.6 del Código de Procedimiento Penal, referente a la naturaleza de la droga que el sentenciado tenía en su poder, esto es, aproximadamente 3.000 gramos de cocaína, que corresponde a gran escala, según el artículo 220.1.d) del Código Orgánico Integral Penal.
- La sentencia absolutoria de primera instancia es de mayoría, con voto salvado que indica que el procesado debe ser condenado a una pena de 12 años de privación de la libertad.
- En la sentencia de segunda instancia, le condenaron al procesado a 10 años de prisión, aplicando el principio de favorabilidad, considerando que el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas preveía una pena más alta que la prescrita en el artículo 220.1.d) del Código Orgánico Integral Penal.
- Existe un acta de la aprehensión del procesado, en el que se determina que él llevaba la sustancia en un cajón de doble fondo. Todas las pruebas aportadas por Fiscalía, demuestran la materialidad de la infracción y la responsabilidad del procesado, lo que se analiza en los considerandos Cuarto y Quinto de la sentencia impugnada.
- El proceso se llevó a cabo respetando el debido proceso, conforme el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador.
- El artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que no se sacrificará la justicia por la omisión de meras formalidades, por lo que la alegación de que los informes químicos se presentaron fuera de tiempo, no tiene asidero.
- Solicita se declare improcedente el recurso presentado y se confirme la sentencia venida en grado.

## II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

### 2.1 COMPETENCIA.-

2.1.1 De conformidad con las resoluciones No. 01-2015 y No. 02-2015 del Pleno de la Corte Nacional

de Justicia; el acta de sorteo de la Sala Especializada de lo Penal de 28 de enero de 2015; y, el sorteo de ley efectuado el 04 de marzo de 2016, las 15h20, el Tribunal de Casación está integrado por la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional, quien actúa como ponente en atención a lo dispuesto en el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial<sup>4</sup>; los doctores Luis Enríquez Villacrés y Jorge M. Blum Carcelén, Jueces Nacionales.

**2.1.2 La Jueza y Jueces Nacionales** actuantes, somos competentes para conocer la presente causa, en atención a lo dispuesto en los artículos 184.1 y 76.7.k) de la Constitución de la República; 184 y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, reformados por la Ley Orgánica Reformativa al Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 17 de julio de 2013; 21.2, 349 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, vigente hasta el 9 de agosto de 2014.

## **2.2 VALIDEZ PROCESAL.-**

El presente recurso se ha tramitado de conformidad con lo establecido en los artículos 75 y 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador y las reglas generales de impugnación dispuestas en los capítulos I y IV del Título Cuarto del Código de Procedimiento Penal. Por lo que, al no existir vicios de procedimiento, ni omisión de solemnidades sustanciales, habiéndose observado las garantías del debido proceso, este Tribunal declara la validez de lo actuado.

## **2.3 CONSIDERACIONES JURÍDICAS RESPECTO AL DERECHO A RECURRIR Y AL RECURSO DE CASACIÓN.-**

**2.3.1** La Constitución de la República, en el artículo 76.7.m), establece que: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”

<sup>4</sup> Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 141.- Siempre que la resolución deba ser dictada por un tribunal, existirá una jueza o juez ponente.

**2.3.2** El derecho de recurrir de las decisiones judiciales, se encuentra garantizado en los artículos: 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>9</sup>, 8.2.h) de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)<sup>10</sup> y 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos<sup>11</sup>; instrumentos internacionales, que hacen todos, parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano, en razón del bloque de constitucionalidad, consagrado en los artículos 425<sup>12</sup> y 426<sup>13</sup> de la Constitución de la República del Ecuador.

**2.3.3** Para que el derecho a recurrir pueda satisfacerse plenamente, debe ser interpuesto dentro del plazo y según la forma que determine la ley, según lo prescriben los artículos 324<sup>14</sup> y 325<sup>15</sup> del Código de Procedimiento Penal.

**2.3.4** El artículo 349 del Código *ejusdem*, aplicable al presente caso, establece:

*“Causales.- El recurso de casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación.”*

LEXIS

<sup>9</sup> Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.

<sup>10</sup> Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

<sup>11</sup> Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

<sup>12</sup> Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

<sup>13</sup> Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

<sup>14</sup> Art. 324.- Facultad de impugnar.- Las providencias son impugnables solo en los casos y formas expresamente establecidos en este Código.

Cuando la ley no distinga, el derecho a impugnar corresponde a las partes.

El defensor puede interponer los recursos, pero el imputado o acusado puede desistir de los recursos interpuestos por su defensor.

<sup>15</sup> Art. 325.- Interposición.- Para ser admisibles, los recursos deben ser interpuestos dentro del plazo y según la forma que determine la ley.

Al concederse un recurso se emplazará a las partes para que concurren ante el Superior para hacer valer sus derechos.

*No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba”. [Las negrillas no pertenecen al texto original]*

En este sentido, la contravención expresa del texto se presenta cuando el juzgador, por omisión, deja de utilizar determinada disposición jurídica, que es necesaria para la resolución de un caso concreto, resolviendo en **contra de su mandato**; por su parte, la indebida aplicación, ocurre cuando el juzgador yerra al **resolver un caso** en concreto, por aplicar una **norma** que no resulta pertinente para la resolución y **deja de aplicar la correcta**; y, finalmente, existe errónea interpretación, cuando el juzgador aplicando la **disposición** pertinente para la resolución del caso en concreto, le da un sentido y alcance diferente al **expresado** por su tenor literal<sup>16</sup>.

**2.3.5** La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, a través de sus Tribunales de Casación, al definir los parámetros para analizar el recurso de casación, ha establecido que:

Ningún recurso de casación podrá ser procedente, si el recurrente no **exterforiza las razones** jurídicas de las que se cree asistido, para elaborar los cargos que presenta al Tribunal. Esta actividad, que se conoce como **argumentación jurídica**, consta de tres componentes básicos: a) **Determinación** de la parte específica de la **sentencia impugnada**, en la cual se encuentra el **error de derecho**; b) **Confrontación** entre el **razonamiento del juzgador** sobre la aplicación o interpretación de una norma jurídica, que se considera ha **provocado un error** de derecho, y aquella aplicación o interpretación que estima el recurrente se debería haber **realizado**; y, c) **Explicación** de la influencia que ha tenido el error de derecho, sobre la parte **dispositiva de la sentencia impugnada**<sup>17</sup>.

**2.3.6** De los criterios jurídicos antes expuestos, se establece que el recurso de casación se caracteriza por su tecnicismo y excepcionalidad, en tanto, se dirige y limita a analizar la sentencia de segunda instancia, a fin de establecer si en ella se ha violado la ley por alguna de las **causales** expresamente determinadas en la normativa adjetiva penal –contravención expresa, **indebida aplicación**, errónea interpretación–; al Tribunal de Casación, no le compete pronunciarse sobre errores relativos a la

<sup>16</sup> Véase jurisprudencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, juicio No. 863-2014, que por delito de violación se siguió en contra de Roberto Carlos Aguirre Cuasés.

<sup>17</sup> Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, Proceso Penal No. 444-2014, que por delito de abuso de confianza se siguió en contra de María Ines Quishpe Pomatoca.

tramitación de la causa, conocidos como errores "*in procedendo*", los cuales tienen una vía de impugnación distinta, esto es, nulidad y/o apelación, -segunda instancia- que inexorablemente debió haberse agotado **previo a la interposición del recurso de casación**, ergo, existe ya un pronunciamiento al respecto. **Además, debe precisarse que en sede casación, por imperativo legal, está prohibido volver a valorar prueba.**

## **2.4 CUESTIONES JURÍDICAS A SER RESUELTAS POR EL TRIBUNAL.-**

**2.4.1 Requisitos sine qua non para que el recurso de casación sea aceptado en trámite:** La casación de oficio, opera únicamente de forma subsidiaria a la fundamentación del recurso del casacionista, la que debe, en atención al principio dispositivo y a la naturaleza extraordinaria y técnica del recurso de casación, cumplir con todos los requisitos previstos en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, a saber: (i) Determinar la existencia de una violación *in iure* en la sentencia de segunda instancia, sea por vía directa o indirecta; (ii) Señalar por qué causal se violó la ley; y, (iii) Explicar cómo esa violación incidió en la decisión de la causa.

Exclusivamente cuando se invoca la violación de una garantía constitucional, no es indispensable que se determine si el error devino por contravención expresa, indebida aplicación o errónea interpretación; empero, **eso no deslinda al recurrente de su obligación de justificar jurídicamente cómo el razonamiento del tribunal de la Corte de Apelaciones violó la norma constitucional, provocando con esa actuación, un perjuicio en contra de alguno de los sujetos procesales que interviene en el proceso.**

## **2.5 ANÁLISIS DE LA ARGUMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.-**

**2.5.1** La defensa técnica del recurrente, planteó en la fundamentación del recurso de casación, que en la sentencia de segunda instancia: "*se violaron los artículos 76.4 de la Constitución de la República del Ecuador y 79 del Código de Procedimiento Penal*", que prescriben:

Art. 76.- **En todo proceso** en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

4. **Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.**

Art. 79.- Regla general.- Las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales de garantías penales correspondientes, salvo el caso de las pruebas testimoniales urgentes, que serán practicadas por los jueces de garantías penales.

Las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción Fiscal alcanzarán el valor de prueba una vez que sean presentadas y valoradas en la etapa del juicio.

La violación se habría producido, a decir del defensor del señor Juan Martín Herrera Crisanto, porque el tribunal ad-quem valoró el acta de verificación y pesaje de la sustancia encontrada en poder del procesado, a pesar de que la misma fue introducida al proceso fuera del plazo de duración de la instrucción fiscal. Al respecto, debe insistirse, como ya se detalló en la naturaleza del recurso de casación, que éste únicamente procede cuando el recurrente demuestra la existencia de un error *in indicando* en la sentencia objetada; o un error *in procedendo*, que deriva indirectamente, en la violación de una norma de carácter sustancial. Contrariamente, en el presente caso se alega una violación a una norma procedimental –artículo 79 del Código de Procedimiento Penal–, omitiendo invocar además, la causal prevista en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, por la que habría configurado la violación: contravención expresa, indebida aplicación o errónea interpretación.

Por otra parte, este Tribunal censor no puede valorar el acta de verificación y pesaje de la sustancia catalogada sujeta a fiscalización, en atención a la prohibición expresa dispuesta en el segundo inciso del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, que prescribe lo siguiente: "*No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba*". Esta actividad intelectual, les está reservada exclusivamente a los tribunales de instancia, porque son estos juzgadores los únicos que reciben la prueba de primera mano, en irrestricto respeto a los principios de oralidad, contradicción e inmediación.

Finalmente, en cuanto a la violación de la garantía constitucional del debido proceso, contenida en el artículo 76.4 de la Constitución de la República del Ecuador, que proscribe la posibilidad de que al proceso penal se introduzcan elementos de convicción obtenidos violando disposiciones constitucionales o legales, debe precisarse que el acta de verificación y pesaje, de la sustancia encontrada en posesión del procesado recurrente, señor Juan Martín Herrera Crisanto, fue introducida a

juicio como un acuerdo probatorio, lo que fue puesto en relieve por la Corte de Apelaciones en el considerando Quinto de su sentencia:

Por ser de importancia relevamos, que las partes procesales arriban a un acuerdo probatorio respecto al "acta de verificación y pesaje", diligencias que se han cumplido dentro del proceso penal; todo lo expresado de por sí coadyuva a la determinación de la existencia material de la infracción, esto, si miramos que, sobre los hechos existen pruebas directas, en cuanto a la existencia objetiva de las evidencias encontradas en poder del ciudadano Juan Martín Herrera Crisanto...

Los acuerdos probatorios alcanzados por los sujetos procesales en la tramitación del proceso penal, de ninguna forma constituyen una violación a la prohibición de autoincriminación<sup>18</sup> o al deber de investigación que recae sobre Fiscalía<sup>19</sup>, puesto que no exigen del procesado un reconocimiento acerca de la existencia del delito o su responsabilidad penal en el cometimiento de una conducta punible; por el contrario, los acuerdos probatorios excluyen una infructuosa discusión sobre hechos que los sujetos procesales concuerdan han ocurrido, así lo recoge el artículo innumerado a continuación del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, que prescribe: *Art. ...- Adicionalmente, la audiencia preparatoria del juicio y de formulación del dictamen o que se refieren los artículos 224 y 226, tiene las siguientes finalidades:*

*5. Los sujetos procesales podrán llegar a acuerdos probatorios con el fin de dar por demostrados ciertos hechos y evitar controvertirlos en la audiencia de juicio.*

En conclusión, la sentencia emitida por el tribunal de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, no adolece de vicio de derecho alguno que deba ser corregido por el presente Tribunal, ya que su desarrollo intelectual respecto de las normas jurídicas que debían ser aplicadas al caso concreto, es el correcto.

<sup>18</sup> Constitución de la República del Ecuador. Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de toda persona a la defensa incluye:

c) Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.

<sup>19</sup> Art. 195.- La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.


Para cumplir sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal; y, cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley.

### III. DECISIÓN


En mérito de lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, al tenor de lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal<sup>20</sup>, por unanimidad, **declara improcedente** el recurso de casación interpuesto por el procesado, señor Juan Martín Herrera Crisanto. Devuélvase el proceso al Tribunal de origen. **Notifíquese y cúmplase.**-F.- Dra. Sylvia Sánchez Insuasti.- **JUEZA NACIONAL PONENTE.**- F.- Dr. Jorge M. Blum Carcelén.- **JUEZ NACIONAL.**- F.- Dr. Luis Enríquez Villacrés.- **JUEZ NACIONAL.**- **Certifico.**- F.- Dr. Carlos Rodríguez García.- **SECRETARIO RELATOR:**

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

Quito, 12 de diciembre de 2017.



DR. CARLOS IVAN RODRIGUEZ GARCIA  
SECRETARIO RELATOR



<sup>20</sup> Art. 358.- Sentencia.- Si la Corte Nacional estimare procedente el recurso pronunciará sentencia enmendando la violación de la ley. Si lo estimare improcedente, lo declarará así en sentencia y devolverá el proceso al inferior para que ejecute la sentencia. Si la sala observare que la sentencia ha violado la ley, admitirá la casación, aunque la fundamentación del recurrente haya sido equivocada.

CASO No. 18461-2013-3340  
RESOLUCIÓN No. 1389-2017  
RECURSO: CASACIÓN  
PROCESADO: LUIS ENRIQUE ABELARDO PICO PAZ  
DELITO: TRÁNSITO.  
CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL,  
PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO

CAUSA No. 18461-2013-3340  
RECURSO DE CASACIÓN

Quito, miércoles 23 de agosto del 2017, las 17H09.

Una vez agotado el trámite legal y por ser el estado de la causa el de dictar sentencia por escrito, para hacerlo, se considera.

VISTOS:

1. ANTECEDENTES

Los hechos detallados, conforme el juez *A quo*, ~~medularmente~~ se circunscriben a lo siguiente:

**“Mediante parte informativo realizado por el Cabo Segundo de la Policía Nacional Carlos Díaz, se ha dado conocer sobre un accidente de tránsito tipo Estrellamiento, ocurrido en la Vía a Tisaleo, sector El Calvario, perteneciente a la Jurisdicción del cantón Ambato, provincia de Tungurahua, suceso ocurrido el día miércoles 18 de septiembre del 2013, a eso de las 00H10, aproximadamente en dicho accidente de tránsito han participado los vehículos clase: CAMIÓN, marca: HUNDAY, color: BLANCO, de placas: PBX1066, conducido por el señor acusado LUIS ENRIQUE ABELARDO PICO PAZ, en estado de embriaguez, según la prueba de alcoholtest No. 843, cuyo resultado ha sido el de 1.07mg/l es decir positivo; el vehículo clase AUTOMOVIL, tipo SEDAN, color PLATEADO, de placas PBNI445, y el vehículo clase CAMINETA, tipo FURGONETA, marca TOYOTA, de placas PCW072, estos dos últimos que se han encontrado estacionados sobre la calzada, siendo impactados por el vehículo clase camión de placas PBX1066, conducido por el señor Luis Enrique Abelardo Pico Paz, luego de lo cual continúa su rumbo subiéndose al parterre**

central impactarse con una señalética para luego seguir su trayectoria estrellándose contra el domicilio del señor Fausto Anibal Fiallos, en donde queda atrapado entre los fierros retorcidos de su automotor debiendo ser rescatado por el personal del cuerpo de bomberos que han llegado al lugar, producto de este accidente de tránsito han resultado con cuantiosos daños materiales dichos automotores así como el domicilio de la familia Fiallos". (Sic)

Juez de la Unidad Judicial de Tránsito con sede en el cantón Ambato, Dr. Washington Xavier Ortiz Buitron, con fecha 17 de marzo del 2017, a las 15:37, dictó sentencia declarando la culpabilidad del procesado LUIS ENRIQUE ABELARDO PICO PAZ, por haber adecuado su conducta a lo tipificado por el inciso 3. del Art. 132 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad, en calidad de autor, imponiéndole una pena pecuniaria equivalente a CUATRO remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general vigente al fecha del suceso del accidente (2013), esto es, la cantidad de mil doscientos setenta y dos dólares americanos (\$ 1272 USD), reducción de NUEVE puntos en su licencia de conducir tipo "E"; y, declarando procedente la Acusación Particular interpuesta por la señora Jhenny de Las Mercedes Segovia Zamora, condenando al sentenciado a pagar los daños y perjuicios ocasionados. De este fallo, el sentenciado planteó recurso de apelación.

La Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, en sentencia de 26 de abril de 2017, las 14b51, resolvió rechazar el recurso de apelación interpuesto por Luis Enrique Abelardo Pico Paz; resolución de la cual, presentó recurso de casación, para ante la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

### 1.1 Sustanciación del recurso de casación

La presente sentencia que pone fin al recurso interpuesto por el procesado Luis Enrique Abelardo Pico Paz, la anteceden los siguientes actos procesales, que denotan su validez

- Providencia dictada el 09 de mayo de 2017, las 13h06, por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, en la cual, se concedió el recurso de casación interpuesto por Luis Enrique Abelardo Pico Paz.
- Acta de sorteo de la causa No. 18461-2013-3340, efectuado por la Presidencia de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, mediante la cual se radicó la competencia en este Tribunal de Casación.
- **Audiencia oral**, pública y contradictoria de fundamentación del recurso en la que fueron escuchados; en representación del recurrente el doctor Ernesto Álvarez; y, en representación del señor Fiscal General del Estado, la doctora Belén Páez.
- De conformidad a la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014, corresponde aplicar las normas vigentes al tiempo del inicio del proceso, que para el caso in examine son las contenidas en el Código Penal y Código de Procedimiento Penal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 555 de 24 de marzo de 2009.

## I. 2 Fundamentación del recurso de casación.

- a)** En la potestad de la Ley Orgánica de Tránsito, Transporte Terrestre y Seguridad Vial, vigente a la época del accidente, como también en la potestad del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, presenta el recurso de casación a la sentencia dicta por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, por considerar que existe una serie de violaciones legales. Se inaplicó normas legales, principalmente aquellas referidas a los artículos 15, 18, y 19 del “Reglamento del Sistema de la Función Judicial” (Sic), en razón de que existió dos experticias: la primera vulnera lo preceptuado en el artículo 116 de la normativa procesal penal, es decir el perito jamás fue designado, jamás se posesionó y sin embargo presentó un informe, lo que significa que aplicando el numeral 4, del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador y artículo 80 de la normativa procesal penal, la experticia carece de eficacia probatoria. En tanto que el otro perito fue designado, posesionado y presentó el informe pero de forma extemporánea.

- b) Se vulneró las disposiciones legales contenidas en los artículos 250, 251, 252, 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil, como norma supletoria al Código de Procedimiento Penal, toda vez que el tribunal de alzada no consideró estas disposiciones. Se vulneró en los artículos 207, 208, 209 y 210 de la norma procesal civil como norma supletoria penal, por cuanto no se consideró con el análisis de la sana crítica. Con lo manifestado se violentó el debido proceso, determinado en los artículos 76 y 169 de la Constitución de la República del Ecuador, al igual que la seguridad jurídica contenida en el artículo 82 de la Carta Magna. Existe vulneraciones a leyes orgánicas y vulneraciones a leyes ordinarias e inclusive la falta de aplicación de la norma hizo que el Tribunal de alzada dicte una sentencia condenatoria ratificando la sentencia del Juzgado de Transito del cantón Ambato.

Concluyó solicitando que se casa la sentencia, declarando el estado de inocencia de Luis Enrique Abelardo Pico Paz.

#### **1.2.1 Contestación al recurso por parte de la doctora Belén Páez, delegada del señor Fiscal General del Estado,**

- a) Se ha manifestado que existe violaciones legales, se ha inaplicado el artículo 15, 18, 19 del Reglamento de la Función Judicial con respecto a la pericia, con lo que, estas aseveraciones encajan en una revalorización de pruebas, lo cual es inadmisibles conforme lo establece el ultimo inciso del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.
- b) Con respecto a las violaciones presentadas, no se ha identificado cuál con que causal de casación se sustenta la vulneración de la sentencia recurrida. El abogado del recurrente no ha mencionado lo contemplado en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, siendo estas, por contravención expresa de la ley, indebida aplicación o por errónea interpretación de la misma, lo cual se debe demostrar, argumentar e indicar con que causal casacional se ha violado las normas en la sentencia e indicar en donde está el error en la misma.

- e) Fiscalía considera que la sentencia se encuentra debidamente fundamentada y que es lógica, comprensible y razonable. Se ha demostrado que existió la materialidad de la infracción y la responsabilidad del procesado y solicita por tanto, se deseche el recurso presentado por el sentenciado, por improcedente.

## 2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

### 2.1 Competencia

La Corte Nacional de Justicia, ejerce su jurisdicción a nivel nacional de conformidad con el artículo 182, último inciso, de la Constitución de la República del Ecuador, y artículo 172 del Código Orgánico de la Función Judicial.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, tiene competencia para conocer los recursos de casación, revisión y los demás que establezca la ley, en materia penal de conformidad con el artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, así como los artículos 8 y 9 de la Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial número 38, de 17 de julio de 2013, que sustituyen a los artículos 183 y 186 de la misma ley, y las Resoluciones de la Corte Nacional de Justicia números 01-2015 y 02-2015, de 28 de enero de 2015.

El Tribunal para la resolución de la presente causa está conformado por el doctor Luis Enríquez Villacrés, Juez Nacional Ponente; doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional, quien por licencia concedida conforme consta del oficio N° 1233-SG-CNJ-ROG, de 03 de agosto de 2017, suscrito por el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, lo remplace el doctor Roberto Guzmán Castañeda, Conjuez Nacional; y, doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional, quien por licencia concedida conforme consta del oficio N° 1224-SG-CNJ-ROG, de 01 de agosto de 2017, suscrito por el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, lo remplace la doctora Zulema Pachacama Nieto.

## 2.2 Análisis del recurso de casación.

Este medio de impugnación está dirigido a enmendar las faltas que afectan al juicio de derecho contenido en la sentencia de apelación, por su naturaleza es de carácter extraordinario por cuanto, exige motivos taxativos para su interposición y admisión, siendo estos, los errores de derecho producidos por el juzgador al momento de prescribir normas jurídicas aplicables al resolver, o a su vez de haber escogido normas correctas, les ha dado un estilo y alcance a su texto que no es el que verdaderamente tienen. En ese sentido, es un medio de impugnación limitado y taxativo, pues, su fundamento se ciñe a estrictas causales determinadas en la ley (artículo 349 del Código de Procedimiento Penal), fuera de las cuales su consecuencia es la declaración de improcedencia del recurso planteado.

Coherente con lo expuesto, Gilberto Martínez Rave, en la obra Procedimiento Penal Colombiano, agrega que el recurso extraordinario de casación *“es el que se utiliza contra sentencias de segunda instancia que se consideran violatorias de la ley. No origina una tercera instancia que no existe, en casación no pueden volverse a debatir los hechos que ya han sido juzgados en las dos instancias. Simplemente se trata de un recurso mediante el cual se confronta la sentencia con la ley para concluir si aquella se ciñó a ésta y tiene validez jurídica.”*<sup>1</sup>. En virtud de aquello, quien recurre debe realizar una correcta fundamentación del recurso interpuesto, para que el Tribunal de Casación cuente con los medios claros y suficientes para casar una sentencia con base a las argumentaciones del impugnante.

Así mismo, es de señalar que esta vía de impugnación, constituye una manifestación del derecho garantizado en el artículo 76.7.m) de la Constitución de la República del Ecuador, en relación al artículo 8.2.h) de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), que señala:

*“... Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.”*

<sup>1</sup> Gilberto Martínez Rave, *Procedimiento Penal Colombiano*, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1992, pág. 457

Aquella norma, guarda relación con la contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone:

*“Toda persona declarada culpable, de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme lo prescrito por la ley.”*

De esa contextualización, en esta vía de impugnación extraordinaria, lo que procede es el examen del fallo recurrido, para determinar posibles vulneraciones al ordenamiento jurídico, contenidas en la sentencia de apelación, ya que, se trata de un estudio con el objeto de precisar si se han verificado las formas de franqueamiento a la ley.

En efecto, al ser la casación un recurso limitado ha de considerárselo como cerrado, pues solo procede su interposición contra sentencias de segunda instancia, cuando se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación, conforme manda el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, donde su último inciso determina la prohibición de valorar nuevamente la prueba, ya que el Tribunal de Casación únicamente debe decidir si en el fallo impugnado se ha quebrantado un precepto legal, puesto que sólo compete el análisis de la sentencia versus la ley; y, en ese contexto, los referidos presupuestos se refieren a lo siguiente:

i) **Contravención expresa** de su texto: este tipo de causal, engloba normas mandatorias, permisivas y prohibitivas, que regulan la actividad juzgadora, por el hecho de contener una disposición dirigida al administrador de justicia; es decir, que al verificarse la transgresión a la ley por este tipo de vulneración, implica que el juez ha actuado en contrario a lo que la norma del derecho sustantivo, adjetivo o constitucional le dispone, ya sea desconociéndola o aplicándola de forma incompleta.

ii) La indebida aplicación, tiene lugar cuando se utiliza una norma legal de manera errónea a determinado caso; hay aquí una norma correcta que se ha dejado de aplicar y una incorrecta.

que el juzgador ha seleccionado y atribuido a determinado caso, y su convergencia radica en que, el hecho fáctico, no se encasilla a lo que la norma escogida contiene.

iii) **Errónea interpretación**, que se refiere a que el juzgador, habiendo tomado aquel precepto jurídico, incorporado a un artículo del ordenamiento jurídico que es el correcto, la apreciación comprensiva que el administrador de justicia le da, es distinto al que verdaderamente la norma enmarca, es decir, evidencia un error de intelección jurídica del juez.

De tales consideraciones, teniendo en cuenta que, en este medio de impugnación se requiere el señalamiento de vulneraciones a ley en la sentencia bajo presupuestos casacionales; en vista de aquello, este Tribunal de Casación engloba las pretensiones expuestas conforme a lo siguiente:

### **2.3 Estudio sobre los fundamentos esgrimidos por la defensa técnica del recurrente:**

Este Tribunal, una vez que ha analizado los argumentos expuestos por los recurrentes, procede a englobar las alegaciones esgrimidas con base a lo siguiente:

- I. **Inaplicabilidad** de los artículos 15, 18, y 19 del Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial, en razón de que existió dos experticias: vulneración del artículo 116 de Código de Procedimiento Penal, toda vez que jamás ha sido designado, posesionado el perito, por tanto, la experticia carece de eficacia probatoria; en tanto que otro perito designado, presentó extemporáneamente su informe.
- II. **Vulneración** de las disposiciones legales contenidas en los artículos 250, 251, 252, 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que el tribunal de alzada no las ha considerado. Vulneración de los artículos 207, 208, 209 y 210 de la norma procesal civil, por cuanto no se consideró con el análisis de la sana

critica. Vulneración de los artículos 76, 82 y 169 de la Constitución de la República del Ecuador.

2.3.1. En virtud de lo expuesto las normas que se han señalado como transgredidas son lo siguientes:

**REGLAMENTO DEL SISTEMA PERICIAL INTEGRAL DE LA FUNCION JUDICIAL:**

*“Art. 15.- Designación de peritos por funcionarias y funcionarios de la Fiscalía General del Estado.- Las y los funcionarios competentes de la Fiscalía General del Estado, en las etapas procesal y preprocesal, obligatoriamente designarán peritos por sorteo del Registro de Peritos del Consejo de la Judicatura; cuando dichos peritos se requieran de oficio, el sorteo se realizará de entre los peritos públicos de las instituciones constantes en el artículo anterior. En caso de no haber peritos privados que formen parte de este Registro.*

*Al efecto, esta dependencia pública determinará y ajustará sus procedimientos internos e informativos para que se cumpla con esta obligación.”-*

*Art. 18.- Obligaciones Generales.- Los peritos calificados desempeñarán su función de auxiliares de la justicia con objetividad, imparcialidad, responsabilidad, oportunidad, puntualidad, rectitud, corrección y honestidad. Su trabajo deberá enmarcarse en todo momento en la ética, con la presentación de su criterio técnico y especializado, exento de juicios de valor de ningún tipo.*

*La obligación del perito es única e integral y comprende las siguientes actividades: la posesión, la presentación del informe verbal y escrito, la presentación de aclaraciones, ampliaciones y observaciones al informe, la defensa y/o exposición del informe en audiencias orales, de prueba o de juicio; así como, cualquier otra actividad necesaria para cumplir con su encargo judicial.*

*Art. 19.- Obligaciones Específicas.- Son obligaciones de los peritos: (...).”*

**CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL:**

<sup>2</sup> Artículo sustituido por artículo 3 de Resolución del Consejo Nacional de la Judicatura No. 126, publicada en Registro Oficial Suplemento 813 de 5 de Agosto del 2016

*"Art. 116.- Constancia en acta.- De todo lo actuado en los actos periciales, se dejará constancia en acta, que será suscrita por el Fiscal, el Secretario y los peritos."*

#### **CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL:**

*"Art. 207.- Los jueces y tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la razón que éstos hayan dado de sus dichos y las circunstancias que en ellos concurren."*

*Art. 208.- Para ser testigo idóneo se necesita edad, probidad, conocimiento e imparcialidad. Esto no obstante, en conformidad con lo que dispone el artículo anterior, el juez puede fundar su fallo en la declaración del testigo que no reúna todas las condiciones aquí enumeradas, cuando tenga el convencimiento de que el testigo ha declarado la verdad."*

*Art. 209.- Por la falta de edad no pueden ser testigos idóneos los menores de dieciocho años; pero, desde los catorce, podrán declarar para establecer algún suceso, quedando al criterio del juez la valoración de tales testimonios."*

*La misma apreciación hará el juez respecto de la declaración del testigo, cuando el suceso hubiere ocurrido antes de que el testigo haya cumplido catorce años."*

*Art. 210.- Por falta de conocimiento no pueden ser testigos idóneos los locos, los toxicómanos y otras personas que, por cualquier motivo, se hallen privadas de juicio."*

*Art. 250.- Se nombrarán perito o peritos para los asuntos litigiosos que demanden conocimientos sobre alguna ciencia, arte u oficio."*

*Art. 251.- El nombramiento debe recaer en personas mayores de edad, de reconocida honradez y probidad, que tengan suficientes conocimientos en la materia sobre la que deban informar y que, de preferencia, residan en el lugar en donde debe practicarse la diligencia, o en el que se sigue el juicio."*

*Art. 252.- El juez nombrará un solo perito en la persona que él escoja, de entre los inscritos de la nómina que proporcionará el Consejo de la Judicatura. No obstante,*

*las partes podrán de mutuo acuerdo elegir el perito o solicitar que se designe a más de uno para la diligencia, acuerdo que será obligatorio para el juez.*

*Art. 253.- El juez señalará el día y la hora en que deberán comparecer el perito o peritos a posesionarse, y el término dentro del cual deberán cumplir su cometido y presentar el respectivo informe, que será razonado.*

*Art. 254.- Si el perito o peritos no se presentaren a posesionarse legalmente o no practicaren el peritaje o no emitieran su informe dentro del término que se les hubiere concedido para el objeto, o si las partes que eligieron el perito no señalaran el lugar en donde debe notificársele, caducarán sus nombramientos y el juez procederá a nombrar un nuevo perito”.*

- 2.3.2. Las normas citadas anteriormente, regulan la designación, obligaciones generales de los peritos calificados, y su desempeño en la etapa procesal y preprocesal en materia penal, como auxiliares para la administración de justicia en el país; de lo cual, tratándose de medios probatorios, el juicio de valor que se les aplique en ellos, debe ser objetivo y como tal, exclusivo los jueces de instancia.

Una vez explicado lo anterior, concierne referirnos al argumento expuesto por el recurrente, esto, en la forma como han pretendido justificar la transgresión a las normas alegadas; en virtud de ello, el sustento que expone, gira en torno a que perito asignado en la presente causa, jamás ha sido posesionado, en tanto que ha existido otro peritaje, cuyo informe ha sido extemporáneo. Aquel justificativo, se encasilla a circunstancias de orden procedimental, teniendo en cuenta que, de aceptarse la tesis planteada por el impugnante, implicaría que se analice la prueba actuada, su validez, para nuevamente estructurar un análisis sobre los actos desplegados que conllevaron a los jueces de apelación dictar su resolución; siendo así, en esta sede, aquello no es procedente puesto que rompe los límites de este medio impugnatorio y se entraría en la esfera de competencia del Tribunal *Ad-quem*, organismo encargado de desarrollar un estudio probatorio para demostrar la responsabilidad del encartado.

En otro punto, del fundamento expuesto por el recurrente, se observa que el mismo carece del tecnicismo jurídico que se requiere para acudir a esta vía extraordinaria, puesto que, si bien se anuncia la vulneración de normas legales y constitucionales, empero, no ha cumplido con la obligación de vincular, aquellas alegaciones con alguna de la causales establecidas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal (contravención expresa, indebida aplicación o errónea interpretación), acompañándolos de una tesis sólida y clara respecto al falso juicio de intelecto que el juzgador de segunda instancia ha dado a cada norma identificada como vulnerada y cómo este yerro influyó en la decisión de la causa.

- 2.3.3. Frente a lo señalado, es preciso indicar al impugnante que el recurso de casación está dirigido a enmendar las faltas que afectan al juicio de derecho contenido en la sentencia de apelación, por su naturaleza es de carácter extraordinario por cuanto, exige motivos taxativos para su interposición y admisión, siendo estos, los errores de derecho producidos por el juzgador al momento de prescribir normas jurídicas aplicables al resolver, o a su vez de haber escogido normas correctas, les ha dado un estilo y alcance a su texto que no es el que verdaderamente tienen. En ese sentido, es un medio de impugnación limitado y taxativo, pues, su fundamento se ciñe a estrictas causales determinadas en la ley (artículo 349 del Código de Procedimiento Penal), fuera de las cuales su consecuencia es la declaración de improcedencia del recurso planteado.

Al respecto, Gilberto Martínez Rave, en la obra Procedimiento Penal Colombiano, agrega que el recurso extraordinario de casación *“es el que se utiliza contra sentencias de segunda instancia que se consideran violatorias de la ley. No origina una tercera instancia que no existe; en casación no pueden volverse a debatir los hechos que ya han sido juzgados en las dos instancias. Simplemente se trata de un recurso mediante el cual se confronta la sentencia con la ley para concluir si aquella se ciñó a ésta y tiene validez jurídica.”*<sup>3</sup>. En virtud de aquello, quien recurre debe realizar una correcta fundamentación, para que el Tribunal de Casación cuente con

<sup>3</sup> Gilberto Martínez Rave, *Procedimiento Penal Colombiano*, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1992, pág. 457

los medios claros y suficientes para casar una sentencia con base a las argumentaciones del impugnante.

Así mismo, es de señalar que esta vía de impugnación constituye una manifestación del derecho de impugnación, garantizado en el artículo 76.7.m) de la Constitución de la República del Ecuador, en relación al artículo 8.2.h) de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), que señala:

*"... Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior."*

Aquella norma, guarda relación con la contienda en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone:

*"Toda persona declarada culpable, de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme lo prescrito por la ley."*

Finalmente, al ser la casación un recurso limitado ha de considerásele como cerrado, pues solo procede su interposición contra sentencias de segunda instancia, cuando se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación, conforme manda el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, en virtud de ello, resulta improcedente traer a colación temas cuestionables a la prueba y su valoración, lo cual a más de ser improcedente por disposición legal conforme el último inciso del antes mencionado artículo, se aleja de la naturaleza del recurso extraordinario de casación, en tal razón, por las consideraciones expuestas, deviene en la improcedencia del argumento impugnatorio propuesto por Luis Enrique Abelardo Pico Paz.

### 3. DECISIÓN.

Por las consideraciones que anteceden, este Tribunal de Casación, de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, de la Corte Nacional de Justicia,

**ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, conforme lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso interpuesto por Luis Enrique Abelardo Pico Paz.- Una vez ejecutoriada la resolución, devuélvase al órgano jurisdiccional de origen para su ejecución. Notifíquese y cúmplase.- F.- Dr. Luis Enrique Villacrés.- JUEZ NACIONAL PONENTE.- Dra. Zulema Pachacama Nieto.- CONJUEZA NACIONAL.- F.- Dr. Roberto Guzmán Castañeda.- CONJUEZ NACIONAL.- Certifico.- F.- Dr. Carlos Rodríguez García.- SECRETARIO RELATOR:**

**CERTIFICO:** Las siete (07) fojas que anteceden son iguales a su original.  
Quito, 12 de diciembre de 2017.



**DR. CARLOS IVÁN RODRÍGUEZ GARCÍA**  
**SECRETARIO RELATOR**

CASO No. 17721-2016-0642  
RESOLUCION No. 1403-2017  
RECURSO: CASACIÓN  
PROCESADO: JORGE JAVIER REYES DELGADO Y MARIUXI YADIRA REYES DELGADO  
DELITO: TENENCIA Y POSESIÓN ILCITAS DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES SUJETAS A FISCALIZACIÓN.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR**

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

Juicio Nro. 642-2016

**RECURSO DE CASACIÓN-VOTO DE MAYORÍA**

Quito, martes 29 de agosto del 2017, las 15h01.

Una vez agotado el trámite legal pertinente y por ser el estado de la causa el de dictar sentencia por escrito, para hacerlo, se considera:

**1. ANTECEDENTES**

**1.1 Contenido de la sentencia impugnada con relación al objeto del proceso penal**

Los procesados Jorge Javier Reyes Delgado y Mariuxi Yadira Reyes Delgado, interponen recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena, el 1 de abril de 2016, a las 11h15, que confirma en todas sus partes el fallo emitido por el Tribunal de Garantías Penales de la mentada provincia, el 30 de septiembre de 2015, a las 09h00, en cuya parte dispositiva se los declara responsables penalmente, en calidad de autores del delito tipificado y sancionado en el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, imponiéndoles la pena de seis años de privación de la libertad, en aplicación del principio de favorabilidad, así como del artículo 220.1 c) del Código Orgánico Integral Penal.

La teoría del caso de la acusación, es descrita de la siguiente forma en la sentencia de apelación:

El día 5 de junio de 2009, a eso de las 23h45, los agentes antinarcoóticos, por denuncia de moradores del barrio Eugenio Espejo del cantón La Libertad de la provincia de Santa Elena, se dan cita al sitio antes mencionado en vista de que habían tenido conocimiento de que en este lugar existe una casa de construcción mixta de madera de color verde, en la que unas personas se estarían dedicando al expendio de sustancias estupefacientes [...]. observan a un ciudadano de dudosa procedencia que sale y entra, quien tomo contacto con una persona de sexo masculino y otra de sexo femenino, que luego de realizar un cruce de manos se retiraba del lugar con rumbo incierto, razón por la cual los señores agentes antinarcoóticos proceden a llamarle la atención al señor antes mencionados [...] quien al notar la presencia de los agentes antinarcoóticos se puso nervioso [...] al hacerle el registro se le encontró en el bolsillo derecho de su pantalón, 8 sobres de papel manteca de color verde, conteniendo en su interior una sustancia blancuscita que luego de realizar la prueba preliminar dio

positivo para cocaína [...] como se encontraban en un delito flagrante los señores agentes antinarcoóticos ingresan al interior de esta vivienda y encuentran en su interior a Reyes Delgado Jorge Javier y [...] a la ciudadana Reyes Delgado Marluxi Yadira [...] [con] un total de 108,8 gramos de cocaína...

Respecto de esta teoría del caso, luego de la respectiva valoración probatoria, se da por probado en la sentencia de segundo nivel, que los agentes antinarcoóticos:

... el día, hora y lugar [señalados], por denuncias de personas que no se identifica[ron], acudieron hasta ese domicilio, y pudieron observar que personas de dudosa procedencia llegaban hasta ese lugar, hacían un cruce de manos y se retiraban, logrando interceptar a uno de ellos, a quien se le encontró 2,1 gramos de una sustancia, que al ser sometida a la prueba de campo dio positivo para base de cocaína. por ser delito flagrante, irrumpieron en el domicilio, encontrando a los procesados en el interior de la vivienda, a Jorge Javier Reyes Delgado y Mariuxi Yadira Reyes, a quienes se les encontró en su poder una sustancia blanquecina que luego, al ser sometida a la prueba de campo, dio positivo para base de cocaína, con peso de 64.7 gramos en poder de Jorge Javier Reyes Delgado y de 51.3 gramos en poder de Mariuxi Yadira Reyes Delgado.

Estos datos, según el Tribunal de Segundo Nivel, "... conducen a una sola conclusión, ésta es que los procesados Jorge Javier Reyes Delgado y Mariuxi Yadira Reyes Delgado, cometieron el delito de tenencia y expendio de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización...", condenándolos según lo ya descrito *supra*.

### 1.2 Sustanciación del recurso de casación

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

- Providencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena, que corre de fs. 51 del cuaderno de segundo nivel, mediante la que se acepta a trámite el recurso de casación interpuesto conjuntamente por los acusados Jorge Javier Reyes Delgado y Mariuxi Yadira Reyes Delgado.
- Sorteo de la causa Nro. 642-2016, constante a fs. 2 del expediente del presente recurso, efectuado por la Presidencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia y mediante el que se radicó la competencia en el Tribunal de Casación integrado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional; la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional; y, el doctor Luis Enriquez Villacrés, Juez Nacional Ponente.
- Audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, en la que fueron escuchados: el doctor Diego Jaya, defensor público de los recurrentes Jorge Reyes y Mariuxi Reyes; y, la doctora Paulina García Cevallos, delegada del señor Fiscal General del Estado.

### 1.3 Cargos planteados en la fundamentación, por los recurrentes Jorge Javier Reyes Delgado y Marluxi Yadira Reyes Delgado

Durante la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, el doctor Diego Jaya, defensor público del recurrente, esgrimió los siguientes cargos contra la sentencia impugnada:

- **Contravención expresa del artículo 121, inciso segundo, de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.-** La defensa del procesado alega que no se ha logrado demostrar la existencia material de la infracción, en tanto el considerando sexto de la sentencia impugnada, no contiene referencia al acta de destrucción de la droga, sin la que no se pueden establecer los pesos netos de las sustancias, supuestamente, encontradas en poder de los recurrentes.
- **Contravención expresa del artículo 252 del Código de Procedimiento Penal.-** Se menciona que la responsabilidad de los procesados debió haberse establecido con un análisis de todas las pruebas presentadas durante el juicio, pero que sólo se lo hizo con base al reconocimiento del lugar de los hechos y al testimonio de los policías que actuaron al momento de la detención.

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

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

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

- El caso surge de una denuncia privada y de un seguimiento constante de la Policía a un lugar específico donde se vendían drogas. Este lugar era una casa habitada por los señores Reyes, cuestión que se halla acreditada en el considerando sexto del fallo.
- En la sentencia constan elementos probatorios con los que es posible determinar la materialidad de la infracción, sin que el acta de destrucción de la droga sea trascendental para lograr tal objetivo, pues es más una obligación administrativa del juzgador que un medio de prueba.
- La sentencia cumple con los parámetros básicos de la motivación.

Por los argumentos expuestos, la delegada del señor Fiscal General del Estado solicitó que se declare improcedente el recurso interpuesto por los procesados Jorge Reyes y Mariuxi Reyes.

## **2. ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES A SER EXAMINADOS POR EL TRIBUNAL DE CASACIÓN**

### **2.1 Competencia**

Este órgano jurisdiccional, es competente para conocer de la presente causa, en virtud de lo establecido en los artículos 184.1 de la Constitución de la República; 160.1 y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, 349 del Código de Procedimiento Penal.

Efectuado el sorteo de ley y los demás actos procesales que constan descritos en el numeral 1.2 *supra*, este Tribunal de Casación ha quedado integrado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional Ponente; la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional; y, el doctor Luis Enríquez Villacrés, Juez Nacional.

### **2.2 Análisis de los cargos propuestos por los recurrentes**

#### **2.2.1 Contravención expresa del artículo 121, inciso segundo, de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas**

En este cargo, los impugnantes alegan que no se logró demostrar la existencia material de la infracción que se les imputa, pues no consta en la motivación del fallo mención alguna al acta de destrucción de la droga, sin la cual, no se puede establecer el peso neto de las sustancias encontradas en poder de los procesados.

Respecto a este cargo, el Tribunal de Casación observa que los acusados intentan darle un valor de prueba única e irremplazable al acta de destrucción de la droga, sin la cual no podría llegarse a tener por acreditada la materialidad del delito que se les imputa. Esta teoría, carece de sustento, pues del contenido del artículo 121, inciso segundo, de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, se desprende que la finalidad de que se establezca en tal documento el peso neto y bruto de la sustancia sujeta a control, tiene implicaciones únicamente de control<sup>1</sup>, pues lo que se busca es vigilar que toda la droga aprehendida sea destruida, regla de la que no se desprende una prohibición para que el juzgador determine la existencia del delito con otro medio probatorio; más aún, cuando este órgano jurisdiccional ha dicho anteriormente, que limitar al juzgador a probar un hecho con un elemento de prueba exclusivo, sería contrario a la sana crítica:

<sup>1</sup> "Art. 121 LSEP.- Para la destrucción se verificará la integridad de la envoltura y la identidad de la sustancia, y se comprobará el peso bruto y el peso neto, verificando si corresponde al que consta en el informe de investigación [énfasis fuera del texto]"

En el sistema de [la] sana crítica, el juzgador es el encargado de darle un valor exacto a cada uno de los medios probatorios incorporados por los sujetos procesales al juicio; (...) con este avance, es imposible otorgarle el valor de indispensable a ninguna prueba, ya que si el juzgador estima que el resto de elementos incorporados son capaces de formular una conclusión condenatoria, está en absoluta capacidad de adoptar tal decisión, luego de haberla fundamentado en debida forma<sup>2</sup>.

Dicho esto, resulta imposible aceptar [un]a alegación [contraria], pues hacerlo sería irrespetar la última parte del artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, al exigir del juzgador la práctica de una prueba sin la cual no se podría considerar justificada la existencia de un delito o la responsabilidad del procesado, que es precisamente lo que se busca corregir dentro del esquema del uso de la sana crítica, excluyéndose la posibilidad de que pruebas con igual riqueza de contenido para la solución del caso, tengan que ser rechazadas por no ser las designadas por disposiciones jurídicas que son rezagos del sistema de la prueba tasada<sup>3</sup>.

Dicho lo anterior, es evidente la improcedencia del actual cargo de los procesados, lo que queda confirmado cuando se constata del fallo impugnado, que el juzgador se ha valido del resto de medios de prueba de cargo para acreditar la existencia del delito acusado:

Se encuentra probado fuera de toda duda razonable la calidad de las sustancias incautadas, esto es base de cocaína en la cantidad de 64,7 gramos, en poder de Jorge Javier Reyes Delgado y 51,3 gramos en poder de Mariuxi Yadirá Reyes Delgado, y tal como arroja el informe Pericial Químico Nro. 1398, realizado por la Sgto. De Policía Dra. Grey Ramírez Aspiazú, e Ing. Gonzalo Almeida Murillo, Peritos Químico [...] siendo corroborados con la prueba [...] de Verificación, Pesaje y Toma de Muestras de la Sustancia aprehendida, en donde los peritos designados CBOS. Jorge Merino Delgado (Bodeguero de la JPASE) y CBOS. Hugo Chicaiza Salgado, Agente Antinarcóticos, determina la identidad de las sustancias, su peso bruto [...] individualizando cada una de ellas según su origen y que son las mismas que fueron sometidas al análisis químico, concluyendo que las sustancias aprehendidas consisten en base de cocaína.

Ahora bien, se debe reconocer que existe un problema de determinación del peso neto de la sustancia ilícita encontrada en manos de los procesados, que deviene de la fecha en la que se cometieron los hechos y posteriormente en la que se realizó el pesaje de la sustancia ilícita (año 2009); pues durante tal espacio temporal, y al no estar todavía en vigencia el Código Orgánico Integral Penal (que data del año 2014), no resultaba de relevancia, para fijar responsabilidades individuales, la cantidad de droga encontrada en poder de una persona, sino únicamente el carácter ilícito de la sustancia. Sin embargo, esta situación no desacredita la conclusión respecto a la existencia de la infracción a la que se ha llegado *supra*, sino que genera una dificultad para lograr la aplicación del principio de favorabilidad, que será abordada por este órgano jurisdiccional, al tratar sobre la casación de oficio que fue decidida en la audiencia de fundamentación del presente recurso.

<sup>2</sup> CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Sentencia que pone fin al recurso de casación signado con el Nro. 274-2014. *Estado Ecuatoriano Vs. Bravo Montes*. (Tentativa de asesinato).

<sup>3</sup> CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Sentencia que pone fin al recurso de casación signado con el Nro. 130-2015. *Estado Ecuatoriano Vs. Andy Aguirre* (Violación).

### 2.2.2 Contravención expresa del artículo 252 del Código de Procedimiento Penal

En este cargo, los recurrentes afirman que la determinación de su responsabilidad penal debió haberse hecho con un análisis de todas las pruebas presentadas en juicio, pero que en realidad, únicamente se consideró el reconocimiento del lugar de los hechos, así como el testimonio de los policías aprehensores.

En cuanto a esta alegación, el suscrito órgano jurisdiccional efectúa los siguientes razonamientos:

- Si bien el artículo 252 del Código de Procedimiento Penal establece que "... la culpabilidad del acusado se obtendrá de las pruebas de cargo y descargo que aporten los sujetos procesales..."; en este caso, el juzgador sólo ha contado con medios de prueba del primer tipo, pues los procesados, durante la audiencia de juzgamiento y según lo relatado en la sentencia de segundo nivel, "[n]o evacu[aron] ninguna prueba [...] [y] se acog[ieron] al derecho del silencio", por lo que no se constata vulneración al principio de unidad de la prueba.
- Ya en cuanto a la afirmación de la insuficiencia del reconocimiento del lugar de los hechos y los testimonios de los policías aprehensores para establecer la responsabilidad de los procesados, este órgano jurisdiccional recuerda que, en virtud de la prohibición establecida en el artículo 349, segundo inciso, del Código de Procedimiento Penal<sup>4</sup>, le es imposible otorgar un nuevo valor probatorio a los elementos de cargo y de descargo aportados por las partes, distinto a aquel que ya le fuese otorgado por los jueces de instancia.

En atención a lo expresado en los párrafos que anteceden, este órgano jurisdiccional también declara improcedente el cargo de los impugnantes que ahora se analiza.

### 2.3 Casación de oficio

Durante el análisis que este órgano jurisdiccional hiciese de los cargos propuestos por los casacionistas, se ha percatado de la existencia de un error que su defensa no mencionó durante su intervención en la audiencia de fundamentación del actual recurso, y que recae sobre la aplicación del principio de favorabilidad en dos ámbitos: tanto respecto a la forma en la que se calcula la cantidad de droga que tenía cada procesado, como en lo referente a la Resolución del CONSEP que debía ser aplicada, para fijar la escala en la que se ubicaba tal cantidad. Además, como consecuencia de estos errores, se generan dos problemas adicionales: la fijación de la

<sup>4</sup> Art. 349 CPP: "No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba".

norma legal que debe aplicarse para imponer la sanción a los ahora recurrentes; y, el pesaje exacto de la sustancia encontrada en su poder. Todos estos temas serán analizados en los párrafos que anteceden.

### 2.3.1 Confusión en cuanto a la cantidad de droga en poder de cada procesado

En cuanto al primer elemento, esto es, la manera en la que se calcula la cantidad de droga que tenía cada procesado, este órgano jurisdiccional constata que se ha hecho de la siguiente forma:

- Se menciona en el fallo impugnado, que se encontró "... base de cocaína en la cantidad de 64.7 gramos, en poder de Jorge Javier Reyes Delgado...", cantidad que se desprende de sumar los "... 34.9 gramos [de pasta base de cocaína]..." que se encontraban "... en su poder en la parte de [su]s testículos...", con las cantidades de "... 17.6 y 12.2 gramos [de la misma sustancia]...", que "... se encontró en el mesón de la habitación [de su vivienda]...".
- Al mismo tiempo, afirma que se encontró "... base de cocaína en la cantidad de [...] 51.3 gramos, en poder de Mariuxi Yadira Reyes Delgado...", total que se obtiene al sumar los "... 21.5 gramos de [pasta base] de cocaína", que "... tenía en su mano izquierda [dentro de] una funda plástica transparente conteniendo en su interior 74 sobres de papel manteca color verde...", así como los ya mencionados "... 17.6 y 12.2 gramos [de la misma sustancia]...", que "... se encontró en el mesón de la habitación [de su vivienda]...".

En esta forma de cálculo, el juzgador de segundo nivel ha considerado que la totalidad de la droga, encontrada en el mesón de la habitación de la vivienda de los procesados, debía serle sumada a cada una de las cantidades individuales que estaban en su poder; cuando en realidad, lo que debía hacer era separar este monto (29.8 gramos de pasta base de cocaína) en cantidades proporcionales, esto es, 14.9 gramos de pasta base de cocaína para cada acusado, para solo sumarla a las cantidades individuales que se encontró inmediatamente en su posesión, operación matemática de la que resultan las siguientes cantidades totales: 49.8 gramos de pasta base de cocaína, en poder de Jorge Javier Reyes Delgado, y 36.4 gramos de pasta base de cocaína en poder de Mariuxi Yadira Reyes Delgado.

### 2.3.2 Aplicación de "normas intermedias": Vigencia de la resolución 002-CONSEP-CD-2014 para la especie

Por sobre este primer error, el Tribunal de Casación también observa que el juzgador de segundo nivel ha utilizado, para adaptar la conducta de los procesados a las escalas previstas en el artículo 220.1 del Código Orgánico Integral Penal:

... la Tabla de Cantidades de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas para Sancionar el Tráfico Ilícito de Mínima, Mediana, Alta y Gran Escala, expedida en la Resolución Nro. 001-CONSEP-CD-2015 [...] [y] publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial Nro. 586, del lunes 14 de septiembre del 2015...

Este razonamiento, no resulta correcto, puesto que la Resolución Nro. 001-CONSEP-CD-2015, si bien es la disposición que actualmente se encuentra vigente para complementar la fijación de las escalas de droga previstas en el artículo 220.1 del Código Orgánico Integral Penal, no es, dentro de la categoría "normas posteriores a la vigencia del Código Penal de 1971", la que resulta más favorable a los procesados, pues tal lugar está reservado para la Resolución Nro. 002-CONSEP-CD-2014, como se ve a continuación:

- Si se usa la Resolución Nro. 001-CONSEP-CD-2015 para fijar la escala en la que se ubica la tenencia y posesión de drogas cometida por los procesados, se observa que tanto la conducta de Jorge Reyes Delgado (tenencia y posesión de 49.8 gramos de pasta base de cocaína), como la de Mariuxi Reyes Delgado (tenencia y posesión de 36.4 gramos de pasta base de cocaína), se ubican en la mediana escala, que encuentra su valor mínimo en una cantidad superior a los 0 gramos de pasta base de cocaína, y su valor mayor en una cantidad igual a 50 gramos de la misma sustancia.
- Por el contrario, al usarse la Resolución Nro. 002-CONSEP-CD-2014, publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial Nro. 288, de 14 de julio de 2014, y que tiene el mismo objeto de regulación que la primera de las normas citadas, se obtiene que las conductas de los procesados, tal como constan descritas *supra*, se adecuarían a la mínima escala, que encuentra su piso en un valor superior a los 0 gramos de pasta base de cocaína, y su valor mayor en una cantidad igual a los 50 gramos de pasta base de cocaína.

En este punto, corresponde especificar que el principio de favorabilidad, al momento de su aplicación, no impide tomar en cuenta una disposición jurídica intermedia entre aquella que regulaba la conducta punible al momento de su cometimiento, y la que se halla vigente al momento de dictar sentencia, lo que viene apoyado por el hecho de que el requisito solicitado por el mentado postulado es la existencia de una "norma posterior más benigna", sin que se exija en ninguna de las disposiciones que consagran la favorabilidad, que el instrumento jurídico utilizado para mejorar la situación de los procesados deba ser el actualmente vigente, o el de más reciente regulación, como se procede a constatar:

- La Constitución de la República, en su artículo 76.5, dispone para la aplicación del principio de favorabilidad, la existencia de una norma "... menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción", sin solicitar necesariamente

que ella fuese la que se hallase vigente al momento de dictar la correspondiente sentencia.

- La misma situación descrita, sucede con el artículo 5.2 del Código Orgánico Integral Penal, que habla de una disposición "... menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción", lo que se recalca en el artículo 16.2, al repetir que debe existir, en aras de aplicar el principio de favorabilidad, una "... ley penal posterior más benigna...".

Sumado a ello, corresponde decir que esta es una posición inclusive aceptada doctrinariamente; así, menciona ZAFFARONI: "... si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará la más benigna"<sup>5</sup>, y lo mismo menciona MUÑOZ CONDE, en una forma más detallada:

Se denomina ley intermedia a la que no estaba en vigor en el momento de comisión de los hechos ni lo está en el momento del juicio, sino que ha tenido vigencia entre uno y otro. Las dudas que plantea su posible aplicación provienen del hecho de que la valoración contenida en dicha ley no era mantenido por el legislador cuando se cometió la conducta, pero tampoco lo es en el momento en que ésta se enjuicia. Pese a ello, si la ley intermedia resulta más beneficiosa para el reo, se acepta su aplicación en atención a que éste pudo ser juzgado con arreglo a la misma si el juicio se hubiera celebrado bajo su vigencia y si ello no ha ocurrido, no deben aplicarse las consecuencias de la ley que le perjudica.<sup>6</sup>

En consecuencia, de lo tratado se desprende que la escala dentro de la que corresponde ubicar a las cantidades que estaban en tenencia o posesión de los procesados Jorge Javier Reyes Delgado y Mariuxi Yadira Reyes Delgado, es la "mínima", según la Resolución Nro. 002-CONSEP-CD-2014, a la que se hace referencia por el efecto de remisión previsto en el artículo 220.1 del Código Orgánico Integral Penal.

### 2.3.3 Aplicación de "normas intermedias": Versión del Código Orgánico Integral Penal que debe usarse en la causa

El problema que se desprende de la corrección en la escala de la droga encontrada en poder de los procesados, es que se genera la presencia de tres disposiciones legales con las que se los podría sancionar:

<sup>5</sup> ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *et al. Derecho Penal: Parte General*, Ediar, Buenos Aires, Argentina, Año 2002 Pág. 121.

<sup>6</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, Año 2007, Págs. 144 y 145.

- El artículo 62 de Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, que sancionaba la tenencia y posesión de sustancias ilícitas con pena de doce a dieciséis años de reclusión mayor extraordinaria.
- La versión original del Código Orgánico Integral Penal, vigente desde el 10 de agosto de 2014, en cuyo artículo 220.1.a), se sancionaba a la tenencia y posesión de sustancias ilícitas, en mínima escala, con una pena de dos a seis meses de privación de la libertad.
- La versión actual del Código Orgánico Integral Penal, modificada por la expedición de la Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socio Económico de las Drogas y de Regulación y Control del Uso de Sustancias Sujetas a Fiscalización, que con su Disposición Reformatoria Primera, subió las penas para la tenencia y posesión de drogas en mínima escala a privación de la libertad de uno a tres años.

Dentro de estas normas, la más favorable es la versión original del Código Orgánico Integral Penal, en específico, su artículo 220.1.a), en tanto impone la pena más baja a los procesados; por lo mismo, y en contexto con la explicación ya dada *supra* sobre la aplicación del principio de favorabilidad en casos de normas consideradas "intermedias" (sub-numeral 2.3.2), es la mentada disposición penal la que debe usarse para concretar la pena de los ahora recurrentes.

#### 2.3.4 Problema respecto al pesaje de la droga

Como se pudo adelantar en el sub-numeral 2.2.1 de esta sentencia, la presente causa guarda un inconveniente relacionado con el tiempo en el que se la tramitó, y que se concreta en la falta de constancia en el expediente del peso neto de la sustancia ilícita por la que se juzga a los procesados.

Se afirma que es un problema de temporalidad, pues con anterioridad a la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, no existían escalas, fijadas de acuerdo al peso de la droga, que alteraran la pena que se debía imponer a las personas que cometían delitos relacionados con dichas sustancias; y por tanto, únicamente se ponía énfasis en la ilicitud del objeto sobre el que recaía la conducta juzgada. Esta situación, en los casos concretos, llevaba a la falta de preocupación por incorporar al expediente los pesos netos de la droga encontrada en poder de los sujetos activos del delito, que es precisamente lo que ocurre en la especie, en donde solo se constata una referencia al peso bruto de la pasta base de cocaína, en el que también se toma en cuenta los empaques en la que fue encontrada.

Ahora bien, se debe recordar que en el numeral 2.2.1 del presente fallo, también se estableció que este inconveniente no tenía influencia en la existencia material del delito, porque los jueces de instancia han dado por cierto que la sustancia que se encontró en poder de los procesados era

pasta base de cocaína; así, lo único que restaría determinar, es si este inconveniente en el pesaje podría influir en la determinación de la pena de los procesados, cuestión que debe recibir una respuesta negativa, en tanto la conducta de los procesados ya ha sido adaptada a la tenencia y posesión de droga en mínima escala; es decir, no habría un rango inferior al que podría recurrirse para obtener una rebaja de pena, más aún si se toma en cuenta que:

- La **antedita** **escala** tiene como piso una cantidad superior a los 0 gramos de pasta base de cocaína.
- Las **envolturas** en las que se encontraba la droga, al ser excluidas de su pesaje, **provocarían** **variaciones ínfimas**, pues únicamente consisten, según el fallo de segundo nivel, en: "... [l]a funda plástica transparente..." encontrada en los genitales de Jorge Reyes; "... [l]a funda plástica transparente [y los] [ ] 74 sobres de papel manteca color verde..." que contenían la droga sostenida por la procesada Mariuxi Reyes en su mano izquierda; y, las "... dos fundas plásticas transparentes que en su interior contenían 100 sobres [...] y 64 sobres [respectivamente]...", hallados en el mesón de una de las habitaciones de la vivienda de los acusados.
- No se tiene como hecho probado en el fallo de apelación, **que los procesados fueran consumidores**, y por sobre ello, sería imposible una **variación de peso** que tornase aplicable el último inciso del artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal, en tanto la **Resolución Nro. 001-CONSEP-CD-2013**, a la que se remite el mentado artículo para **establecer las cantidades máximas admisibles de tenencia de drogas para el consumo**,  **fija ese monto**, para la pasta base de cocaína, en 2 gramos.

En **conclusión**, si bien no obra del proceso el peso neto de la sustancia encontrada en poder de los **procesados**, las razones que se fija en los párrafos anteriores dejan claro que el **encuadramiento de su conducta** a la "mínima escala" sigue siendo correcto.

### 2.3.5 Vulneraciones legales que se corrigen con la casación de oficio

Una vez delimitados los problemas normativos que se hacen constar en los cuatro sub-numerales anteriores, este órgano jurisdiccional observa que el Tribunal de Apelación, al aplicar el principio de favorabilidad con normas posteriores al cometimiento del acto ilícito, pero que no eran las que más les favorecían a los **procesados**, vulneró las siguientes disposiciones **jurídicas** en la aplicación que **efectuó del principio de favorabilidad**:

- **Por contravención expresa**, el último inciso del artículo 2 del Código Penal, que fija la **aplicación de las "... leyes posteriores que sean favorables a los infractores"**.

- Por contravención expresa, los artículos 5.2 y 16.2 del Código Orgánico Integral Penal, que de la misma forma, disponen la aplicación de las normas jurídicas posteriores y más favorables a los infractores.
- Por contravención expresa, el artículo 220.1.a) del Código Orgánico Integral Penal, anterior de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socio Económico de las Drogas y de Regulación y Control del Uso de Sustancias Sujetas a Fiscalización, que remite al juzgador, en correlación con las anteriores disposiciones citadas, al uso de la Resolución Nro. 002-CONSEP-CD-2014, publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial Nro. 288, de 14 de julio de 2014, para fijar la escala en la que se encuadraba la cantidad de droga encontrada en poder de los procesados.

En corrección de los errores que ya han quedado delimitados, se establece que la forma idónea de determinar el basamento jurídico de la sanción de los procesados es la siguiente:

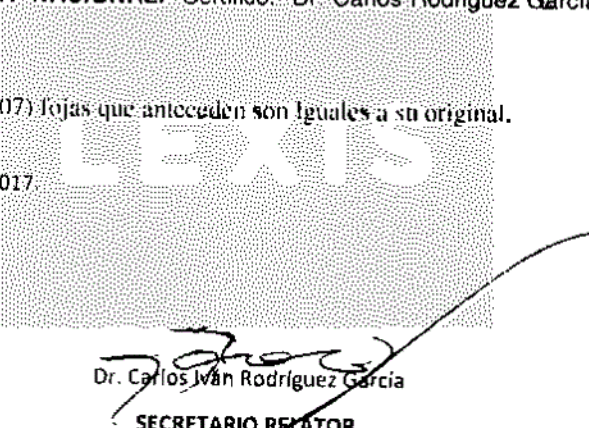
- Jorge Javier Reyes Delgado, por aplicación de los principios de proporcionalidad y favorabilidad; así como del artículo 220.1.a) del Código Orgánico Integral Penal, anterior de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socio Económico de las Drogas y de Regulación y Control del Uso de Sustancias Sujetas a Fiscalización; y, la Resolución Nro. 002-CONSEP-CD-2014, publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial Nro. 288, de 14 de julio de 2014, es condenado a cumplir una pena de seis meses de privación de la libertad. En lo relativo a la multa, se le impone la fijada en el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, por ser la más favorable a su situación jurídica.
- Mariuxi Yadira Reyes Delgado, por aplicación de los principios de proporcionalidad y favorabilidad; así como del artículo 220.1.a) del Código Orgánico Integral Penal, anterior de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socio Económico de las Drogas y de Regulación y Control del Uso de Sustancias Sujetas a Fiscalización; y, la Resolución Nro. 002-CONSEP-CD-2014, publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial Nro. 288, de 14 de julio de 2014, es condenada a cumplir una pena de seis meses de privación de la libertad. En lo relativo a la multa, se le impone la fijada en el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, por ser la más favorable a su situación jurídica.

### 3. RESOLUCIÓN

En atención al desarrollo jurídico efectuado en líneas anteriores, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional, "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", al tenor del artículo 358 del Código de Procedimiento Penal; a) Declara improcedente el recurso de casación interpuesto por los procesados Jorge Javier Reyes Delgado y Mariuxi Yadira Reyes Delgado; y, b) Casa de oficio el fallo dictado por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena, el viernes 1 de abril del 2016, a las 11h15, en los términos consagrados en el numeral 2.3.5 de este fallo, por lo que se impone a cada uno de los procesados, esto es, Jorge Javier Reyes Delgado y Marluxi Yadira Reyes Delgado, la pena de seis meses de privación de la libertad y la multa establecida en el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, por considerarlos autores del delito tipificado en el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, y por favorabilidad, se aplica el artículo 220.1.a) del Código Orgánico Integral Penal. Una vez ejecutoriado el fallo de casación, devuélvase el expediente al órgano jurisdiccional de origen. **Notifíquese y Cúmplase.- F.- Dra. Gladys Terán Sierra.- JUEZA NACIONAL.- F.- Dr. Luis Enríquez Villacrés.- JUEZ NACIONAL PONENTE.- (VOTO SALVADO).- F.- Dra. Sylvia Sánchez Insuasti.- JUEZA NACIONAL.- Certifico.- Dr. Carlos Rodríguez García.- SECRETARIO RELATOR:**

**CERTIFICO:** Las siete (07) fojas que anteceden son iguales a su original.

Quito, 13 de diciembre de 2017.



Dr. Carlos Iván Rodríguez García

SECRETARIO RELATOR.

CASO No. 17721-2016-0642  
RESOLUCION No. 1403-2017  
RECURSO: CASACIÓN  
PROCESADO: JORGE JAVIER REYES DELGADO Y MARIUXI YADIRA REYES DELGADO  
DELITO: TENENCIA Y POSESIÓN ILICITAS DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES  
SUJETAS A FISCALIZACIÓN.

**VOTO SALVADO DEL JUEZ NACIONAL, DOCTOR LUIS ENRÍQUEZ VILLACRÉS**

Apreciadas señoras doctoras: Sylvia Sánchez Insuasti y Gladys Terán Sierra. Juezas Nacionales, en la presente causa, es mi criterio el que detallo a continuación, y apartándome de la resolución de mayoría, emito el siguiente voto salvado:

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO**

CAUSA No. 642-2016  
RECURSO DE CASACIÓN

Quito, martes 29 de agosto del 2017, las 15h01.

Una vez agotado el trámite legal y por ser el estado de la causa el de dictar sentencia por escrito, para hacerlo, se considera.

**VISTOS:**

**1. ANTECEDENTES**

De los hechos, conforme el Tribunal *ad quem*, los ha detallado, se constata en de la teoría fiscal, en resumen lo siguiente:

El 5 de junio de 2009, a las 23h45 aproximadamente, por denuncia de los moradores del barrio Eugenio Espejo del cantón La Libertad de la provincia de Santa Elena, se dio a conocer a personal de anti narcóticos que en una vivienda ubicada en el referido sector, se estaban realizando actividades relacionados con

sustancias ilícitas; en ese contexto, luego de las investigaciones pertinentes y registro del citado domicilio, las autoridades respectivas procedieron con la detención de la ciudadana Mariuxi Yadira Reyes Delgado y del señor Jorge Javier Reyes Delgado, para el respectivo procedimiento legal.

El 7 de julio de 2015, las 15h24, el Juez de la Unidad Multicompetente Penal de Santa Elena, dictó auto de llamamiento a juicio en contra de los acusados Mariuxi Yadira Reyes Delgado y Jorge Javier Reyes Delgado por presumirlos autores del delito tipificado y sancionado en el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas; por lo que, se ratificó las medidas cautelares dispuesta en su contra.

El 30 de septiembre de 2015, las 09h00, el Tribunal Penal de Santa Elena, dictó sentencia condenatoria en contra de los acusados, por considerarlos autores del delito tipificado en el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas; de lo cual, en aplicación de la favorabilidad los sancionó con base a lo dispuesto en el artículo 220.1.c) del Código Orgánico Integral Penal; por consiguiente, les impuso la pena privativa de libertad de seis años; fallo que subió en grado por los recursos de nulidad y apelación interpuestos por los procesados y por la consulta obligatoria para casos de drogas con base a la ley vigente al momento del cometimiento de la infracción.

El 1 de abril de 2016, las 11h15, la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena, negó los recursos interpuestos y confirmó en todas sus partes la resolución subida en grado; ante lo cual, los sentenciados interpusieron recurso de casación.

### **1.1 Sustanciación del recurso de casación**

A la presente sentencia que pone fin al recurso interpuesto, por los procesados lo anteceden los siguientes actos procesales, que denotan su validez.

- Providencia dictada el 29 de abril de 2016, las 08h02, por el ad quem, en la que se concede el recurso interpuesto.

- Acta de sorteo de la causa No. 17721-2016-0642, efectuado por la Secretaria de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, mediante la cual se radicó la competencia en este Tribunal de Casación.
- Audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, en la que fueron escuchados: en representación del señor Fiscal General del Estado, la doctora Paulina Garcés Cevallos; el doctor Diego Haya, Defensor Público, en representación de los procesados Mariuxi Yadira Reyes Delgado y Jorge Javier Reyes Delgado.

**1. 2 Cargos planteados en la fundamentación del recurso por parte de la defensa técnica de los sentenciados Mariuxi Yadira Reyes Delgado y Jorge Javier Reyes Delgado:**

- a) En la sentencia recurrida existe contravención expresa al texto de la norma contenida en el artículo 252 del Código de Procedimiento Penal y 121 inciso segundo de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.
- b) El fundamento de la alegación radica en que dentro del considerando SEXTO del fallo objetado, los jueces al momento de configurar la materialidad de la infracción no hicieron mención a que en el proceso exista un acta de destrucción de la droga, esto es, que se haya cumplido lo dispuesto en el artículo 121 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (destrucción de la droga incautada al momento de la detención), aspecto considerado importante sobre todo para establecer el peso neto de la sustancia.
- c) En el considerando SÉPTIMO, los juzgadores configuraron la responsabilidad con base a los informes preliminares realizados por los agentes de policía; y, tampoco aplicaron el artículo 252 del Código de Procedimiento Penal, es decir, establecer la materialidad y responsabilidad de la infracción con base a las pruebas presentadas en la audiencia de juzgamiento, sino, que lo hicieron en torno a una configuración jurídica, esto es, el peritaje de reconocimiento del lugar de los hechos y, los testimonios de los policías que actuaron en la detención.

- d) Sostiene que si se hubiera considerado el peso neto al momento de determinar la materialidad y responsabilidad de la infracción, la sentencia emitida en contra de sus defendidos fuese absoluta, por lo que debió haberse aplicado el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal.

En su derecho a la réplica manifestó que en el testimonio del perito que analizó la sustancia no se señaló nada respecto del peso de la droga, por lo que, no debió haber sido considerado como prueba.

#### **1.2.1 Contestación al recurso por parte de la delegada del señor Fiscal General del Estado, doctora Paulina Garcés Cevallos.**

- a. El caso surgió como consecuencia de una denuncia privada y de un seguimiento del lugar donde se expendía la droga y, que la policía al tener los elementos suficientes allanaron la vivienda que era habitada por los señores Reyes; en ese contexto, los argumentos expuestos en la audiencia ya fueron planteados como parte de los recursos de nulidad y apelación propuestos ante la Corte Provincial; así mismo, de la revisión del proceso existen las actas, el informe de verificación, pesaje y toma de muestras de la sustancia aprehendida en donde los peritos designados: cabo Jorge Merino Delgado (bodeguero) y, cabo segundo Edmundo Chicalza (agente antinarcofítico), determinaron e individualizaron el origen de cada una de las sustancias que fueron sometidas al análisis químico, todo lo que ha sido desarrollado en el considerando SEXTO al que hizo relación la defensa de los procesados (fojas 41 y vta.), consideraciones con las que se probó la materialidad de la infracción, determinándose que se encontraron 64.7 gramos en poder de Jorge Javier Reyes Delgado y 51.3 gramos en poder de Mariuxi Yadira Reyes Delgado, siendo aquel el peso neto, tal como lo arrojó el informe pericial químico 1398 realizado por la sargento de policía, doctora Grace Ramírez Asplazu y, el ingeniero Gonzalo Almeida Murillo, peritos químicos.
- b. Respecto a que no se destruyó la sustancia, en efecto aquello era una obligación a cumplirse por parte del juzgador dentro de los quince días siguientes a la resolución de la instrucción y, en el caso, es una omisión

que no enerva la responsabilidad de las personas que intervinieron pues el acta de destrucción no es la que marca la materialidad de la infracción, ni destruye o deja sin efecto ninguna de las pruebas efectuadas por Fiscalía; en ese contexto, señala que la sentencia impugnada cumple con los parámetros básicos de la motivación y, que al no existir una fundamentación adecuada por parte de los recurrentes, solicita se deseche el recurso interpuesto.

## **2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN**

### **2.1 Competencia**

La Corte Nacional de Justicia, ejerce su jurisdicción a nivel nacional de conformidad con el artículo 182, último inciso, de la Constitución de la República del Ecuador, y artículo 172 del Código Orgánico de la Función Judicial.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, tiene competencia para conocer los recursos de casación, revisión y los demás que establezca la ley, en materia penal de conformidad con el artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; así como los artículos 8 y 9 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial número 38, de 17 de julio de 2013, que sustituyen a los artículos 183 y 186 de la misma ley, y las Resoluciones de la Corte Nacional de Justicia números 01-2015 y 02-2015, de 28 de enero de 2015.

El Tribunal para la resolución de la presente causa está conformado por el doctor Luis Enriquez Villacrés, Juez Nacional Ponente; y, señoras doctoras Sylvia Sánchez Insuasti y Gladys Terán Sierra Juezas Nacionales.

### **2.2 Análisis de la fundamentación del recurso**

El argumento central de los recurrentes, se circunscribe a los siguientes cargos casacionales:

Existe contravención al texto de la norma contenida en el artículo 252 del Código de Procedimiento Penal y 121, inciso segundo de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, bajo el sustento de que no se ha establecido el peso neto de la sustancia incautada y la prueba practicada en audiencia de juicio; para con ello, poder determinar el nexo entre la materialidad de la infracción y la responsabilidad el cual se hizo con base a un peritaje y testimonios policiales.

Las causales de casación, se circunscriben a los siguientes aspectos: **i)** Contravención expresa de su texto (presupuesto invocado por los recurrentes); este tipo de causal, engloba normas mandatorias, permisivas y prohibitivas, que regulan la actividad juzgadora, por el hecho de contener una disposición dirigida al administrador de justicia; es decir, que al verificarse la transgresión a la ley por este tipo de vulneración, implica que el juez ha actuado en contrario a lo que la norma del derecho sustantivo, adjetivo o constitucional le dispone, ya sea desconociéndola o aplicándola de forma incompleta. **ii)** La indebida aplicación, tiene lugar cuando se utiliza una norma legal de manera errónea a determinado caso; hay aquí una norma correcta que se ha dejado de aplicar y una incorrecta, que el juzgador ha seleccionado y atribuido a determinado caso, y su convergencia radica en que, el hecho fáctico, no se encasilla a lo que la norma escogida contiene. **iii)** Errónea interpretación, que se refiere a que el juzgador, habiendo tomado aquel precepto jurídico, incorporado a un artículo del ordenamiento jurídico que es el correcto, la apreciación comprensiva que el administrador de justicia le da, es distinto al que verdaderamente la norma enmarca, es decir, evidencia un error de intelección jurídica del juez.

En ese orden de explicaciones, las normas que se han citado como transgredidas, en su texto disponen lo siguiente:

*“Art. 252.- Existencia del delito y culpabilidad.- La certeza de la existencia del delito y de la culpabilidad del acusado se obtendrá de las pruebas de cargo y descargo que aporten los sujetos procesales en esta etapa, sin perjuicio de los*

*anticipos jurisdiccionales de prueba que se hubiesen practicado en la etapa de instrucción Fiscal.”*

Esta norma regula la actividad juzgadora: pues, se refiere al grado de certeza que el administrador de justicia debe tener respecto del delito y la responsabilidad de su comisión, y para ello, precisamente el acervo probatorio es de donde se extrae aquel convencimiento, respecto del aporte probatorio de los sujetos procesales, quienes pretenden demostrar sus respectivas hipótesis del caso, para lograr por un lado, sustentar la acusación (Fiscal); y por otro, demostrar la inocencia (defensa de los procesados).

*“Art. 121.- Destrucción de sustancias sujetas a fiscalización.- (...) Para la destrucción se verificará la integridad de la envoltura y la identidad de la sustancia, y se comprobará el peso bruto y el peso neto, verificando si corresponde al que consta en el informe de investigación. En esta diligencia intervendrán el Juez, el delegado del Secretario Ejecutivo del CONSEP y el Secretario del Juzgado.”*

En el texto del presente artículo, se aprecia el procedimiento en diligencias de destrucción de sustancias sujetas a fiscalización, dentro de las diligencias respectivas.

Ahora bien, dado que el argumento nuclear de los recurrentes para justificar la transgresión a las normas citadas *ut supra*, gira en torno a que no se ha establecido el peso neto de la sustancia incautada, pues, la responsabilidad penal se estableció con base al peritaje de reconocimiento de los hechos y testimonios de policías que intervinieron el día de cometida la infracción.

Expuesto el argumento que sostiene el justificativo del recurso, éste, se desarrolla en el plano y competencia de la Sala de Apelación; puesto que, aquella circunstancia concerniente al pesaje de la sustancia, no es una alegación pertinente para la fundamentación del recurso de casación; puesto que, implicaría que este Tribunal desarrolle un nuevo juicio de valor sobre aquello, tomando como base elementos fácticos y circunstancias de la infracción y demás

prueba, que ya ha sido objeto de análisis del *ad quem*, en virtud de su autonomía, exclusividad e independencia como órgano jurisdiccional de alzada ocasionándose una desobediencia a lo dispuesto en el último inciso del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, que señala: “No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba.”

Sustento de lo anteriormente expuesto, remitiéndonos al fallo objetado, dentro de los considerandos SÉPTIMO y OCTAVO, que a criterio de los recurrentes es donde se evidencia el yerro de derecho, se tiene que del conjunto probatorio aportado por los sujetos procesales sustentado con los respectivos informes periciales y análisis de los testimonios, el *ad quem*, determinó que la cantidad de sustancia ilícita encontrada en poder de Jorge Javier Reyes Delgado y de Mariuxi Yadira Reyes Delgado fue de 64.7 gramos y 51.3, de pasta base de cocaína respectivamente; prueba, que en aplicación de las reglas de la sana crítica aplicadas por la Sala, comprobó el nexo causal entre la materialidad de la infracción y la responsabilidad de los procesados; ya que, conforme el Tribunal de Segundo nivel ha señalado, los sentenciados encajaron su conducta típica, antijurídica y culpable, al tipo penal por el cual se les impuso una pena, luego de estructurar un estudio jurídico respecto de lo que implican los esquemas del delito sustentado con el soporte probatorio pertinente.

En virtud de las consideraciones que anteceden, no se ha justificado por parte de los casacionistas la vulneración a las normas que han citado bajo el presupuesto seleccionado; ya que, el soporte argumentativo que han desarrollado está direccionado a un nuevo examen, tanto en lo fáctico como probatorio, debiéndose aclarar que este recurso, “es el que se utiliza contra sentencias de segunda instancia que se consideran violatorias de la ley. No origina una tercera instancia que no existe; en casación no pueden volverse a debatir los hechos que ya han sido juzgados en las dos instancias. Simplemente se trata de un recurso mediante el cual se confronta la sentencia con la ley para concluir si aquella se ciñó a ésta y tiene validez jurídica.”<sup>1</sup>. De lo señalado, quien recurre debe realizar una correcta fundamentación del recurso interpuesto, para que el Tribunal de Casación cuente

<sup>1</sup> Gilberto Martínez Rave, *Procedimiento Penal Colombiano*: Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1992, pág. 457

con los medios claros y suficientes para casar una sentencia con base a las argumentaciones del impugnante; por consiguiente, las alegaciones propuestas no son procedentes al no haberse demostrado la contradicción, desobediencia o aplicación de forma incompleta que demuestre la vulneración directa de las normas que se han citado como franqueadas; por lo que, se descarta el fundamento expuesto por los recurrentes.

En otra contextualización, en lo que respecta a la favorabilidad, siendo un principio constitucional, tomando en cuenta que la administración de justicia vela por el cumplimiento del debido proceso, con la intervención de jueces garantistas, que establezcan el fiel cumplimiento de la referida garantía de una forma imparcial y expedita, se observa que, el cometimiento de la infracción se efectuó cuando se encontraba vigente la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, que para sancionar al delito contemplaba una pena de doce a dieciséis años de reclusión mayor extraordinaria; en tanto que, con la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal de fecha 10 de agosto de 2014, se expidió la primera tabla de cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para sancionar el tráfico de mínima, mediana, alta y gran escala, publicada mediante resolución No. 002-CONSEP-CD-2014, emitida por el Consejo Directivo del Consejo Nacional del Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

Posteriormente, mediante Resolución No. 001-CONSEP-CD2015, Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 586, de 14 de septiembre de 2015, se expidió una segunda tabla para la sanción de los delitos de drogas, que contrastada con la cantidad incautada a los procesados, ésta, se ubica en alta escala, (artículo 220.1. c) del COIP), que contempla una pena de cinco a siete años, que actualmente se encuentra vigente al tiempo de tramitación del recurso de casación; siendo así, conforme consta en la sentencia del *ad quem*, en la fecha en que se sancionó el delito, respecto de su dosificación punitiva, se encontraba en vigencia la tabla referida en líneas anteriores, pues hay que destacar que, para la imposición de sanciones, los juzgadores deben regirse bajo la temporalidad de la ley y su vigencia actual, y para el presente caso conforme la Sala de Apelación así

lo ha desarrollado dentro del considerando TERCERO, ha evaluado y analizado la correcta aplicación del principio de favorabilidad, lo que origina que no exista transgresión a tal garantía de rango constitucional.

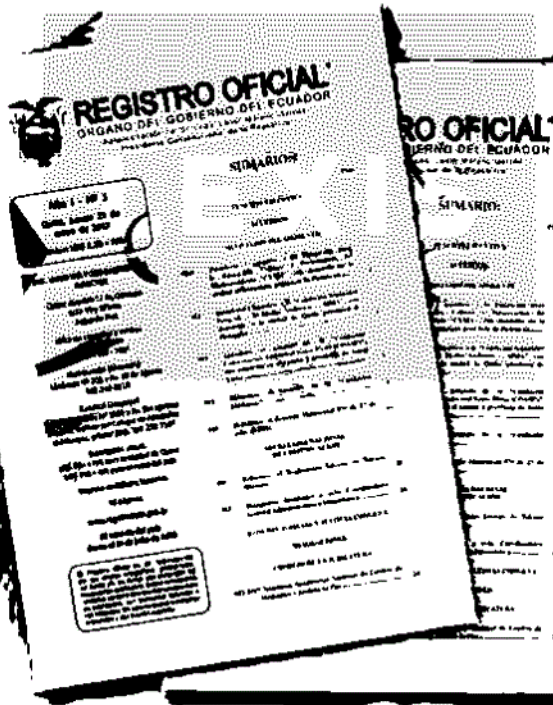
### 3. DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas anteriormente, este Juez Nacional, de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, conforme lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por los recurrentes Jorge Javier Reyes Delgado y Mariuxi Yadira Reyes Delgado, por no haberlo fundamentado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 349 del cuerpo de leyes citado *supra*, Notifíquese, devuélvase y publíquese.- f.- Dr. Luis Enríquez Villacrés.- **JUEZ NACIONAL (VOTO SALVADO)**.- f.- Dra. Gladys Terán Sierra.- **JUEZA NACIONAL**.- f.- Dra. Sylvia Sanchez Insuasti.- **JUEZA NACIONAL**.- Certifico.- f.- Dr. Carlos Rodríguez García.- **SECRETARIO RELATOR:**

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

Quito, 13 de diciembre de 2017.

  
Dr. Carlos Iván Rodríguez García  
**SECRETARIO RELATOR.**



LA CORTE CONSTITUCIONAL INFORMA A LA CIUDADANÍA EN GENERAL QUE SE HA SUSCRITO UN CONVENIO CON LA CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES A QUIENES SE AUTORIZA PARA HACER USO DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y USO DE LA MARCA REGISTRADA "REGISTRO OFICIAL"