



Juicio No. 13284-2018-01033

**JUEZ PONENTE: CAICEDO ALDAZ MERCEDES JOHANNA, JUEZA NACIONAL (E)
(PONENTE) (E)**

AUTOR/A: CAICEDO ALDAZ MERCEDES JOHANNA

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, viernes 3 de marzo del 2023, las 09h47. **VISTOS:**

El presente proceso llega a conocimiento de esta alta Corte de Justicia en vista de los recursos de casación planteados por los señores Intriago Jaramillo Junior Sigifredo, con fechas 29 de abril del 2021, a las 16h27¹, Vera Mendoza Ivan Fabricio, de fecha 29 de abril del 2021, a las 16h18² y Vásquez Loor Manuel Arturo, con fecha 29 de abril del 2021, a las 16h21³; en atención a los pedidos se convoca para discutir el recurso de casación mediante auto de fecha 10 de noviembre del 2022, las 11h33, dictado por la CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado⁴. Con este antecedente se escucha las alegaciones de las partes en audiencia de fecha 28 de noviembre del 2022, a las 11h00⁵, emitiéndose la resolución oral y una vez que se ha puesto a conocimiento de la Ponente la causa para la elaboración de la sentencia escrita, se considera en virtud del Art. 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución, lo siguiente:

PRIMERO.- ANTECEDENTES

1.1. Contenido de la sentencia impugnada vía casación.

Los recurrentes señores **INTRIAGO JARAMILLO JUNIOR SIGIFREDO, VERA MENDOZA IVAN**

1 Escrito de interposición del recurso de casación presentado por el señor Intriago Jaramillo Junior Sigifredo, con fecha 29 de abril del 2021, a las 16h27, constante a fs. 89 a 93 del expediente de apelación.

2 Escrito de interposición del recurso de casación presentado por el señor Mera Mendoza Ivan Fabricio, con fecha 29 de abril del 2021, a las 16h18, constante a fs. 94 a 98 del expediente de apelación.

3 Escrito de interposición del recurso de casación presentado por el señor Vasquez Loor Manuel Arturo, con fecha 29 de abril del 2021, a las 16h21, constante a fs. 99 a 103 del expediente de apelación.

4 Auto de convocatoria a la audiencia de fecha 10 de noviembre del 2022, las 11h33, constante a fs. 24 a 25, expediente de la CNJ.

5 Acta de audiencia de fecha 28 de noviembre del 2022, a las 11h00, constante a fs. 28 a 34.

FABRICIO y VASQUEZ LOOR MANUEL ARTURO, con fecha 29 de abril del 2021⁶, interponen recursos de casación en contra de la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, de fecha 22 de abril del 2021, las 13h30, suscrita por los señores Jueces Mora Dávalos Gina Fernanda (Ponente); García Saltos Carmita Dolores y Miranda Durán María Paola⁷, quienes resuelven:

“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA” rechaza el recurso interpuesto por los procesados, y con la argumentación que consta de este fallo CONFIRMA la sentencia emitida por los señores jueces del Tribunal de Garantías Penales de Manabí con sede en el cantón Manta (en mayoría), en la que se declara la culpabilidad de JONATHAN ANDRÉS MENDOZA QUIJJE, JUNIOR SIGIFREDO INTRIAGO JARAMILLO, MANUEL ARTURO VÁSQUEZ LOOR e IVÁN FABRICIO VERA MENDOZA; MODIFICANDOLA de oficio en cuanto al grado de participación del delito de robo tipificado en el artículo 189 inciso primero del COIP declarándolos COAUTORES en concordancia con el artículo 42 numeral 3 del mismo cuerpo legal; sentencia en la que se les impone la pena privativa de libertad de NUEVE AÑOS Y TRES MESES, ante la concurrencia de la circunstancia agravante no constitutiva de la infracción contenida en el artículo 47 numeral 11 de la precitada norma. Con el fin de cumplir con lo que establece el Art. 82 de la Constitución de la República que expresamente consagra la seguridad jurídica y el Art. 172 ídem, que dice relación al principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia, sin dilaciones, se dispone que la Secretaria encargada de la Sala, una vez ejecutoriado esta sentencia, devuelva el expediente al Tribunal de origen para los fines de ley consiguientes°.

Confirmación que se refiere a la sentencia en voto de mayoría dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Manta, de fecha 13 de marzo del 2019, a las 15h52⁸, suscrita por los doctores José Luis Alarcon Bowen (Ponente), Fuentes Zambrano Carlo Abraham y Quintero Prado Mary Alexandra, que

6 Escritos de interposición de recursos de casación presentados por los señores INTRIAGO JARAMILLO JUNIOR SIGIFREDO, VERA MENDOZA IVAN FABRICIO y VASQUEZ LOOR MANUEL ARTURO, con fecha 29 de abril del 2021, constante de fs. 89 a 103 del expediente de apelación.

7 Sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, de fecha 22 de abril del 2021, las 13h30, constante a fs. 78 a 88 del expediente de apelación.

8 Sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Manta, de fecha 13 de marzo del 2019, a las 15h52, constante a fs. 108 a 134 del expediente de Tribunal.

resuelve:

“ ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA, por VOTO DE MAYORÍA, dicta sentencia declarando a los ciudadanos JUNIOR SIGIFREDO INTRIAGO JARAMILLO, JONATHAN ANDRÉS MENDOZA QUIJIJE, MANUEL ARTURO VÁSQUEZ LOOR E IVÁN FABRICIO VERA MENDOZA, cuyas generales de ley obran de la presente sentencia; CULPABLES del delito de ROBO, tipificado y sancionado en el primer inciso del artículo 189 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), en calidad de AUTORES DIRECTOS, acorde lo establecido en la letra a) del número 1 del artículo 42 ibídem.

En cuanto a la pena privativa de libertad a imponerse a los prenombrados procesados, y no obstante el análisis desplegado, es necesario señalar que el delito al que responde el presente pronunciamiento, como ya se señaló, el previsto y sancionado en el primer inciso del artículo 189 del Código Orgánico Integral Penal, si bien contempla un margen punitivo o de sanción de cinco a siete años, deben considerarse además las circunstancias agravantes previstas en el artículo 48 del Código Orgánico Integral Penal. Por lo que, y en tanto de la prueba de cargo ha quedado demostrado que la comisión de la infracción se perpetró en contra de tres adolescentes de iniciales C.L.M.L., M.Z.J.N. y R.Z.L.P., se configura la circunstancia agravante estipulada en el número 11 del artículo 47 del Código Orgánico Integral Penal, circunstancia agravante ésta no constitutivas o modificatoria de la infracción, que conlleva la aplicación de la pena máxima aumentada en un tercio (artículo 44 inciso 3ro. del COIP); por lo que, este Tribunal, impone a los ciudadanos procesados JUNIOR SIGIFREDO INTRIAGO JARAMILLO, JONATHAN ANDRÉS MENDOZA QUIJIJE, MANUEL ARTURO VÁSQUEZ LOOR E IVÁN FABRICIO VERA MENDOZA, como autores directos en la comisión de la infracción, pena privativa de libertad de NUEVE AÑOS Y TRES MESES, sanción que la cumplirá en el Centro de Privación de Libertad de Personas Adultas en Conflicto con la Ley de la ciudad de Jipijapa, debiendo imputarse a la misma, según lo establecido en el artículo 59 del Código Orgánico Integral Penal, el tiempo que haya permanecido detenido por esta causa y MULTA DE CUARENTA SALARIOS BASICOS UNIFICADOS DEL TRABAJADOR EN GENERAL, de conformidad con lo establecido en el número 9 del artículo 70 del mismo cuerpo legal, la misma que deberá pagarse de manera íntegra una vez que la sentencia se ejecutorie, considerándose los casos establecidos en el artículo 69, número 1 de la citada norma, para cuyo efecto, ejecutoriada la presente sentencia se oficiará al señor Director

Provincial del Consejo de la Judicatura de Manabí.

De la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Manta⁹, se evidencia como hechos materia de juzgamiento:

“El representante de Fiscalía, doctor Marcelo Vásquez Crespo manifestó como alegato inicial, en lo principal que Fiscalía se compromete a demostrar dos aspectos fundamentales: en primer lugar, acreditar un juicio de desvalor de conducta, es decir un hecho penalmente relevante que ha producido una lesividad a un bien jurídico tutelado que es la propiedad y segundo, va a poder reprochar este acto ilícito, en calidad de autores, a los ciudadanos JUNIOR SIGIFREDO INTRIAGO JARAMILLO, JONATHAN ANDRÉS MENDOZA QUIJIJE, MANUEL ARTURO VASQUEZ LOOR e IVAN FABRICIO VERA MENDOZA, de haber subsumido su conducta al artículo 189 del Código Orgánico Integral Penal, toda vez que el día 10 de septiembre de 2018, aproximadamente a las 13h00 realizan actos propios e idóneos a bordo de un vehículo MBA5058, bajándose de este automotor e irrumpiendo de forma violenta en contra de unas personas que pertenecen a un grupo de atención prioritaria, las adolescentes con la siglas ML, JN, RZ de 14 años de edad a quienes le quitan el dominio de un teléfono celular; estos aspectos lo van a probar con la prueba que fue oportunamente solicitada”.

Hechos que se han adecuado al tipo penal de ROBO, tipificado y sancionado en el primer inciso del Art. 189 del COIP, según lo referido en doble conforme, tanto por la sentencia del Tribunal de Garantías Penales de Manta, como de la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de Corte Provincial de Justicia de Manabí.

1.2. Actos procesales de sustanciación del recurso de casación.

- ◆ Escritos de interposición de recursos de casación, presentados por los señores Intriago Jaramillo Junior Sigifredo, Vera Mendoza Ivan Fabricio y Vasquez Loor Manuel

⁹ Sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Manta, de fecha 13 de marzo del 2019, a las 15h52, constante a fs. 108 a 134 del expediente de Tribunal.

Arturo, de fecha 29 de abril del 2021.¹⁰

- ◆ Auto de fecha 4 de mayo del 2021, las 09h22, dictado por la Sala de Apelación, por medio del cual concede los recursos de casación interpuestos por los señores Junior Sigifredo Intriago Jaramillo, Vásquez Loor Manuel Arturo y Vera Mendoza Iván Fabricio.¹¹
- ◆ Acta de Sorteo por recursos de fecha jueves 12 de agosto del 2021, a las 03h53, realizado por la Presidencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, mediante el cual, el Tribunal para conocer y resolver el recurso de casación se integró con los señores Jueces Dr. Iván Patricio Saquicela Rodas (Ponente), Felipe Córdova Ochoa y Luis Rivera Velasco, Jueces Nacionales.¹²
- ◆ Considerando que el Dr. Iván Saquicela Rodas, Juez Nacional, asume las funciones de Presidente de la Corte Nacional, se llama a que actúe en su lugar la Dra. Mercedes Johanna Caicedo Aldaz, Conjueza Nacional, en atención al oficio No. 094-SG-CNJ de fecha 07 de febrero de 2022¹³.
- ◆ Decreto de fecha 10 de noviembre del 2022, a las 11h33, donde se convoca a audiencia para fundamentación del recurso de casación planteado por los señores Junior Sigifredo Intriago Jaramillo, Vásquez Loor Manuel Arturo y Vera Mendoza Iván Fabricio.¹⁴
- ◆ Acta de la audiencia de fecha 28 de noviembre del 2022, a las 11h00, audiencia para fundamentar el recurso de casación, instalada por los señores Magistrados Mercedes Caicedo Aldaz, Jueza Nacional E (ponente), Dr. Felipe Córdova Ochoa y Dr. Luis Rivera Velasco, Jueces Nacionales.¹⁵

10 Ver nota 6.

11 Auto de fecha 4 de mayo del 2021, a las 09h22, dictado por la Sala de Apelación, constante a fs. 104 a 105 del expediente de apelación.

12 Acta de Sorteo por recursos de fecha 12 de agosto del 2021, a las 03h53, constante a fs. 2 del expediente de Corte Nacional de Justicia.

13 Oficio No. 094-SG-CNJ, de fecha 07 de febrero de 2022, constante de fs. 9 del expediente de CN.

14 Decreto de fecha 10 de noviembre del 2022, a las 11h33, constante a fs. 24 a 25 del expediente de CN.

15 Ver nota 5.

SEGUNDO.- COMPETENCIA Y VALIDEZ

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 Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado 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 la Resolución de la Corte Nacional de Justicia No. 04-2021 de 14 de febrero de 2021.

El Tribunal para la resolución de la presente causa está conformado por los señores Magistrados Mercedes Caicedo Aldaz, (Ponente), Felipe Córdova Ochoa y Luis Rivera Velasco, quienes instalaron la audiencia en la que se fundamentó el recurso.¹⁶

2.2. Validez

En el trámite del recurso de casación, no se encuentran vicios de procedimiento que podrían generar nulidad procesal, por lo que este Tribunal, declara la validez de lo actuado habiéndose garantizado las normas del debido proceso y el procedimiento respectivo conforme a los Arts. 656 y 657 del COIP.

En virtud de la fecha de inicio de la presente causa, según formulación de cargos de fecha 11 de septiembre del año 2018 (según la información extraída del sistema SATJE), corresponde aplicar las

¹⁶ *Ibíd.*

normas vigentes a tal tiempo, conforme lo previsto en la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, publicada en el registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014, que, para el presente caso, corresponde al Código Orgánico Integral Penal.

TERCERO.- FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN¹⁷.

3.1. Cargos planteados por la defensa técnica del recurrente señor Junior Intriago Jaramillo, a través de su defensor Ab. José Vásquez Álvarez.

En la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, la defensa técnica del recurrente entre otras cosas sustentó que la sentencia que se impugna es la dictada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, en la que rechazan la apelación a la sentencia del Tribunal, manifestando:

Se ha detenido a 4 personas por un estuche, aquí ya han declarado la nulidad, por los hechos y el dominio para saber quién es el responsable de los hechos. Se interpone recurso de casación por los arts. 76 numeral 7 literal l, se verifica que no se ha motivado la sentencia para determinar la participación, 82 ibídem y 622.3.5 del COIP. La sentencia que recorro es de fecha 22 de abril del 2021, las 13h30, esta sentencia tiene deficiencia motivacional, al ser insuficiente conforme lo establece la sentencia 1158-17-EP CC, ya que la sentencia tiene algunas de las demostraciones fácticas o normativas, pero una de ellas no se encuentra debidamente argumentada; así también la Corte Constitucional señala que los jueces no motivan si no se analizan las pruebas de manera respectiva, no pretendo que se analice la prueba pero en la motivación por ejemplo los jueces esgrimen la prueba testimonial y justifica la preexistencia del bien sustraído, lo que conlleva a una deficiencia motivacional, no habiéndose realizado por la Corte Nacional de Justicia el test de motivación, que es la razonabilidad, lógica y comprensibilidad. También se debe verificar vicios motivacionales como la incoherencia, la inatención, la incongruencia y la incompatibilidad; solamente se sustenta en la preexistencia de un estuche de teléfono celular, sin que se verifique ya que no se ha demostrado la existencia del bien sustraído; el tribunal hace un análisis y revalorización de la prueba practicada, se debe tener en consideración que jamás se puede comprobar cómo la motivación no esgrime la edad de las víctimas a través de un informe médico legal.

17 Ver nota 5.

La violación de la ley se establece en el art. 189 del COIP, la sustracción de la cosa ajena, primero se debe probar la titularidad de la cosa, para establecer el elemento constitutivo de la infracción y el art. 622 numerales 3 y 5. El art 719 del Código Civil dice que la propiedad se justifica con el justo título, jamás la prueba testimonial puede determinar la materialidad de la infracción, se dice que el policía es la persona que constata la sustracción, lo que implica la no autoincriminación de los hechos, jamás se practicó el reconocimiento sobre los elementos incautados. La corte usa un acuerdo reparatorio con las víctimas para llegar a determinar elemento de culpa en contra de mi defendido. Hay una exclusión y aun así se da por probado un hecho. No se puede atribuir el dominio del hecho, pero no dicen cuál es la acción de mis defendidos. Tampoco se determina cuál es la coadyuvación que realizó para ser calificado como coautor incurriendo en falta de motivación.

Pretensión. - Solicitamos que se declare la nulidad de lo actuado por la Corte Provincial de Justicia, y se ratifique el estado de inocencia de mi defendido.º .

3.2. Cargos planteados por la defensa técnica del recurrente señor Manuel Arturo Vásquez Loor, a través de su defensor Ab. César Gómez.

En la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, la defensa técnica del recurrente entre otras cosas, manifestó:

El yerro se encuentra en la sentencia de 24 de abril del 2021, en el numeral sexto, 6.3. ANALISIS DE LA CAUSA, error de contravención expresa del art, 5.3 del COIP duda a favor del reo, ya que se debe tener el convencimiento de la responsabilidad penal, sin apartarse de la falta de motivación. En esta sentencia existe duda sobre la conducta de VASQUEZ LOOR Y OTROS. En el análisis evidenciamos una sentencia de la Corte Constitucional colombiana 782-15 que dice que el proceso penal es para juzgar y no necesariamente para condenar. A mi defendido le asiste la presunción de inocencia. El principio in dubio pro reo implica que estén seguros de la culpabilidad, pero se le dicta una sentencia de 9 años, 3 meses de manera inconstitucional. La sala no explica por qué no aplica esta norma legal y ahí se encuentra la contravención expresa. Se ha determinado que se basa la culpabilidad en una carcasa de teléfono celular, siendo inconcebible que por ello se sentencie a cuatro personas, hoy

solamente presentes tres ya que uno falleció en la cárcel. Dentro del análisis del punto indicado de la sentencia, no hay certeza de la participación y los elementos constitutivos del tipo penal, hay duda de la materialidad y responsabilidad. No se establece quién sustrajo el celular ni la participación de cada uno de los procesados, y no se justifica la materialidad de la infracción, lo que ocasiona la violación del art. 5.3 del COIP. No se pudo declarar la culpabilidad de mi defendido.

Pretensión.- Solicito se case la sentencia y se declare la inocencia de mi defendido y los demás participantes.º .

3.3. Cargos planteados por la defensa técnica del recurrente señor Iván Fabricio Vera Mendoza, a través de su defensor Dr. Paúl Guerrero, Defensor Público.

En la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, la defensa técnica del recurrente entre otras cosas, manifestó:

^a En mi calidad de defensor público alego que se presenta casación de la sentencia de la corte de Manabí que confirma la sentencia del tribunal de garantías penales y modifica de oficio la sentencia y los declara coautores del delito de robo conforme el art. 189 del COIP, les impone la pena de 9 años 3 meses, porque ha incurrido la agravante del art. 47.11 del COIP. Se interpone casación por indebida aplicación de la ley art. 189 inciso primero del COIP, la norma que se deja de aplicar es el 5.3 del COIP ya que al existir duda se debe ratificar el estado de inocencia. En el considerando QUINTO de la sentencia existe el error, ya que la defensa considera que no se ha probado conforme a derecho el ilícito. Se habla de un robo de celular, pero el objeto del delito no se encuentra justificado, se ha reconocido un estuche de celular y de otras cosas. El tipo básico es la sustracción de cosa ajena. El objeto material (celular) es el no justificado conforme a derecho. La influencia del error es que se le impone una pena que se calcula erróneamente 9 años 3 meses, pero el art. 77 numeral 14 de la CRE, implica que no se puede modificar la misma, esta pena no les corresponde.

Pretensión.- Solicito se ratifique la inocencia del procesado y se corrijan los errores.º .

3.4. Contestación a las fundamentaciones de los recursos, por parte de la doctora Zulema Pachacama Nieto, representante de la señora Fiscal General del Estado.

En la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, la Fiscalía General del Estado, sin ser recurrente, al ser la titular de la acción penal, en ejercicio de la contradicción alegó entre otras cosas lo siguiente:

INTRIAGO JARAMILLO JUNIOR.- alega falta de motivación previsto en el art. 76 numeral 7 literal l) de la CRE y 82 ibídem, así como violación del artículo 622.3.5 del COIP toda vez que no se ha individualizado cómo los procesados cometen la infracción. La sentencia los califica como coautores, esto es, que los 3 realizaron la infracción en el mismo momento, hecho y bien. De las versiones del médico legista, las víctimas eran menores de edad, les encontró golpeadas, las intimidaron y maltrataron para sustraer el celular, uno de ellos Intriago Junior, manifestó que él había sustraído el celular, lo saca de la carcasa y cuando la policía se acercaba lanzó el celular por la ventana del vehículo y se quedó solo con la carcasa. En la sentencia se detalla los elementos del art. 622 del COIP, incluso los numerales 3 y 5 que se acusa por el procesado; se ha individualizado que cada uno de ellos cometieron la misma infracción, en el mismo momento y por el mismo bien. Dice que existe una insuficiencia motivacional por los jueces de instancia pero no dice por qué se refiere a la sentencia 1158 EP de la CC, de 20 de octubre del 2021, y luego dice que la sentencia no cumple con parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad. La sentencia a partir del considerando sexto realiza un análisis suficiente, entendible, comprensible, y lo que hacen los jueces es justificar la razón de su decisión respecto al tipo penal en relación con la agravante, por lo que han impuesto la pena respectiva. Se dice que no existe el elemento material de la infracción, pero porque lo lanzó por la ventana. Dice que no se puede comprobar la edad de la víctima, a las menores incluso no se las menciona en la sentencia y solamente se las identifica por las iniciales, lo cual obedece a una disposición legal

que prohíbe mencionar los nombres de los menores de edad. Se dice que no se cumple los elementos del tipo penal, más se evidencia que los hechos tienen relación con la fuerza ejercida en contra de las chicas, intentando llevarse a una de ellas y maltratándolas por no dejarse robar. Dice que en la prueba testimonial no se ha justificado la propiedad, pero no estamos en un delito de receptación para justificar la propiedad, sino la ajenidad. No se podía aceptar el reconocimiento para reparación como prueba, pero esto no ha sido aceptado. No se menciona que haya exclusión alguna. La Sala nos advierte en el considerando Sexto, cómo se sustraen el celular de las víctimas menores de edad, cómo actúan y en qué momento, por lo que en esta audiencia la defensa de JUNIOR SIGIFREDO INTRIAGO JARAMILLO, no ha fundamentado casación conforme el art. 656 del COIP, LO QUE HA TRATADO ES QUE VUELVA A VALORAR PRUEBA.

PRETENSIÓN.- SOLICITO SE DECLARE IMPROCEDENTE EL RECURSO.

VASQUEZ LOOR MANUEL ARTURO.- Se alega contravención expresa del art. 5.3 del COIP, duda a favor del reo, ya que no hay convencimiento de la materialidad y responsabilidad, en contravención se aplica una norma que no corresponde; la conducta de los procesados se adecúa al art. 189 inciso primero del COIP con la agravante del 47.11 ibídem. Dice que el error de la sentencia está en el considerando SEXTO de la sentencia, donde está el análisis jurídico y probatorio determinando que la conducta de los procesados se adecua a la norma aplicada. Dice que no se ha respetado el principio in dubio pro reo, pero no es pertinente, se ha llegado al convencimiento más allá de toda duda razonable. Quien se sustrae el celular es INTRIAGO. No ha fundamentado casación conforme el art. 656 del COIP, LO QUE HA TRATADO ES QUE VUELVA A VALORAR PRUEBA. No se ha observado los principios casacionales.

PRETENSIÓN.- SOLICITO SE DECLARE IMPROCEDENTE EL RECURSO.

VERA MENDOZA IVAN FABRICIO.- Ha manifestado que existe indebida aplicación del art. 189 inciso primero, cuando debió aplicarse el art. 5.3 del COIP, pero no existe duda razonable, el ilícito se cometió; dice que el error de la sentencia está en el considerando SEXTO, pero esto no puede ser, porque ahí se verifica la materialidad de la infracción y la responsabilidad de los procesados. Se ha impuesto una pena de 9 años 3 meses por haber justificado con claridad la agravante del art. 47. 11 del COIP.

PRETENSIÓN.- SOLICITO SE DECLARE IMPROCEDENTE EL RECURSO.

3.5. Intervención de la Dra. Teresa Andrade, Defensora Pública, en representación de los derechos de las víctimas, quien manifiesta:

El primer recurso se identifica posible contravención a la ley por una falta de motivación, pero para este cargo se debe identificar la pretensión en el momento que apela y si es respondida. La respuesta es sí, la pretensión es la misma que hoy, por lo que hay debate de instancia, se alega que no hay materialidad, no hay responsabilidad; se da respuesta en el análisis de la sala en el considerando SEXTO. La CC dice que deben existir estándares mínimos de suficiencia en hechos, en derecho y en norma. En el considerando Sexto se analizan principios constitucionales, el delito de robo, habla de materialidad y responsabilidad, la pena, y por qué existe el convencimiento más allá de toda duda razonable; también se trata sobre que son coautores y se individualiza. La sentencia se encuentra motivada con estándares mínimos y lo que busca es valoración de prueba.

El segundo recurso, plantea contravención expresa del artículo 5.3 del COIP, encontrándose el error en el considerando Sexto; alega que no se explica el tema del objeto, no hay participación de cada uno, no se establece cómo está la participación de cada uno al estar involucrados todos como coautores. Este recurso también está

indebidamente fundamentado, puesto que no determina la trascendencia, se realiza debate de instancia. No hay duda razonable, los jueces llegan a tener el convencimiento de los hechos, por lo que, lo que se pretende es que se revalorice la prueba, debiendo recalcar que las víctimas son menores.

En el tercer cargo, cumple con los principios de la casación, establece como cargo la indebida aplicación del art. 189 del COIP, siendo lo correcto el 5.3 ibídem; pero, al igual que los anteriores, vuelve a basarse en la duda razonable; los jueces tienen el convencimiento de los hechos y no dudan de los mismos. Ha mencionado que la pena está mal calculada, porque se los pone como coautores y no procede la agravante, sin embargo las víctimas son adolescentes y sí procede la agravante.

Pretensión.- *Solicito que no se proceda a la nulidad Constitucional, se declaren improcedentes los recursos y no se acepten los mismos.*

CUARTO.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN

4.1. Sobre el Recurso de casación

Respecto del derecho a recurrir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, Sentencia de 30 de enero de 2014, párrafo 85, dice:

^aLa Corte ha considerado el derecho a recurrir el fallo como una de las garantías mínimas que tiene toda persona que es sometida a una investigación y proceso penal. En razón de lo anterior, la Corte ha sido enfática al señalar que el derecho a impugnar el fallo tiene como objetivo principal proteger el derecho de defensa, puesto que otorga la oportunidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión judicial en el evento que haya sido adoptada en un procedimiento

viciado y que contenga errores o malas interpretaciones que ocasionarían un perjuicio indebido a los intereses del justiciable, lo que supone que el recurso deba ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Este derecho permite corregir errores o injusticias que puedan haberse cometido en las decisiones de primera instancia, por lo que genera una doble conformidad judicial, otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado y brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado.¹⁸

En el presente caso, se ha presentado recurso de casación, y por ello se debe dejar aclarado, lo siguiente:

4.1.1. ¿Cuándo procede el Recurso de Casación?

Procede el recurso de casación, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación.¹⁹

Existe contravención expresa del texto de la ley, cuando no se emplea la norma que corresponde, porque el juez yerra acerca de su existencia; ya porque la desconoce o que conociéndola no la aplica; tiene lugar la aplicación indebida de la ley, cuando el juzgador en lugar de aplicar la norma que corresponde al caso, aplica otra que es impertinente, hay aquí una norma incorrecta que se ha aplicado y una correcta que se ha dejado de aplicar; y, errónea interpretación que se da cuando el juzgador no acierta con el sentido genuino que tiene la norma, es decir, refleja un error de intelección.

Por lo tanto, la casación es un medio extraordinario de impugnación, por el cual, por motivos de derecho, específicamente previstos en la ley, la parte afectada reclama la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de segundo nivel que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la norma jurídica.

¹⁸ Corte Interamericana De Derechos Humanos, En El Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, Sentencia de 30 de Enero de 2014, párrafo 85.

¹⁹ COIP. **Art. 656.**- Procedencia.- El recurso de casación es de competencia de la Corte Nacional de Justicia y procederá contra las sentencias, cuando se haya violado la ley, ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente,

Uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, tal como lo afirma Orlando Rodríguez, *“La casación procede única y exclusivamente por las causales que expresamente consagra el sistema jurídico positivo; no existen causales distintas”*²⁰, concordante con el criterio del profesor Gilberto Martínez Rave, quien 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.”*²¹

Para analizar el recurso de casación, los Tribunales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, a través de sus diferentes fallos, han definido además los siguientes parámetros:

*“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”*²².

Por ello, el recurrente 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 casacionista.

20 Rodríguez Ch. Orlando. Casación y Revisión Penal, Temis, Bogotá, 2008, p. 67.

21 Martínez Rave Gilberto. Procedimiento Penal Colombiano. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1992, p. 457.

22 Ecuador. Sentencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia. Juicio No. 444-2014.

4.1.2. Del derecho a recurrir y el recurso de casación.

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: (1/4) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (1/4) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”*²³.

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: *“ 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: 1/4 h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”*.

La Corte Constitucional, respecto al derecho a recurrir, en sentencia No. 095-14-SEP-CC, dictada el 04 de junio de 2014, dentro del caso No. 2230-11-EP, ha señalado que:

*“ La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (1/4) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir, al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.”*²⁴

Según lo determinado por la Corte Nacional de Justicia, el recurrente debe fundamentar cada uno de

23 Art. 76.7.m) de la CRE.

24 Sentencia No. 095-14-SEP-CC, de fecha 04 de junio de 2014, dentro del caso No. 2230-11-EP

los cargos de forma autónoma (principio de autonomía)²⁵. Advirtiendo que la falta de explicación de la materia del recurso conforme a las causales indicadas, o sustentarla en pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, dan como resultado la improcedencia del medio impugnatorio por no cumplir con la debida fundamentación que es un principio propio de la Casación, y por imperativo legal, está prohibido volver a valorar prueba en esta sede.

QUINTO.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL RESPECTO DE LOS RECURSOS PLANTEADOS POR LOS RECURRENTES.

Ante las pretensiones presentadas en audiencia, se considera por parte de este Tribunal, lo siguiente:

5.1. Identificación del problema jurídico según los cargos planteados por los recurrentes.

Los cargos propuestos por los impugnantes, personas procesadas, radican en:

1. **Respecto del primer cargo:** *alega que la sentencia no se encuentra motivada, se ha violentado el Art. 76 numeral 7, literal l) de la Constitución de la República del Ecuador, que no hay una suficiente motivación y que no se ha cumplido con los términos de razonabilidad, lógica y comprensibilidad. Se ha violentado la ley en lo que corresponde al art. 189 del COIP en relación al art. 622, en cuanto a los numerales 3 y 5 del mismo cuerpo legal, (recurrente Intriago Jaramillo Junior Sigifredo).*²⁶
2. **Respecto del segundo cargo,** *contravención expresa del Art. 5.3 del COIP, (recurrente Vásquez Loor Miguel Arturo).*²⁷

25 Juicio Penal: No. 212-2015

26 Acta de la audiencia de fecha 28 de noviembre del 2022, a las 11h00, constante a fs. 28 a 34.

27 Acta de la audiencia de fecha 28 de noviembre del 2022, a las 11h00, constante a fs. 28 a 34.

3. **Respecto del tercer cargo, alega indebida aplicación del Art. 189 del COIP y debió aplicarse el art. 5.3 del COIP, (recurrente Vera Mendoza Iván Fabricio)**²⁸

5.2. Examen circunstanciado de cada cargo y argumentación del Tribunal.

En virtud de los planteamientos realizados por los recurrentes, este Tribunal, va a despejar algunas interrogantes:

5.2.1 ¿Los recursos se han fundamentado debidamente, siendo las alegaciones realizadas suficientes para casar la sentencia recurrida?.

Debemos indicar que en sede casacional, no basta una simple referencia de una violación a normativa legal, sino que se deben cumplir con los principios de Taxatividad, Autonomía y Transcendencia, es decir, es obligación de quien impugna una sentencia vía recurso de casación, especificar en qué error de derecho ha incurrido el juzgador al dictar la sentencia, señalando detalladamente qué norma jurídica, qué artículo de la ley, ha sido violentado y en qué forma, así como determinar cómo esta violación ha incidido en la sentencia, tanto que si no se hubiera cometido, otra hubiera sido la decisión judicial²⁹.

En este contexto, analicemos cada uno de los recursos de casación interpuestos:

5.2.1.1 Junior Sigifredo Intriago Jaramillo.- El recurrente alega que la sentencia dictada con fecha 22 de abril del 2021, por el tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, no se encuentra debidamente motivada y su impugnación se ciñe a interponer el recurso de casación, por cuanto se ha violentado el Art. 76 numeral 7, literal 1) de la CRE; igualmente manifiesta que se ha violentado la ley en lo que corresponde al artículo 189 del COIP en relación con el 622 numerales 3 y 5 ibídem, por cuanto no se

²⁸ Acta de la audiencia de fecha 28 de noviembre del 2022, a las 11h00, constante a fs. 28 a 34.

²⁹ Ecuador. Sentencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, Casación, juicio Penal 331 2013. Resolución No. 15 2015.

ha justificado la existencia material de la infracción.

i) Para analizar esta alegación hay que tener claro, cuando se habla de una falta de motivación se debe cumplir con los denominados estándares de la motivación, provenientes de los distintos ámbitos del derecho, esto es del constitucional, del convencional, del legal, del jurisprudencial y del doctrinario; y, por la amplitud en el análisis, en que se abarca gran cantidad de ellos, conforme lo ha señalado esta Sala, acudimos a la sentencia N° 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021, emitido por la Corte Constitucional, la que en lo principal, apartándose del anterior test de motivación que establecía como puntos principales de análisis, la razonabilidad, la lógica y la comprensibilidad, ahora establece tres clases de deficiencia motivacional en la que puede incurrir la sentencia, cuales son la inexistencia, la insuficiencia y la apariencia, y dentro de esta última, los vicios motivacionales de incoherencia, inatinencia, incongruencia y comprensibilidad; así, señala dicha resolución:

^a Todo cargo de vulneración de la garantía de motivación es un argumento sobre la inobservancia del ya mencionado criterio rector; es decir, expresa las razones por las que una argumentación jurídica no consigue tener una estructura mínimamente completa, integrada por una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente. Cuando se incumple aquel criterio rector, la argumentación jurídica adolece de deficiencia motivacional. Hay tres tipos básicos de deficiencia motivacional: (1) la inexistencia; (2) la insuficiencia; y, (3) la apariencia. Por lo que todo cargo de vulneración de la garantía de motivación puede corresponder a alguno de estos tipos básicos:

(1) Inexistencia (1/4) *Una argumentación jurídica es inexistente cuando la respectiva decisión carece totalmente de fundamentación normativa y de fundamentación fáctica. (1/4) (2) Insuficiencia* (1/4) *Una argumentación jurídica es insuficiente cuando la respectiva decisión cuenta con alguna fundamentación normativa y alguna fundamentación fáctica, pero alguna de ellas es insuficiente porque no cumple el correspondiente estándar de suficiencia. (3) Apariencia* (1/4) *Una argumentación jurídica es aparente cuando, a primera vista, cuenta con una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, pero alguna de ellas es, en realidad, inexistente o insuficiente porque está afectada por algún tipo de vicio motivacional. En la jurisprudencia de esta Corte, se han identificado los siguientes tipos de vicio motivacional, aunque esta enumeración no debe entenderse como una tipología estricta ni cerrada: (3.1) incoherencia; (3.2) inatinencia; (3.3) incongruencia; e, (3.4) incomprensibilidad. (1/4) (3.1) Incoherencia* (1/4) *Hay incoherencia cuando en la*

fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se verifica: o bien, una contradicción entre los enunciados que las componen ±sus premisas y conclusiones± (incoherencia lógica), o bien, una inconsistencia entre la conclusión final de la argumentación y la decisión (incoherencia decisional). Lo primero se da cuando un enunciado afirma lo que otro niega; y lo segundo, cuando se decide algo distinto a la conclusión previamente establecida. (1/4) (3.2)

Inatinencia (1/4) *Hay inatinencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se esgrimen razones que no @enen que ver@con el punto controvertido, esto es, no guardan relación semántica general con la conclusión final de la argumentación y, por tanto, con el problema jurídico de que se trate. Dicho de otro modo, una inatinencia se produce cuando el razonamiento del juez @quivoca el punto@de la controversia judicial. (1/4) (3.3)*

Incongruencia (1/4) *Hay incongruencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica, o bien, no se ha contestado algún argumento relevante de las partes procesales (incongruencia frente a las partes), o bien, no se ha contestado alguna cuestión que el sistema jurídico ±ley o la jurisprudencia± impone abordar en la resolución de los problemas jurídicos conectados con cierto tipo de decisiones ±véanse, párrs. 104ss.± generalmente, con miras a tutelar de manera reforzada un derecho fundamental (incongruencia frente al*

*Derecho). (1/4) (3.4) **Incomprensibilidad** (1/4) Hay incomprensibilidad cuando un fragmento del texto (oral o escrito) en que se contiene la fundamentación normativa y la fundamentación fáctica de toda argumentación jurídica no es razonablemente inteligible para un profesional del Derecho o ±cuando la parte procesal interviene sin patrocinio de abogado (como puede suceder, por ejemplo, en las causas de alimentos o de garantías jurisdiccionales)± para un ciudadano o ciudadana.^{o 30}*

ii) Cuando se alega falta de motivación no basta una simple alegación del yerro en la sentencia, sino que el recurrente, de ser posible, debe señalar la garantía motivacional transgredida, pero ante todo debe exponer con precisión la determinación del porqué del error acusado, sea deficiencia o vicio motivacional, conforme así lo señala la Corte Constitucional en la misma sentencia referida, cuando en su párrafo 100 señala:

^a Esta Corte considera importante aclarar que, cuando una parte procesal acusa la vulneración de la garantía de la motivación en una determinada decisión judicial, no es indispensable que identifique uno de los tipos de deficiencia motivacional o de vicio motivacional descritos en

esta sentencia. Lo que sí se requiere es que la parte procesal formule con aceptable claridad y precisión las razones por las que se habría vulnerado la garantía de la motivación. Es decir, no basta con realizar afirmaciones genéricas del tipo: «La sentencia no motiva adecuadamente la decisión» «La motivación de la sentencia no reúne los requisitos del artículo 76.7.1 de la Constitución» sino que debe especificarse en qué consiste el supuesto defecto en la motivación. La carga de la argumentación la tiene quien afirma que la garantía de la motivación ha sido transgredida, toda vez que la suficiencia de la motivación se presume, como ocurre con toda condición de validez de los actos del poder público. Sin embargo, no se debe perder de vista que, en contextos específicos, como en garantías jurisdiccionales, las pautas de la motivación tienen ciertas particularidades y variaciones, (1/4)°.

Revisada la alegación del procesado recurrente Junior Intriago Jaramillo, encontramos que de conformidad con el artículo 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución, señala que existe falta de motivación para determinar la participación, que la sentencia tiene deficiencia motivacional por insuficiencia, por cuanto una de las demostraciones fácticas o normativas no se encuentra debidamente argumentada; que así también la Corte Constitucional ha dicho que los jueces no motivan si no se analizan las pruebas, y que por ejemplo los jueces esgrimen la prueba testimonial y justifican la preexistencia del bien sustraído, y se sustenta en la preexistencia de un estuche de teléfono celular, que no se ha demostrado la existencia del bien sustraído, que jamás se puede comprobar edad de las víctimas a través de un informe médico legal. Adicionalmente señala, fuera de contexto, que «nos conlleva a una evidente deficiencia motivacional, no habiéndose realizado por parte de la Corte Nacional de Justicia el test de motivación, que es la razonabilidad, la lógica y la comprensibilidad».

Al respecto, encontramos que lejos de realizar una fundamentación acorde, explicando razonadamente por qué considera que existe insuficiencia motivacional, pues de lo expuesto no se advierte una determinación en ese sentido ni se precisa cuál sería la fundamentación normativa o la fundamentación fáctica que resultan insuficientes, lo que se expone por el recurrente es la inconformidad con lo resuelto en la sentencia de apelación, encaminando sus alegaciones exclusivamente a solicitar la valoración probatoria, e inclusive una reforma de los hechos que han venido fijados por el ad-quem, puesto que se señala que se ha realizado una autoincriminación, que no hay determinación de la materialidad del delito con la prueba testimonial, que no se ha podido determinar el elemento de culpa del casacionista, que se ha valorado una prueba que está excluida,

etc., alegaciones con las que se pretende que este juzgador realice una nueva valoración probatoria y determine un hecho que no fue probado, situación que está vedada en sede casacional, resultando improcedente el recurso en este punto.

iii) La motivación de una resolución, en este caso sentencia, en la que se arriba a una conclusión, debe encaminarse en la correcta explicación lógico-jurídica de la decisión; siendo obligación del juzgador, demostrar que la conclusión a la que arriba deviene de los hechos comprobados a través de las pruebas debidamente actuadas, y que cumplen con los principios del debido proceso, para lo cual, debe desarrollarlas, calificarlas y subsumirlas a la norma jurídica, para que la resolución sea considerada motivada en derecho.

Por lo expuesto de la revisión de la sentencia impugnada advertimos:

- Que los jueces Ad Quem, han respondido a cada una de las alegaciones realizadas en audiencia de apelación por las personas procesadas, verificándose que, en el numeral Seis del considerando Sexto, en concordancia con los numerales Tres y Cuatro, da respuesta a los argumentos de las partes que se ciñen a las alegaciones realizadas en el recurso de apelación.

- Una vez leída la sentencia recurrida, se verifica que cumple con la debida motivación, pues mantiene una estructura adecuada: en la parte expositiva, contiene la denominación del órgano jurisdiccional de alzada, ciudad y fecha en la que se emite la sentencia determinando la decisión adoptada por el Tribunal de mérito, validez procesal, y consignación de las alegaciones efectuadas vía apelación, descripción de la prueba constante en el proceso, y finalmente el análisis de la Sala en el considerando Sexto, en donde en lo principal se trata sobre la materialidad del delito y la responsabilidad de los procesados, concluyendo con la decisión de la causa; consecuentemente, se observa que la sentencia se encuentra motivada, guarda suficiencia cumpliendo con los requisitos mínimos de la motivación, ha advertido hecho y derecho, ha determinado principios y garantías del debido proceso, y contiene una resolución congruente y coherente; por lo tanto, las alegaciones de falta de motivación son improcedentes, con lo cual se puede pasar al análisis de legalidad de la sentencia, a fin de determinar si existen errores in iudicando en la misma, de haber una debida fundamentación del recurso, o en ejercicio de la facultad officiosa prevista en el artículo 657 numeral 6 del Código Orgánico Integral Penal.

iv) Además de lo analizado respecto a la fundamentación del recurso por parte del señor Junior Intriago Jaramillo, encontramos que existe una inobservancia total a los requisitos técnicos de la casación, pues al realizar estas alegaciones, apartándonos ya de la falta de motivación propuesta inicialmente, habla de violaciones a determinadas normas como el artículo 189 del Código Orgánico Integral Penal, respecto al elemento sustracción de cosa ajena, o al no establecer en qué momento se dieron las agresiones físicas, sin atender a los principios de taxatividad, autonomía y trascendencia, pues no se acusa de un error in iure de los previstos en el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, ni se efectúa la argumentación jurídica que dote de sustento a su recurso, convirtiéndose sus expresiones en alegaciones de instancia, sin observar el tecnicismo del recurso, por lo que el recurso de casación también resulta improcedente.

5.2.1.2 Manuel Arturo Vásquez Loor.- Se alega por parte del recurrente indicado, la contravención expresa del texto de la ley del Art. 5.3 del Código Orgánico Integral Penal, debiendo recordar en primer término:

i) ¿En qué consiste el error in iudicando de contravención expresa de la ley?.

Este error de derecho aludido por el casacionista Manuel Vásquez Loor, es una de las formas de la violación a la ley, prevista en el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal como susceptible de recurso de casación; este es un yerro de omisión, que de acuerdo a la técnica casacional, se perfecciona cuando el juez, al emitir una resolución, deja de aplicar la norma que regula el supuesto fáctico que ha sido debidamente probado en juicio; al respecto se ha dicho:

^aLa contravención al texto de la ley conlleva la violación directa o indirecta de la norma sustancial. En el primer caso se advierte aquella violación según el profesor español Miguel Fenech, cuando el tribunal aplicando erróneamente o dejando de aplicar la norma penal material para declarar la existencia o inexistencia de la responsabilidad criminal e imponer en su caso la pena (El proceso penal, ediciones ANGESA, Madrid 1982, p. 339.). También se produce por el desconocimiento de la norma jurídica en su existencia o ámbito de aplicación o porque se ignoró la norma aplicable; por la violación de los principios de legalidad,

*favorabilidad, lesividad y proporcionalidad, la aplicación de las circunstancias que modifican la pena y sus causas excluyentes en los distintos elementos del delito, así como de sus circunstancias impeditivas del ejercicio de la acción como la cosa juzgada y la prescripción (...)*³¹.

En el ámbito doctrinario Orlando Rodríguez Chocontá, refiriéndose a este error de derecho conocido en otras legislaciones como falta de aplicación, en una forma ejemplificativa, explica:

^a El juez incurre en este error en el entendido de que la norma aplicable al caso es inexistente o inválida, en el tiempo o en el espacio, por lo que la omite o desecha, cuando en verdad es la aplicable. De manera que realiza un correcto análisis de la situación fáctica y valoración probatoria, pero yerra en la selección de la norma y aplica una diferente.

Se presentan las siguientes hipótesis: a) el juez aplica una norma que no tiene existencia jurídica, porque ha sido declarada inexecutable, ha sido derogada o dejó de tener vigencia dada su temporalidad; o en cualquiera de estas situaciones, debió aplicarse por favorabilidad; b) el juzgador dejó de aplicar la norma vigente, llamada a regular el caso, como, por ejemplo, no reconocer una causal de ausencia de responsabilidad (error de tipo) o una diminuyente punitiva; y c) el juzgador ignora o niega la norma sustancial, por no encontrarse por ejemplo en el Código Penal, y estar en un estatuto especial. En tal caso, cuando el legislador despenaliza o descriminaliza una conducta delictiva en una infracción administrativa, v. gr., una infracción al régimen aduanero³².

Sergio Muñoz, sobre este error in iure, indica que:

^a Se produce al existir contradicción entre lo que dispone la norma y lo que ordena la sentencia, sobre la base o argumentando el tribunal que se está aplicando dicha disposición. Hay oposición directa entre la ley y el fallo, se constata una antinomia o divorcio entre lo que dice la norma y lo que dispone la sentencia. Como el fallo debe respetar la voluntad del legislador, al no hacerlo, se genera el vicio³³.

31 Ecuador. Sentencia de la ex Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, de fecha 12 de julio de 2011, publicada en la Gaceta Judicial N° 10, serie XVIII, p. 3757.

32 Orlando Rodríguez Chocontá, Op. Cit., p. 238.

33 El Recurso de Casación en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, Corte Nacional de Justicia del Ecuador,

Por su parte, Luis Cueva Carrión, señala:

^aLa violación expresa de la ley se produce cuando en forma franca y directa se quebranta el precepto legal: no aplicándola, aplicándola solamente en parte o aplicando una norma no vigente (1/4) En forma expresa, se puede violar la ley, por acción o por omisión (1/4) Se viola la ley por acción cuando el juez aplica una norma que perdió vigencia o cuando, en su imaginación, crea una y le da vida jurídica aplicándola al caso que juzga (1/4) Se viola la ley por omisión cuando el juez no aplica la norma jurídica o cuando la aplica solamente en parte^o ³⁴.

Consecuentemente, para este Tribunal de Casación, en concordancia con el análisis doctrinario que antecede, el cargo casacional de contravención expresa de la ley, es un error de omisión en el que incurre el tribunal de instancia, al dejar de aplicar en su resolución y, luego del análisis de los hechos y valoración de la prueba constante en el proceso, la norma que corresponde al caso.

ii) En su alegación manifiesta el recurrente que el error se encuentra en el numeral 6.3 de la sentencia, contravención expresa del artículo 5.3 del Código Orgánico Integral Penal, duda a favor del reo, sin apartarse de la falta de motivación, entendiéndose que se une a la fundamentación del anterior recurrente, sin realizar explicación alguna sobre el tema de motivación.

Señala que se debe tener el convencimiento de la responsabilidad penal y en la sentencia existe duda sobre la conducta de Manuel Vásquez Loor y otros; que se le ha dictado una sentencia de 9 años 3 meses de manera inconstitucional, refiriendo que la Sala de lo Penal no explica, por qué no aplicó esta norma legal, encontrándose ahí, la contravención expresa. Señala además que la culpabilidad se basa en una carcasa de teléfono celular y se condena a cuatro personas, e insiste en que en la sentencia no hay certeza de la participación y los elementos constitutivos del tipo penal, que no se establece quién sustrajo el celular ni la participación de cada uno de los procesados.

Comité Académico, Primera Edición, Imprenta de la Gaceta Judicial, 2013, p. 108.

³⁴ Luis Cueva Carrión, *La Casación en Materia Penal*, Tomo III, Quito, p. 185.

De lo señalado, se observa que el casacionista Manuel Arturo Vásquez Loor, en la fundamentación de su recurso, no ha dado cumplimiento a los requerimientos del medio impugnatorio, que le dan la calidad de técnico y extraordinario, y a los cuales nos hemos referido en puntos anteriores; así, si bien en aplicación del principio de taxatividad ha seleccionado un error de derecho de los previstos en la ley, no da cumplimiento a los principios de autonomía y trascendencia, no realiza una argumentación jurídica que dé a conocer efectivamente la existencia de un error in iure, pasando por tanto a convertirse la exposición en una alegación de las que se efectúa ante los juzgadores de instancia, que en lo principal, deben contrastar lo manifestado por los recurrentes, con la prueba que se ha practicado en el proceso, mientras que en sede casacional únicamente se determina si la aplicación o interpretación de la ley, que ha efectuado el tribunal de instancia, en base a hechos que ya vienen fijados y con vista en la prueba que le sirve de sustento a su decisión, la cual por cierto no puede ser analizada por el Tribunal de Casación, es o no correcta, por lo que realizar los planteamientos de instancia vulneran el principio de no debate de instancia y torna improcedente el recurso.

iii) Además, respecto al cuestionamiento de que el tribunal ad-quem no explica la norma del 5.3 del Código Orgánico Integral Penal, de la sentencia se observa que por el contrario, ha aplicado la norma, pues para dictar su resolución ha señalado que ha llegado al convencimiento más allá de toda duda razonable, tanto de la materialidad de la infracción cuanto de la responsabilidad de los procesados, sin que este planteamiento haya sido formulado en audiencia de apelación para exigir su contestación y la falta de esta nos conduzca a una inmotivación de la sentencia. Por lo expuesto, el cargo de contravención expresa del artículo 5.3 del Código Orgánico Integral Penal es improcedente, por indebida fundamentación, así como por no encontrar que se haya producido el yerro, y más bien el tribunal provincial sí ha aplicado la norma.

5.2.1.3 Iván Fabricio Vera Mendoza.- Se ha planteado en este caso, el error de derecho de indebida aplicación respecto al artículo 189 del Código Orgánico Integral Penal, para lo cual, al igual que en el caso anterior, revisaremos lo que se ha señalado respecto a este yerro:

i) ¿En qué consiste el error in iudicando de indebida aplicación de la ley?.

Respecto a este error de derecho de **indebida aplicación de la ley**, encontramos que es otra de las

formas de la violación a la ley, prevista en el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal como susceptible de recurso de casación; es un yerro de selección, subsunción o pertinencia, que se perfecciona cuando el juez, al emitir una resolución, la funda en una norma que no es la aplicable al caso, dejando a su vez de aplicar la que corresponde; de manera que el error recae en la adecuación de la norma a un caso concreto pues aplica la que no lo regula, lo cual acarrea a su vez la inaplicación de la norma sustancial que corresponde realmente al hecho juzgado.

El tratadista doctor Jorge Zavala Baquerizo citando a Chiovenda, respecto a la causal de indebida aplicación, que guarda similitud con la *“falsa aplicación”* como es denominada en otras legislaciones, e inclusive era conocida en legislación anterior nuestra, anota que esta *“es una forma de violación de la ley que se da ordinariamente cuando, aun entendiendo rectamente una norma en sí misma, se hace aplicación de ella a un hecho no regulado por ella o se aplica de una manera de llegar a consecuencias jurídicas contrarias a las queridas por la ley”*³⁵.

En el mismo sentido, Fabio Calderón Botero, en su obra Casación y Revisión en Materia Penal, señala:

*“Por aplicación indebida, se yerra en la selección de la norma. Es presupuesto fundamental el recto entendimiento abstracto de la norma escogida. El error se manifiesta en la falsa adecuación típica, pues los hechos procesalmente reconocidos no coinciden con los hechos condicionantes del precepto y, sin embargo, sus consecuencias jurídicas se atribuyen indebidamente al caso concreto. Consiste en que el juez yerra al establecer la relación de semejanza o de diferencia que existe entre el caso particular concreto jurídicamente cualificado y el hecho específico hipotizado por la norma (hecho específico legal. Este es, propiamente, el vicio que el artículo (1/4), llama Falsa aplicación de la ley. Al hecho que, con terminología alemana, se acostumbra a designar modernamente también como error de subsunción del caso particular bajo la norma: por eso los efectos jurídicos, establecidos en abstracto por una norma, en la hipótesis de que se verifique un cierto hecho específico, son atribuidos por el juez a un caso particular concreto diverso del previsto por la norma.”*³⁶

35 Jorge Zavala Baquerizo, *El Proceso Penal*, Edino, Guayaquil ± Ecuador, 1996, Tomo V, p. 132.

36 Walter Guerrero Vivanco, *El Proceso Penal*, Pudeleco Editores S.A., Quito ± Ecuador, 2004, Tomo IV, p. 294.

Por su parte Orlando Rodríguez, sobre este error de derecho señala:

^a Es un error de adecuación, de selección y se produce cuando la norma aplicada, que tiene validez jurídica, no regula, no recoge los hechos probados y juzgados, cuando estos no se adecuan ni corresponden a ella. Es el caso de condenar por un delito agravado, cuando en verdad la condena deber ser un tipo penal simple; o, al contrario, se condena por un delito simple cuando se debió hacer por un delito agravado³⁷.

De lo expuesto, se evidencian dos presupuestos: 1. Que la norma con la que se subsumieron los hechos, no es la aplicable al caso; y, 2. Que producto de ello, la disposición sustancial que la regula fue inaplicada, elemento que perfecciona la proposición jurídica completa, respecto de esta causal.

En este contexto se ha referido la Corte Nacional de Justicia señalando:

^a (1/4) estriba en el yerro que comete el juzgador al aplicar una norma jurídica cuyo supuesto de hecho no corresponde a la narración fáctica de la conducta que se intenta juzgar en el fallo; ahora bien, para evidenciar este error es menester hacer una contraposición de los dos elementos referidos; y, si la norma jurídica no se adecua a la narración del juzgador, y pese a esto, él la ha aplicado para resolver, la vulneración se habrá configurado, caso contrario no³⁸.

De lo analizado podemos decir que existe el error in iure de indebida aplicación de la ley, cuando para resolver el caso, el juzgador ha aplicado una norma jurídica sustancial, sin tomar en consideración que los hechos que estima debidamente probados en juicio, no se corresponden con el supuesto fáctico previsto en la disposición legal; y, en caso de haberse producido este yerro, resulta fundamental determinar cuál era la norma correcta que debía haberse aplicado, con lo que se ha realizado la proposición jurídica completa.

37 Orlando Rodríguez Chocontá, Op. Cit., p. 19., p. 239.

38 Ecuador. Corte Nacional de Justicia, Sentencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, de 27 de diciembre de 2019, dentro del caso N° 18282-2016-02775.

ii) El casacionista Iván Fabricio Vera Mendoza manifiesta que interpone el recurso de casación por indebida aplicación del artículo 189 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal que contiene el tipo penal de robo por el cual se ha dictado sentencia condenatoria, que se ha dejado de aplicar el artículo 5.3 ibidem que trata sobre la duda a favor del reo, que el error se encuentra en el considerando Quinto de la sentencia, que considera que no se ha probado conforme a derecho el ilícito, que en caso de duda se debe ratificar la inocencia, y que la influencia del error es que se le impone una pena de 9 años 3 meses pero el artículo 77.14 de la Constitución implica que no se puede modificar la misma y la pena no les corresponde.

Como se puede observar, el señor Vera Mendoza Iván Fabricio, alega una indebida aplicación del artículo 189 del COIP, y realizando la proposición jurídica completa señala que debió aplicarse el artículo 5.3 del mismo cuerpo legal, pero hace referencia a que se ha violentado sus derechos porque se le impone una pena que se la calcula de manera errónea, pero en trascendencia esta determinación sería contrapuesta a la alegación realizada, pues si hay una indebida aplicación del artículo 189 del COIP, lo que correspondería es ratificar la inocencia, sin embargo, habla de una influencia en la pena, lo que evidenciaría entonces que la indebida aplicación se ciñe en la determinación de la agravante del artículo 47.11 del COIP. En este caso, si bien es cierto el recurrente ha cumplido parcialmente con los principios de taxatividad, autonomía y trascendencia, alegando un supuesto error en la sentencia, el argumento y su trascendencia no va en relación con la causal que invoca. Por otra parte, dice que no se ha justificado que su defendido haya cometido lo dispuesto en el artículo 189 del COIP, pero lo que trata es que el tribunal determine un hecho diferente al que se ha dado por probado, lo que está vedado en sede casacional, dando como resultado una indebida fundamentación del medio impugnatorio.

Finalmente, ha venido a esta sede, debidamente fijado, tanto los hechos como la prueba, que han conducido a la conclusión de que se encuentra determinada tanto la materialidad, cuanto la responsabilidad de los procesados, a la que arriban los juzgadores de instancia con pleno convencimiento más allá de toda duda razonable, es decir en plena aplicación del artículo 5.3 del Código Orgánico Integral Penal.

En definitiva, resulta palpable que los recurrentes, pretenden hacer de la casación una suerte de tercera instancia, en la que se valore nuevamente sus pretensiones de apelación, y que a través de este recurso extraordinario se analice los hechos dados por probados y la prueba, e inclusive que se determine hechos diferentes a los que se han dado por probados, lo cual está prohibido en sede casacional; en tal

virtud, los recursos de casación no se encuentran debidamente fundamentados, sin que con las alegaciones efectuadas se pueda llegar a casar la sentencia recurrida, en base a las mismas.

5.2.2 Establecida la indebida fundamentación del recurso de casación, la ley ha previsto la denominada casación oficiosa, constante en el artículo 657 numeral 6 del Código Orgánico Integral Penal que prevé: *“Si se observa que la sentencia ha violado la ley, aunque la fundamentación del recurrente sea equivocada, de oficio se la admitirá”*, ante lo cual, corresponde efectuar el análisis de oficio sobre los posibles errores in iudicando de que pueda adolecer la sentencia, por lo que procede preguntarse, **¿ha advertido el Tribunal errores por los cuales se pueda casar la sentencia de oficio?**

Al respecto, en este punto se produce una disparidad de votos, procediendo con la motivación del voto de mayoría.

Así, revisada la sentencia de marras, se observa que el tribunal de apelación, ante las pretensiones de apelación, realiza determinaciones respecto a la aplicación de la agravante constante en el artículo 47.11 del Código Orgánico Integral Penal, en virtud de la cual se aplica una pena agravada, esto es incrementada del máximo de la pena prevista para el delito, un tercio más, dando un total de nueve años tres meses de pena privativa de libertad.

Es puntual mencionar que de acuerdo a lo que propone el principio de congruencia, debe existir coherencia entre la sentencia y la acusación fiscal, es decir, la resolución debe tratar únicamente respecto a los hechos y circunstancias anunciadas en el juicio oral por parte de quien ejerce la acción penal pública (Fiscalía), de tal manera que garantizar el respeto de estos derechos al procesado es notificarle de manera clara y precisa los cargos que se le hacen desde el inicio de la investigación, con el fin de hacer efectivo el derecho a que se defienda de un acto determinado y que consecuentemente sea juzgado de aquel acto; lo contrario es vulnerar el derecho a la defensa y a un juicio justo.

Además, debemos precisar que, el proceso penal se rige por el principio dispositivo, mismo que según el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, manifiesta en su parte pertinente:

^a Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley^o 39.

En tal virtud, en voto de mayoría, los señores Magistrados Mercedes Caicedo Aldaz, (ponente) y Luis Rivera Velasco, nos apartamos de la conclusión emitida por la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, respecto de la ^a APLICACIÓN DE CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES Y AGRAVANTES^o, la cual refiere:

^a El régimen de circunstancias atenuantes y agravantes de la infracción, deben ser impuestas por el juzgador, en base a los hechos han sido incorporados en el juicio oral y sometidos a contradicción e inmediatez, independientemente de que hayan sido alegados o no por los sujetos procesales^o 40.

Concluyendo que, una vez revisada el acta de audiencia de juicio, no existiendo una petición de agravantes por parte de Fiscalía, existe una indebida aplicación del artículo 47, numeral 11, del Código Orgánico Integral Penal, por cuanto es el artículo 195 de la Constitución de la República, el que debe aplicarse al caso concreto, ya que Fiscalía, como titular del ejercicio de la acción penal, en audiencia de juicio, que es el momento procesal oportuno para que como ente que dirige la investigación, exponga y solicite la aplicación de las circunstancias agravantes del caso y que la defensa pueda ejercer su contradicción, puesto que la expectativa de la pena correspondiente no puede superar las pretensiones de la Fiscalía de acuerdo a lo que propone el principio dispositivo.

Advertimos que, si bien, le corresponde a la administración de Justicia con el fin de combatir la impunidad de los diversos actos ilícitos, es primordial respetar siempre las garantías constitucionales del debido proceso y los derechos humanos reconocidos en los Tratados Internacionales, sin que el Juez pierda su independencia judicial, puesto que resuelve la controversia y no toma partido por uno

39 COFJ; Art. 19.- Principios dispositivo, de inmediatez y concentración.

40 Ecuador, Corte Nacional de Justicia; ABSOLUCIÓN DE CONSULTAS CRITERIO NO VINCULANTE; INFRACCIÓN PENAL - APLICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES Y AGRAVANTES: 13 DE SEPTIEMBRE DE 2018.

de los litigantes.

SEXTO.- DECISIÓN.

Por las consideraciones que anteceden, este Tribunal de Casación, de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA:** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, resuelve:

6.1. Por **unanimidad** declarar improcedentes los recursos de casación interpuestos por los señores **JUNIOR SIGIFREDO INTRIAGO JARAMILLO, MIGUEL ARTURO VÁSQUEZ LOOR e IVÁN FABRICIO VERA MENDOZA,** en los términos indicados en la presente sentencia, por indebidamente fundamentados.

6.2. En **voto de mayoría,** casar de oficio la sentencia dictada por la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, de 22 de abril del 2021, las 13h30, declarando que existe indebida aplicación del artículo 47 numeral 11 del Código Orgánico Integral Penal, cuando lo que correspondía era la aplicación del artículo 195 de la Constitución de la República del Ecuador; consecuentemente, enmendando dicho error de derecho, conforme al artículo 189 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, que prevé una pena de 5 a 7 años, reformando la sentencia antes referida se impone a los procesados señores **JUNIOR SIGIFREDO INTRIAGO JARAMILLO, MIGUEL ARTURO VÁSQUEZ LOOR e IVÁN FABRICIO VERA MENDOZA,** la pena privativa de libertad de 7 (SIETE) años, y en atención Al artículo 70 numeral 8 del mismo cuerpo legal, la **MULTA de VEINTE SALARIOS BÁSICOS UNIFICADOS DEL TRABAJADOR EN GENERAL.**

6.3. En lo demás, las partes estarán a lo resuelto en la sentencia impugnada.

6.4. Devuélvase el proceso al Tribunal de origen. **Notifíquese y cúmplase.**

VOTO SALVADO

DR. FELIPE CORDOVA OCHOA

JUEZ NACIONAL

Apartándome del criterio esgrimido en el del voto de mayoría relacionado con la casación oficiosa en virtud de la declaratoria de un error de derecho en la sentencia de segunda instancia bajo la modalidad de indebida aplicación del artículo 47.11 del Código Orgánico Integral Penal, con el mayor respeto y consideración que merecen mis compañeros magistrados, debo realizar las siguientes reflexiones:

1. En audiencia 11 de septiembre de 2018, Fiscalía formuló cargos en contra de los señores **JUNIOR SIGIFREDO INTRIAGO JARAMILLO, MANUEL ARTURO VÁSQUEZ LOOR e IVÁN FABRICIO VERA MENDOZA**, por el delito tipificado en el inciso primero del artículo 189 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP).
2. El Tribunal de Garantías Penales de Manta en fecha 13 de marzo del 2019, las 15h52 resuelve declarar la culpabilidad de los señores **JUNIOR SIGIFREDO INTRIAGO JARAMILLO, MANUEL ARTURO VÁSQUEZ LOOR e IVÁN FABRICIO VERA MENDOZA**, por haber adecuado su conducta al delito de robo conforme lo establecido en el artículo 189 inciso primero del COIP, con la circunstancia agravante prevista en el artículo 47 numeral 11 *ejusdem*, imponiéndoles una pena privativa de libertad de nueve años y tres meses a cada uno.

3. Esta decisión judicial fue apelada; no obstante la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, mediante sentencia emitida el jueves 22 de abril del 2021, a las 13h30, resolvió rechazar el recurso de apelación interpuesto por los procesados y confirmar la sentencia de primer nivel con la pena impuesta a cada uno de nueve años tres meses por concurrir la circunstancia agravante establecida en el artículo 47.11 del COIP.

4. Ahora bien, dentro del fallo de mayoría se estima que si la circunstancia agravante no es solicitada por quien ostenta la titularidad de la acción penal pública, el juzgador se encontraría vedado de aplicar una agravante; pues a su criterio, por más que de los hechos probados se subsuma la conducta de los procesados en una circunstancia agravante si aquella no ha sido propuesta por Fiscalía, el órgano judicial no puede aplicarla.

En el caso *subjudice*, se advierte que en efecto tanto los jueces de primer nivel, como el Tribunal *Adquem*, aplica la circunstancia agravante prevista en el numeral 47.11 del COIP; pues de los hechos considerados como probados, se avizora la correcta aplicación de dicha norma.

5. Ahora bien. ¿Qué nos refiere la agravante contenida en el artículo 47.11 del COIP? Este precepto jurídico describe una circunstancia que puede verificarse en la materialización de un hecho penalmente relevante, el cual, otorga un mayor grado de reprochabilidad a la conducta ejecutada por el sujeto activo. En tal virtud, ante el acaecimiento de esta circunstancia, la pena privativa de la libertad debe modificarse en perjuicio de la persona encausada⁴¹.

41 Art. 44.- Mecanismos de aplicación de atenuantes y agravantes.- Para la imposición de la pena se considerarán las atenuantes y las agravantes previstas en este Código. No constituyen circunstancias atenuantes ni agravantes los elementos que integran la respectiva figura delictiva.

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

Si existe al menos una circunstancia agravante no constitutivas o modificatorias de la infracción, se impondrá la

De manera que, en su literalidad la agravante en estudio manifiesta lo siguiente: *“Cometer la infracción en perjuicio de niñas, niños, adolescentes, adultos mayores, mujeres embarazadas o personas con discapacidad”*.

6. Una vez identificado el contenido de la agravante aplicada por los Jueces de instancia, tanto en la resolución de primer nivel, como en aquella de segunda instancia, resulta preciso cuestionarnos lo siguiente: ¿Era un hecho conocido y debatido por las partes procesales, el cometimiento de la infracción penal en contra de adolescentes, evento sometido al conocimiento de los administradores de justicia?

Al respecto, de manera categórica debemos mencionar que sí, pues, tanto en la formulación de cargos, como en el dictamen acusatorio sustentado en la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, Fiscalía refirió que en el día de los hechos participaron en la comisión del delito los señores **JUNIOR SIGIFREDO INTRIAGO JARAMILLO, MANUEL ARTURO VÁSQUEZ LOOR e IVÁN FABRICIO VERA MENDOZA**, en contra de tres adolescentes de iniciales C.L.M.L., M.Z.J.N. y R.Z.L.P; es decir, el hecho descrito en la circunstancia agravante contenida en el artículo 47.11 del COIP, siempre fue materia de debate.

7. Sentado este antecedente, vale mencionar que, luego del correspondiente ejercicio de justipreciación de los elementos de prueba, los Juzgadores de instancia llegaron al convencimiento de la existencia de la infracción, de la participación de los procesados y que las víctimas fueron las adolescentes citadas *ut supra*.

Es decir, el hecho conocido y debatido desde la acusación fiscal se fijó como un hecho probado en la sentencia impugnada por los casacionistas. Ante esta circunstancia, cabe formularnos un nuevo cuestionamiento: ¿Los jueces podían calificar jurídicamente los hechos acusados por Fiscalía, y

pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio.

probados de una manera distinta a la calificada en la acusación fiscal? Para el criterio del suscrito Juzgador: **SÍ**, por tal razón, a continuación, esgrimo las siguientes reflexiones:

8. El proceso judicial tiene por finalidad determinar la veracidad de los hechos sometidos a examen del Juzgador; por tal razón, la conclusión de un proceso siempre estará supeditada al establecimiento de la verdad, en cuanto al acontecimiento de los hechos motivo de la controversia. Sobre este punto, Taruffo enseña lo siguiente: *“...la solución de la controversia sobre los hechos se alcanza cuando el Tribunal establece la verdad sobre los hechos motivo de la disputa...”*⁴². En idéntico sentido, la jurista española Laura Miraut enseña que *“... [l]a decisión jurídica es siempre una respuesta oficial a propósito de hechos. Se dirime en ella la concurrencia o la falta de concurrencia de los hechos, y en el primer caso se valora el sentido y las circunstancias en que éstos han concurrido. Pero en todo caso, es en relación con los hechos, con su existencia o inexistencia, que se produce la sentencia...”*⁴³.

9. En el ámbito penal, las partes desarrollan un debate ante un juzgador imparcial, bajo el imperio de los principios acusatorio, contradictorio, adversarial y de igualdad de armas, con la finalidad de llevar al juzgador al convencimiento del acaecer de los hechos que han sido puestos en su conocimiento. Pero en esta materia, los hechos deben adecuarse a ciertas exigencias, que tiene relación con los principios de mínima intervención penal, materialidad, lesividad, culpabilidad y tipicidad, pues, en el ámbito penal, son relevantes solamente aquellas conductas humanas que, exteriorizadas en el mundo externo, ocasionan la lesión o puesta en peligro de un bien jurídicamente protegido, siempre que esa conducta se encuentre descrita en una norma penal.

Estos postulados se encuentran expresamente reconocidos en el artículo 22 del COIP, y tienen

42 TARUFFO, Michelle; Teoría de la Prueba; Ara Editores; Perú; 2012; p.13.

43 MIRAUT MARTÍN, Laura. La Sentencia Judicial Entre la Recreación y la Sustitución de los Hechos. Artículo académico publicado por la Universidad de las Palmas de Gran Canaria (España).

relación con el concepto de delito acogido por nuestro ordenamiento jurídico, esto es, acción⁴⁴ típica⁴⁵, antijurídica⁴⁶ y culpable⁴⁷.

10. Entonces, cuando Fiscalía imputa a una persona un resultado que lesiona un bien jurídico, y se ha fijado como hecho probado que ese resultado es atribuible a la conducta de la persona procesada, o en su defecto, cuando se ha demostrado que una acción pone en peligro un bien jurídico, el juez debe verificar si ese hecho se adecúa a los estándares descritos en el acápite que antecede, es decir, debe efectuar un control de legalidad, en virtud del cual, otorgue una calificación jurídica al hecho.

11. Esta mecánica ha sido realizada por la Corte Constitucional del Ecuador, pues, este órgano jurisdiccional, entendiendo la relevancia de los hechos en un proceso judicial, en la sentencia 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021, determinó que la ^a estructura mínima^o de la argumentación que otorga suficiencia a la motivación de un fallo, está compuesta de: a) Una fundamentación fáctica suficiente, lo cual coloca a los Jueces en la necesidad de efectuar un ejercicio de valoración de la prueba, y establecer los hechos que se desprenden de esa prueba, y b) Una fundamentación jurídica suficiente, que implica enunciar las normas jurídicas que **resultan aplicables al caso concreto, y explicar la pertinencia de su aplicación.**

12. Entonces, es labor del juez calificar jurídicamente los hechos que han sido probados dentro del proceso, y para efectuar tal calificación, se debe considerar el contenido de las normas jurídicas que describen hechos penalmente relevantes;

44 Art. 23.- Modalidades de la conducta.- La conducta punible puede tener como modalidades la acción y la omisión.

No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo.

45 Art. 25.- Tipicidad.- Los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes.

46 Art. 29.- Antijuridicidad.- Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código.

47 Art. 34.- Culpabilidad.- Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.

por tal razón, no debemos entender que la calificación efectuada por el Fiscal es inmutable, pues, la labor de Fiscalía en un proceso penal se manifiesta en la presentación de ciertos hechos, y en la justificación de esos hechos mediante el aporte de prueba, la calificación de esos hechos, cuando han sido probados, le corresponde al Juez.

13. Esta reflexión no es nueva, pues, ya ha sido abordada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano jurisdiccional que ha manifestado que, la calificación jurídica de los hechos le corresponde al Juez, y que no implica una transgresión al principio de congruencia, ni una violación del derecho a la defensa, el cambio de calificación jurídica de los hechos realizado por los Jueces, siempre y cuando los hechos acusados por Fiscalía, no hayan sido modificados por el Juez:

^a ...67. Al determinar el alcance de las garantías contenidas en el artículo 8.2 de la Convención, la Corte debe considerar el papel de la ^aacusación^o en el debido proceso penal vis-à-vis el derecho de defensa. La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. **La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador**, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamado ^aprincipio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia^o implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación...^o48.

48 Sentencia de 20 de junio de 2005, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala.

14. En líneas precedentes manifestamos que, la participación de los recurrentes en la infracción penal fue en contra de adolescentes, este hecho ha sido debatido desde la formulación de cargos realizada por Fiscalía, por ende, esta circunstancia no sido incorporada por los Juzgadores de instancia, todo lo contrario, ha sido ampliamente debatida desde el inicio del proceso; por tanto, ante la acreditación de este hecho, lo que correspondía a los jueces, era otorgar una calificación jurídica que guarde congruencia frente al derecho, correspondiendo por tanto aplicar el artículo 47.11 del COIP en la resolución de la causa.
15. Pensemos en lo siguiente: si los juzgadores no podríamos modificar la calificación jurídica de los hechos realizada por Fiscalía, incluso habría que replantearse la necesidad de mantener vigente la indebida aplicación de la ley, como causal de casación, pues, esta causal permite modificar la calificación jurídica de los hechos, cuando en una sentencia se ha calificado de manera errónea dichos hechos, aplicando una norma jurídica impertinente; lo cual, a todas luces, resulta inadecuado.
16. Finalmente, resulta importante tener en cuenta el contenido de los artículos 51 y 54⁴⁹ del COIP, pues, estas normas jurídicas colocan al juez en la obligación de estudiar íntegramente el entorno fáctico que rodea a la acción, de tal forma que, si se han acreditado circunstancias agravantes o atenuantes, éstas puedan ser aplicadas al momento de imponer la pena a la persona procesada; en conclusión, no solo que el juez puede considerar agravantes al imponer una pena, sino que esta labor constituye un deber, de conformidad con el artículo 54.1 del COIP.

49 Art. 51.- Pena.- La pena es una restricción a la libertad y a los derechos de las personas, como consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles. Se basa en una disposición legal e impuesta por una sentencia condenatoria ejecutoriada.

Art. 54.- Individualización de la pena.- La o el juzgador debe individualizar la pena para cada persona, incluso si son varios responsables en una misma infracción, observando lo siguiente:**1. Las circunstancias del hecho punible, atenuantes y agravantes.** 2. Las necesidades y condiciones especiales o particulares de la víctima y la gravedad de la lesión a sus derechos.3. El grado de participación y todas las circunstancias que limiten la responsabilidad penal.

17. Por lo tanto, de los antecedentes expuestos y teniendo en consideración que, en el caso *in examine*, no han sido alterados los hechos, pues, en todas las etapas y grados del proceso penal, se supo que en el evento, participaron los procesados en contra de tres adolescentes; al encontrarme de acuerdo con el voto de mayoría en cuanto a la improcedencia de los recursos de casación; no obstante al diferir del voto de mayoría en relación a la casación oficiosa por indebida aplicación del artículo 47.11 del COIP, por las razones expuestas en las líneas que preceden, manifiesto que no existe el error de derecho antes mencionado en razón de que el juzgador en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, sí puede calificar jurídicamente los hechos de modo distinto a lo que establece la acusación fiscal.

En tal virtud, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 656 y siguientes del COIP, En voto salvado: declaro improcedente el recurso de casación interpuesto por los procesados, señores **JUNIOR SIGIFREDO INTRIAGO JARAMILLO, MANUEL ARTURO VÁSQUEZ LOOR e IVÁN FABRICIO VERA MENDOZA**. No existe mérito para realizar una casación oficiosa. Devuélvase el expediente al tribunal de origen para los fines legales pertinentes.- **NOTIFÍQUESE.-**

CAICEDO ALDAZ MERCEDES JOHANNA
JUEZA NACIONAL (E) (PONENTE) (E)

CORDOVA OCHOA FELIPE ESTEBAN

JUEZ NACIONAL

RIVERA VELASCO LUIS ANTONIO

JUEZ NACIONAL