

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho Procesal

El recurso de casación en materia penal

Luz Paulina Garcés Cevallos

2015

Trabajo almacenado en el Repositorio Institucional UASB-DIGITAL con licencia Creative Commons 3.0 Ecuador

	Reconocimiento de créditos de la obra	
	No comercial	
	Sin obras derivadas	

Para usar esta obra, deben respetarse los términos de esta licencia

CLAUSULA DE CESION DE DERECHO
DE PUBLICACION DE TESIS

Yo, **LUZ PAULINA GARCES CEVALLOS**, autora de la tesis intitulada **EL RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIAL PENAL**, mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de **MAGISTER** en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo en formato impreso.

Quito, 31 de marzo del 2015.

Dra. Luz Paulina Garcés Cevallos

UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR
SEDE ECUADOR

AREA DE DERECHO
PROGRAMA DE MAESTRIA
EN DERECHO PROCESAL

EL RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA PENAL

TUTOR: DR. LENIN PEREZ MEDINA

AUTORA: DRA. LUZ PAULINA GARCES CEVALLOS
QUITO - ECUADOR
2015

RESUMEN

El recurso de casación desde la perspectiva de la doctrina penal y en especial desde la óptica práctica del órgano de jurisdicción penal, tiene por objeto reparar los errores de derecho en que pudo haber incurrido el juzgador al momento de pronunciar sentencia por una parte y, por otra, coadyuvar a la unificación normativa a fin de garantizar la correcta aplicación de la ley. Sin embargo cabe señalar que este instituto procesal penal, en los últimos tiempos ha presentado una inusitada evolución que nace de la aplicación de los sistemas neoconstitucionalistas que propenden a la constitucionalización del derecho penal originando que la naturaleza del recurso de casación se transforme y evidencie rasgos netamente garantistas que trascienden el propio fin con el único objetivo de implantar a los derechos como el principio mismo de su esencia.

Es evidente que una institución de la complejidad de la Casación, destinada a velar por la exacta y correcta observación de la ley, a unificar la jurisprudencia y a controlar el sistema judicial, no puede haber surgido espontáneamente, sino que como ya lo analizaremos, es el resultado de la incorporación de varios principios jurídicos, doctrinarios y prácticos de los sistemas judiciales; cuya aplicación corresponde al más alto tribunal de justicia, a fin de que sus fallos sean acatados y de esta manera cumplir con el objetivo básico que no es sino la defensa del derecho objetivo, la reparación del agravio sufrido a través de una sentencia que puede ser anulada total o parcialmente, cuando es evidente el vicio de “in juricidad” por errores en la aplicación del derecho.

La investigación que planteamos, no trata de desarrollar una nueva teoría sobre el tema, ya que existen varios escritores que lo han abordado desde diferentes perspectivas, sin embargo, consideramos que la visión de este recurso en el Ecuador, cambió a raíz de la implementación del sistema acusatorio oral, porque los principios de inmediación y contradicción que rigen la presentación de la prueba en la audiencia oral de juzgamiento, originan que las sentencias sean el producto de la percepción directa del juzgador sobre los hechos narrados, lo que de alguna manera debería contribuir a acrecentar la confianza en el hacer judicial, es por ello, que pretendemos ilustrar la doctrina y describir la normativa vigente sobre la casación a fin de comprender su naturaleza y función, lo que nos releva de realizar análisis críticos por necesarios que sean.

DEDICATORIA:

*A LUIS, MI AMIGO, MI COMPAÑERO, MI ESPOSO POR SU AMOR Y
CONSTANTE APOYO EN LA BUSQUEDA DEL CONOCIMIENTO.*

*A MIS PADRES GUIDO Y LUCHITA POR SER LOS GESTORES DE
MI VIDA Y PORQUE SIN ELLOS NO HUBIESE PODIDO CUMPLIR
MIS SUEÑOS.*

*A MIS HERMANOS POR SU CARIÑO Y EJEMPLO QUE HA
INCENTIVADO MI PROFESIONALIZACIÓN*

*A MIS SOBRINOS POR SER LOS DUEÑOS DE MI CORAZÓN Y
MI AMOR MÁS PROFUNDO.*

EL RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA PENAL

Resumen	Pág.
Índice	4
	6

CAPITULO I ANTECEDENTES

I.1. Noticia Histórica	8
I.1.1. Aporte del Derecho Romano	9
I.1.2. Aporte del Derecho Francés	13
I.1.3. Derecho Procesal Penal Ecuatoriano	15
I.2. Definiciones	
I.2.1. Etimología	21
I.2.2. Conceptos	21
I.3. Características	
I.3.1. Recurso Extraordinario	25
I.3.2. Fines	31

CAPITULO II ERROR DE DERECHO

II.1. Principio Constitucional	37
II.2. Código de Procedimiento Penal. Violación de la Ley en la sentencia	50
II.2.1. Causales:	62
II.2.1.1. Contravención expresa de la Ley	62
II.2.1.2. Indebida aplicación de la ley	65
II.2.1.3. Errónea interpretación de la ley	67
II.3. Resoluciones Judiciales que son recurribles en la casación penal	68
II.3.1. Uniformidad de la jurisprudencia	73

CAPITULO III INTERPOSICIÓN DEL RECURSO

III.1. Requisitos para interposición del recurso	76
III.1.1. Oportunidad del recurso	77

III.1.2. Sujetos procesales que pueden recurrir	79
III.1.3. Fundamentación	82
III.1.3.1. Plazos	84
III.1.3.2. Desistimiento	86
III.1.3.3. Casación por parte de la Fiscalía General del Estado	87
III.2. Procedimiento ante el Tribunal Ad quem	
III.2.1. Tribunal de Casación	89
III.2.2. Calificación del recurso	93
III.2.3. Audiencia de Fundamentación de Recurso	94
III.2.4. Casación de Oficio	96
III.2.4.1. Resolución	98
III.2.4.2. Efectos	99
CONCLUSIONES	101
RECOMENDACIONES	102
BIBLIOGRAFIA	103

CAPITULO I

ANTECEDENTES

I.1. Noticia Histórica

Considero que reviste gran importancia remitirnos a los antecedentes históricos de esta institución, pues de allí emanan los elementos jurídicos y sociales que motivaron su creación y desarrollo, permitiéndonos conocer cuáles fueron las razones para su concepción y el objeto de su existencia.

Cabe precisar que el origen histórico del recurso de casación, guarda similitud tanto en materia penal cuanto en la civil; razón por la cual varios autores, sitúan su origen en el Derecho Romano; otros en algunas instituciones de la Francia Feudal del siglo XIV; aunque en realidad está vinculado a la Revolución Francesa de 1789.

La casación es una institución de gran complejidad, que se construyó sobre una premisa fundamental: es un recurso limitado, uniforme y formal, cuyos objetivos primordiales son: velar por la exacta y correcta aplicación de la ley; y, unificar la jurisprudencia, por lo tanto, su proceso evolutivo fue más bien lento, ya que incorporó aspectos relevantes de las instituciones del Derecho Romano, y principios del derecho germánico, a lo que se suman instituciones anteriores propias de la revolución francesa, emanadas de las cartas de cancillería, del consejo del rey y del consejo de partes, que dieron forma a lo que actualmente se conoce como casación.

I.1.1. Aporte del Derecho Romano¹

Varios autores concuerdan en señalar que la Casación Penal en el Derecho Romano se desarrolló en tres etapas históricas, que me permito resumirlas de la siguiente manera:

- a) En la primera etapa se diferenció la sentencia viciada por error de derecho y, la sentencia viciada por error de hecho; considerando que la primera causal revestía mayor gravedad. Es importante aclarar que el error de derecho

Coinciden los autores en que el mayor aporte del Derecho Romano a esta institución fue la individualización de los errores *in iudicando*, es decir en aquellos vicios que superaban el interés de los particulares para afectar las relaciones entre la ley y el juez.

- b) En el derecho romano no existía una forma legalmente establecida para nulificar una sentencia, por lo que fue preciso otorgar a las partes una salida que difería de los medios ya existentes y que se aplicaban para resolver casos de simple injusticia, esta salida se efectivizó declarando la inexistencia de la sentencia, aunque a la larga llegaron a confundirse estas dos instituciones jurídicas.

¹ Calamandrei Piero. La casación Civil. Tomos I y II. Historia y Legislaciones Volúmen I – Bosquejo General del Instituto. Editorial Bibliográfica Argentina. Bs.As. 1945.
Rodríguez Chocontá, Orlando Alfonso. Casación y Revisión Penal. Evolución y Garantismo. Editorial Temis S.A. Bogotá – Colombia. 2008. Págs. 7-10.
Torres Romero, Jorge y Puyana Mutis Guillermo. Manual del Recurso de casación en materia penal. Segunda Edición. Proditecnicas. Medellín – Colombia. 1989 Págs. 13 – 24
Zavala Baquerizo Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo X. EDINO. Guayaquil – Ecuador. 2007. Págs. 45-64

- c) Posteriormente y en la etapa del derecho intermedio, la nulidad dejó de ser comparada a la inexistencia lo que conllevó a la formulación de los vicios de la sentencia, provocando como consecuencia lógica que se instituya un recurso especial con la finalidad de impugnarla, concretándose definitivamente la distinción entre la “*querella iniquitatis*” que procedía en contra de los errores de juicio o de derecho como hoy se los conoce, y la “*querella nullitatis*” que accionaba la impugnación contra los errores in procedendo o de procedimiento.

En el Derecho Romano se sostiene la idea que la sentencia puede adolecer de vicios de distinta gravedad, según los motivos que los haya producido, pero se abandona la idea de la inexistencia de la resolución viciada gravemente. No hay en el Derecho Romano un medio especial de hacer valer la nulidad, la que operaba sin sujeción a términos, como si la sentencia jamás hubiese existido. Solo cuando la nulidad deja de ser equiparada a la inexistencia, para convertirse en un vicio de una sentencia existente, se acuerda un recurso especial para anularla. Aparece entonces la distinción entre la “*querela iniquitatis*” y la “*querela nullitatis*”, instituciones que en apartados precedentes se desarrollarán, como contraposición de “*ius litigatoris*” y el “*ius constitutionis*”, lo que equivalía a anticipar la distinción entre error de derecho y error de hecho. La QUERELA INIQUITATIS, “...se concedía contra la sentencia viciada por error de juicio, el surgimiento de tal figura fue en atención al “*Ius Constitutionis*”, que diferenciaba cuando la impugnación se hacía en atención al derecho. Es necesario aclarar que en esta época existía confusión en cuanto al error de derecho, conocido como el que se cometía cuando se aplicaba mal una Ley, Constitución o Doctrina y el error de hecho comprendido como una injusticia,

por lo que ambos eran equiparados en este caso y resueltos por medio de la “querela iniquitatis”.²

Las causales por las que podía presentarse la “querela iniquitatis”, generalmente podían servir de base para interponer el recurso de nulidad, o para el clásico recurso de impugnación por agravio, constituido desde Roma como la “appellatio” o apelación. “El origen romano de la appellatio, creada va avanzado el período imperial, como un remedio contra la injusticia de la sentencia (de ahí el nombre de iniquitatis sententiae querella). Presuponía,..... una sentencia existente y procesalmente válida; de las sentencias nulas (que se consideraban inexistentes) no era necesario apelar: eran decisiones sine appellatione rescindatum, esto es, aquellas contra las cuales provocare non est necesse.”³ La nulidad y la apelación aparecen, pues, como institutos distintos: “... la nulidad, que es común también a los negocios jurídicos, opera ipso jure, en los casos de defectos de construcción procesal de la sentencia y en los casos de error gravísimo de juzgamiento (error contra el ius constitutionis); la apelación, en cambio, instituto absolutamente extraño al Derecho privado, recuerda Calamandrei, por lo cual la acción rescisoria, que conserva trazos de la restitutio in integrum, se acerca más a la querella nullitatis (tiene un más largo plazo para introducirse, responde a casos que se van limitando ...). “Cabe hacer presente que la nomenclatura del derecho moderno antes referida, no guarda relación directa con los conceptos romano clásicos de “ius constitutionis” e “ius litigatoris”, puesto que la “querella nullitatis” abarcaba tanto a uno como a otro,

² “EL RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA DE FAMILIA, EN LA ZONA ORIENTAL, 2000-2004- El Salvador – 2014. <http://ri.ues.edu.sv/4237/1/50100969.pdf>

³ Véscovi, Enrique: "Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios". Pág. 314 - 315

sirviendo, en palabras de Chiovenda, “para garantizar la exacta observancia de la ley por parte del Juez y para impedir realizar obra de legislador: de manera que la querella en todo tiempo tuvo en sí un elemento político, asociando la defensa del individuo (*ius litigatoris*) a la del interés general (*ius constitutionis*)”⁴.

La “*querella nullitatis*” se caracterizó porque esta impugnación no fue considerada como “una acción declarativa, sino como una acción modificativa”, que se presentaba ante el juez superior para anular la sentencia viciada por nulidad procesal pero intrínsecamente válida.

A lo largo de la evolución y transformación del concepto, se llegó a la equiparación entre el significado de sentencia nula por defectos de actividad y sentencia nula por defecto grave de juicio, aunque el criterio para determinar la nulidad se fundó en la evidencia del error, admitiéndose que todo *error in iudicando* de hecho o de derecho podía dar lugar a la querella de nulidad, con tal de que fuera notorio y manifiesto.

De La Rúa⁵ manifiesta que “...la querella nullitatis del derecho estatutario italiano y del derecho común, en cuanto permitía llevar ante el juez superior, y por medio de acción de parte, una sentencia viciada por error iuris in iudicando, tenía ya, bajo el solo aspecto procesal, la estructura actual de la casación en cuanto a su forma, aunque no se contemplaba la función política, extraprocesal de unificación...”.

⁴ Revista de Derecho, N°12. EL RECURSO DE CASACIÓN CIVIL: ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y PERFIL ACTUAL Cecilia Paz Latorre Florido* <http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/7dd42e1f-6653-47cf-8adc-026a36b2bf91/7.pdf?MOD=AJPERES>

⁵ De la Rúa, Fernando. *LA CASACIÓN PENAL*. Editorial De Palma. Bs. Argentina. Págs. 29-31

I.1.2. Aporte del Derecho Francés⁶

Francia es el lugar en el que este recurso extraordinario se consolida como tal y marca la institución como la concebimos hasta la actualidad; cabe recordar que en los primeros momentos la Corte de Casación no constituyó un ente judicial sino un organismo político que actuó junto a la Asamblea Legislativa, con la finalidad de impedir que los tribunales, amparados en el pretexto de interpretar las leyes, penetren la órbita de las funciones que le correspondían únicamente a la Asamblea Legislativa; sin embargo con el paso del tiempo fue perfilando su carácter jurisdiccional al anular las causas en las que se hubiere violado el procedimiento y, también sentencias que presentasen contravenciones expresas al texto legal.

En el año de 1302, el Rey Felipe El Hermoso, instauró un recurso que se sustanciaba ante el Consejo del Rey, cuyo fin era invalidar los fallos de los parlamentos; inicialmente fue considerado un tribunal de instancia, pero en 1334, se impuso al impugnante la obligación de determinar los errores que contenía la sentencia, a fin de puntualizar el ámbito del reclamo, lo que originó la argumentación jurídica para sustentar la impugnación.

En 1578 el Consejo del Rey se dividió en dos ramas: la primera denominada el *Conseil d'Etat o Consejo de Estado* y el *Conseil des Parties o Consejo de Partes* que se ocupaba

⁶ Rodríguez Chocontá, Orlando Alfonso. Casación y Revisión Penal. Evolución y Garantismo. Editorial Temis S.A. Bogotá – Colombia. 2008. Págs. 7-10.
Torres Romero, Jorge y Puyana Mutis Guillermo. Manual del Recurso de casación en materia penal. Segunda Edición. Proditecnicas. Medellín – Colombia. 1989 Págs. 13 – 24
Zavala Baquerizo Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo X. EDINO. Guayaquil – Ecuador. 2007. Págs. 45-64
Calamandrei Piero. La casación Civil. Tomos I y II. Historia y Legislaciones Volumen I – Bosquejo General del Instituto. Editorial Bibliográfica Argentina. Bs.As. 1945.

de los asuntos judiciales y es donde se origina la figura de la casación, que aparece como una “expresión de la lucha entre el rey y los parlamentos” para afianzar la autoridad real a través del Consejo de Partes, que a la larga derivó en un recurso para los particulares análogo a la moderna casación, cabe señalar que la revolución francesa suprimió el Conceil de Parties.

El 1º de diciembre de 1790 se creó por decreto el Tribunal de Casación pasando a ocupar el lugar del desaparecido Consejo de Partes, pero adaptado a las nuevas ideas revolucionarias. El instituto se concibió como un órgano contralor del ámbito constitucional para vigilar la actividad de los jueces, destacando que su fin último fue impedir la invasión del poder judicial en la esfera del legislativo.

En 1837 se convirtió en Corte de Casación y presidió el poder judicial; adquiriendo así su origen jurisdiccional definitivamente e incorporándose al poder judicial del Estado; se transformó en un verdadero medio de impugnación, entregado a particular como remedio procesal, aunque la interposición del recurso sólo fue concedido a la parte agraviada; su característica más importante fue que reprimió la interpretación errónea y se restringió la cuestión de hecho.

Destacamos que la función del tribunal de casación estaba limitada a la fiscalización, aunque en la práctica cumplió una función jurisdiccional, ya que se estableció doctrinariamente que la sentencia no solo era casable por expresa violación al texto de la ley, sino también cuando se hubiese violado su espíritu. Una vez derogado el Código de Napoleón se admitió ampliamente la casación por interpretación viciosa de la ley, lo que obligo al tribunal a indagar el espíritu de la norma.

Esa concepción del recurso de casación ha perdurado a través de la historia y aunque como lo señalamos al inicio, en la actualidad su esencia sigue evolucionando hacia una visión constitucional del recurso, existen aún hoy autores que como FENECH⁷, consideran que:

"a diferencia de los tribunales de tercera instancia, el de Casación tiene una finalidad al menos en su original aspecto histórico; metaprocesal, a saber la defensa de la ley; y con ella la del Poder Legislativo; frente a los Tribunales de Justicia como representantes del Poder Judicial, siendo su misión esencial y primordial garantizar la separación del Poder Legislativo y del Poder Judicial, controlar éste y mantener la unidad de la jurisprudencia, misión ésta que ha sido a través de su historia adaptada a las necesidades de cada momento histórico hasta llegar a la concepción actual cuya finalidad está integrada por el control meramente jurídico del procedimiento y de la decisión de un Tribunal Penal para establecer si la aplicación de la ley al hecho; normalmente; inatacable, declarado probado se ha efectuado de un modo jurídicamente correcto tanto desde el punto de vista del Derecho Material como desde el Derecho Procesal Penal "

I.1.3. Derecho Procesal Penal Ecuatoriano

En el Ecuador debemos advertir que el recurso de casación proviene de diferentes fuentes tratándose de materia civil o penal. En el campo civil, se aplica la Ley No.27, expedida en mayo de 1993; mientras que en el campo penal, este recurso está contemplado dentro de los medios de impugnación contenidos en el Código Orgánico

⁷ Fenech, Miguel. *DERECHO PROCESAL PENAL*. Editorial Labor S. A. Madrid – España. 1952. pág. 465.

Integral Penal, en especial en el Art. 656 que señala expresamente que el recurso de casación procede cuando se ha violado la ley en la sentencia, desechando esta norma, la validez del recurso en el caso de los errores de forma, para lo cual ha establecido el recurso de nulidad.

Haciendo un recuento histórico su presencia se perfila en la legislación procesal penal ecuatoriana en el año de 1928, teniendo como antecedente el proyecto de reformas al Código de Enjuiciamiento en Materia Criminal, presentado por el Tribunal Supremo de Justicia, y es en la administración del Presidente Dr. Isidro Ayora, quien mediante decreto No. 256, publicado en el Registro Oficial No. 761 del viernes 5 de octubre de 1928, que se crea el Recurso de Casación, el mismo que podía interponerse únicamente por parte del Ministerio Público y por la parte en cuyo perjuicio se ha violado la ley.

Contemplaba siete causales, que tenían por motivación la violación de la ley en la sentencia, y éstas eran:

1. Cuando en la sentencia se impone pena por un hecho que no se halla previsto como infracción punible;
2. Cuando dicha sentencia impone pena por un hecho sin constar algunas de las circunstancias constitutivas específicas de la infracción;
3. Cuando la sentencia, sea que absuelva o condene, se funde en una ley no aplicable al caso;
4. Cuando declara no punible, o no toma en cuenta un hecho, si ha sido materia de la acusación, que la ley penal castiga;

5. Cuando se ha impuesto una pena mayor o menor a la señalada por la ley a la infracción declarada en la sentencia;
6. Cuando se haya cometido algún otro error de derecho en la calificación de los hechos constitutivos del crimen que se declaren probados en la sentencia;
7. Cuando se haya cometido algún error de derecho al determinar la participación o grado de culpabilidad de cada uno de los procesados.

Se lo interponía ante el Juez de Letras, dentro de tres días de hecha la notificación con la sentencia; y, el impugnante tenía diez días para fundamentarlo, caso contrario se lo declaraba desierto.

La fundamentación debía explicitar la norma que se consideraba violada así como la relación del hecho con la ley que se supone infringida.

En el gobierno del Jefe Supremo de la República, General Alberto Enríquez, se reforma el Código de Procedimiento Penal, el mismo que fue publicado en el año de 1938, y que básicamente mantuvo la misma estructura del recurso de casación.

Posteriormente y como resultado de la supresión de los tribunales del crimen, mediante decreto suscrito por el General Marco Almeida Játiva, Ministro de Defensa Nacional, encargado de la Presidencia de la República, publicado en el Registro Oficial No. 763 de 17 de marzo de 1975, se dictan varias reformas al Código de Procedimiento Penal, y se *suprimen los recursos de nulidad y de casación previstos en los capítulos V y VI del Título IV del Libro III del Código de Procedimiento Penal*, ordenándose que aquellas causas que fueron elevadas en consulta o por recurso de casación a la Corte Suprema,

sean devueltas inmediatamente a los juzgados de origen en cualquier estado que se encuentren; y, en su lugar se instaura el recurso de tercera instancia que era conocido por la Corte Suprema de Justicia.

El recurso de casación vuelve a reinsertarse en la legislación procesal penal, con la expedición del Código de Procedimiento Penal de 1983, en que se crean los Tribunales Penales, de cuya sentencia se puede recurrir para ante la Corte Suprema de Justicia, mediante el recurso de casación, que consiste en la violación de la ley en la sentencia y se limita a tres causales fundamentales que son:

1. Por contravenir expresamente su texto;
2. Por haberse hecho una falsa aplicación de ella; y,
3. Haberla interpretado erróneamente.

Al reformarse la Constitución Política del Estado en 1998, en el Art. 200 se consigna que: *“La Corte Suprema de Justicia tendrá jurisdicción en todo el territorio nacional y su sede en Quito. Actuará como corte de casación, a través de las salas especializadas, y ejercerá, además todas las atribuciones que le señalen la Constitución y las leyes”*.

La Constitución de la República, aprobada en el año 2008, en el Art. 184 dice que: *“Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes:*

1. *Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley.*
2. *Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración.*

3. *Conocer las causas que se inicien contra las servidoras y servidores públicos que gocen de fuero.*
4. *Presentar proyectos de ley relacionados con el sistema de administración de justicia”, manteniendo como facultad constitucional el conocimiento de los recursos de casación, entre otros.*

Esta disposición constitucional determina que una de las funciones más relevantes de la actual Corte Nacional, la ubica como centro de la decisión netamente casacional, que se traduce en entregarle el control de la actividad judicial en relación a la aplicación de la ley, a fin de controlar la unificación y correcta aplicación de las disposiciones legales que garantizan el derecho a la seguridad jurídica de un estado.

En la reforma constitucional del año 1998, se transforma el sistema procesal penal ecuatoriano, pues se entrega al Ministerio Público entonces, hoy Fiscalía General del Estado, el ejercicio de la acción preprocesal y procesal penal, con lo que se reforma el Código Adjetivo Penal, el mismo que fue publicado en el año 2000 y entró plenamente en vigencia el 13 de julio del 2001, sufriendo varias reformas, siendo las más destacadas las de los años 2009 y 2010.

Al revisar el Código Adjetivo Penal vigente hasta agosto de 2014, nos encontramos con que se mantiene el recurso de casación bajo los mismos parámetros que en el código procesal de 1983.

El Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, al referirse al recurso extraordinario de casación, decía:

“Art. 349.- 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 contravenir expresamente a su texto; ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella; ya, en fin, por haberla interpretado erróneamente.”

Actualmente el Art. 656 de Código Orgánico Integral Penal⁸, mantiene prácticamente el mismo sentido pero ha aclarado sobre la inadmisibilidad de la revisión fáctica y probatoria, señalando que:

“Artículo 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.

No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba.”

Es importante destacar que a excepción del área penal, el recurso de casación para el resto de materias se rige por la Ley de Casación que acaba de ser derogada, pues esta normativa se ha incorporado al Código Orgánico General de Procesos.

Con la introducción de las reformas publicadas en el Registro Oficial No. 555 del martes 24 de marzo del 2009, se adaptó el sistema oral de audiencias para la

⁸ Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero del 2014

sustentación y contestación de los recursos ordinarios y extraordinarios, manteniendo la misma taxatividad causal consignada en líneas anteriores, y el COIP ratificó este sistema de audiencias.

I.2. Definiciones

I.2.1. Etimología

El término casación, proviene del verbo latino “CASSO”, que significa anular, abrogar, deshacer o quebrantamiento.

Otros autores dicen que la palabra casación tiene su origen en el vocablo francés “CASSER”, que expresa anular, romper, quebrantar, razón por la cual se considera que su característica principal es la acción de anulación.

I.2.2. Conceptos

Varios autores afirman que cuando se habla de casación no se hace una simple referencia a un instituto procesal, sino que se alude también al Tribunal de Casación que lo decide y que debe estar ubicado en una alta jerarquía judicial a fin de que sus fallos sean acatados.

La doctrina clásica sostiene que la esencia de este recurso es la anulación por parte del más alto tribunal de justicia, de una sentencia definitiva originada en un órgano

jurisdiccional penal de nivel inferior, que contiene una evidente violación a la ley. Así mismo, afirman que el fin es la “defensa del derecho objetivo”, para garantizar la seguridad jurídica, la igualdad del ciudadano ante la ley, por ende la supremacía del órgano legislativo y la unificación jurisprudencial.

Son varias las definiciones vertidas sobre este recurso, sin embargo, voy a citar sólo unas cuantas que recogen en forma explícita, el verdadero significado de la casación:

Guillermo Cabanellas de Torres⁹, al referirse a la casación dice que *“es la acción de anular y declarar sin ningún efecto un acto o documento. La instancia excepcional, al punto de no resultar grato a los procesalistas el término, que permite recurrir contra el tribunal de apelación u otros especiales, tan sólo en los casos estrictamente previstos en la ley, cuando se haya incurrido en el fallo contra el cual se acude en casación, bien en una infracción evidente de la ley o en la omisión de alguna formalidad esencial en el procedimiento.”*

El ecuatoriano Walter Guerrero Vivanco¹⁰, define a la casación, como *“un medio extraordinario de impugnación de las sentencias dictadas por los tribunales penales, en las cuales se hubiere violado una norma legal sustantiva o de fondo, que tiene como objetivo obtener que la Corte Suprema de Justicia anule la sentencia recurrida y dicte un nuevo fallo ajustado a derecho”*.

⁹ Cabanellas de Torres, Guillermo. *DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL*. Edición 1997, Editorial Heliasta, Bs. Argentina, pág. 65

¹⁰ Guerrero Vivanco Walter. *EL PROCESO PENAL*. Tomo IV. Pág. 280,281

Waldo Ortúzar Latapiat ¹¹, sostiene que este recurso “..en su base jurídica y política, tiene por objeto velar por la recta y genuina aplicación de la ley, corrigiendo la infracción de la misma, y logrando en su misión, al ser ejercida por un mismo y solo tribunal, la uniformidad de la jurisprudencia. Esta finalidad de interés público, el respeto a la ley, sobrepasa en importancia a aquella otra de orden privado, cual es la reparación de los agravios que se pueden inferir a las partes con las resoluciones violatorias de la ley.”

Joaquín Escriche¹², lo conceptúa como “La acción de anular y declarar por de ningún valor ni efecto, algún acto o instrumento. Como recurso extraordinario y supremo contra las sentencias definitivas pronunciadas por las Audiencias contra la ley o doctrina legal, o quebrantando alguna de las formas esenciales del juicio, y contra los fallos de los amigables compondores dictados sobre puntos no sometidos a su decisión o fuera del plazo señalado en el compromiso”.

Lino Enrique Palacio, en su libro Los Recursos en el Proceso Penal¹³, manifiesta que: “...cabe definir a la casación como el recurso encaminado a enmendar las deficiencias que afectan al juicio de derecho contenido en la sentencia o resolución legalmente equiparable a ella, o a específicos requisitos procesales que condicionan la validez de esos actos decisorios”.

¹¹ Ortúzar Latapiat Waldo. *LAS CAUSALES DEL RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO EN MATERIA PENAL*. Pág. 7

¹² Escriche, Joaquín. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. Tomo II. Editorial Fondo de Cultura Ecuatoriana. Ecuador 1987 pp. 227

¹³ Palacio, Lino Enrique. *Los Recursos en el Proceso Penal*. Segunda Edición Actualizada. Editorial Abeledo – Perrot. Buenos Aires – Argentina. 2001, pág. 81.

Otros tratadistas, como Fernando de la Rúa, dicen que sirve además, para asegurar la legalidad formal del juicio previo exigido en la Constitución, el respeto de los derechos individuales y la inviolabilidad de la defensa, definiendo a la casación como un *“.....medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos por la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia, y una nueva decisión, con o sin reenvío a nuevo juicio”*¹⁴.

Oscar R. Pandoli¹⁵, coincide con Lino Palacio y Fernando de la Rúa, cuando define al recurso de casación como: *“.....el encaminado a enmendar las deficiencias que afectan al juicio de derecho contenido en la sentencia (o resolución legalmente equiparable a ella) mediante el control de su legalidad, o a verificar el cumplimiento de específicos requisitos procesales, exigidos bajo pena de nulidad, inadmisibilidad o caducidad, que condicionan la validez de esos actos decisorios, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva o bien la anulación de la sentencia y una nueva decisión”*.

Bertolino¹⁶ la conceptúa como aquella *“función jurisdiccional confiada al más alto tribunal judicial, para anular, o anular y revisar, mediante el recurso, las sentencias definitivas de los tribunales de mérito que contengan una errónea interpretación de la ley”*.

¹⁴ De la Rúa, Fernando. *TEORIA GENERAL DEL PROCESO*. Ediciones de Palma. Bs. – Argentina 1991. págs. 186 - 187

¹⁵ Pandolfi, Oscar. *Recurso de Casación Penal*. Ediciones La Rocca. Buenos Aires – Argentina 2001. Pág.43.

¹⁶ Bertolino. *COMPENDIO DE LA CASACIÓN PENAL NACIONAL*. Editorial Desalma. Bs. – Argentina 1995. pág. 4

Del texto del artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, se colige que la casación no es sino la “violación de la ley en la sentencia”, bajo ciertas circunstancias que permiten su calificación.

Personalmente y luego de analizar los conceptos vertidos y transcritos considero que la casación es un recurso de carácter extraordinario y limitado, que garantiza el efectivo ejercicio de los principios y garantías constitucionales, cuyo objetivo se orienta al control jurisdiccional de las actuaciones de los jueces y tribunales aquo, a fin de asegurar el reconocimiento pleno de los derechos del debido proceso y más garantías previstas en la Constitución de la República, así como garantizar la aplicación adecuada de las normas legales sustantivas en la sentencia que tenga errores de derecho.

I.3. Características

I.3.1. Recurso Extraordinario

Las normas de derecho se clasifican en públicas y privadas y el recurso de casación se encuadra en las normas de derecho público. Recordemos que las disposiciones sustantivas son las que regulan la actividad pública y permiten el ejercicio estatal de administrar justicia; mientras que las normas procesales que también son públicas, están destinadas a regular el desarrollo del proceso, cuyo ejercicio tratándose de delitos de ejercicio público de la acción, corresponde a la Fiscalía General del Estado, mientras que la administración de justicia es ejercida por el Estado a través de los jueces.

¿Queda claro que el recurso de casación en materia penal, pertenece al derecho público y se encuadra en el ámbito procesal; y, es un recurso extraordinario, pero qué es un recurso?

Nuestra legislación procesal civil o penal no definen lo que es un recurso, por lo que para contestar la pregunta formulada me sustentó en la conceptualización que consigna el Dr. Juan Larrea Holguín¹⁷ quien señala que recurso es “.....recurrir. Procedimiento judicial para exigir un derecho. Apelación a una instancia judicial superior. Petición, demanda, exigencia para que alguien cumpla su deber.....”

Por su parte, Guillermo Cabanellas de Torres¹⁸ lo define como un “Medio, procedimiento extraordinario. Acudimiento a personas o cosas para resolución de un caso difícil..... Por antonomasia, en lo procesal, la reclamación que, concedida por ley o reglamento, formula quien se cree perjudicado o agraviado por la providencia de un juez o tribunal, para ante el mismo o el superior inmediato, con el fin de que la reforme o revoque.”

María Cristina Barberá de Riso¹⁹ dice que los recursos “son remedios procesales establecidos para destruir los efectos perjudiciales de una resolución” (tomado de Ayán Manuel. *Actividad impugnativa en el proceso penal*. 1999), señala que “.....este autor destaca que el recurso es un poder y por ello lo trata como la “posibilidad o atribución acordada por la ley procesal al Ministerio Fiscal y a las partes para atacar una resolución

¹⁷ Larrea Holguín, Juan Dr. *Diccionario del Derecho Civil. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito- Ecuador. 2006. pp402-403*

¹⁸ Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta. Buenos Aires – Argentina. 1997.

¹⁹ Barberá de Riso, María Cristina, *Los recursos penales*. Editorial Mediterránea. Bs. Argentina. 2001. p.17

judicial declarada impugnada, cuando se la considere ilegal y agravante, a fin de provocar un nuevo examen de ella, por parte del mismo juez que la dictó o de otro de grado superior y obtener su revocación o modificación”, criterio compartido por Lino Enrique Palacio²⁰, quien califica a los recursos como “actos procesales en cuya virtud la parte que se considera agraviada por una resolución judicial solicita, en el mismo proceso y dentro de determinados plazos computados a partir de la notificación de aquella, que el mismo órgano que la dictó, u otro superior en grado, la reforme, modifique, amplíe o anule”.

Aclarado el concepto de recurso, me remito a nuestra legislación que en el artículo 589 del Código Orgánico Integral Penal²¹, determina cuales son las etapas procesales, y manifiesta que:

“El procedimiento ordinario se desarrolla en las siguientes etapas:

- 1. Instrucción*
- 2. Evaluación y preparatoria de juicio*
- 3. Juicio”*

Actualmente la impugnación no es una etapa procesal, pero está prevista en el Código Orgánico Integral Penal - COIP, como una fase impugnatoria en la que se desarrollan los recursos entre ellos el de casación, cuyas reglas de trámite constan en la norma integral penal.

²⁰ Palacio, Lino Enrique. *Los recursos en el Proceso Penal*. Editorial Abeledo – Perrot. Segunda Edición Actualizada. Bs. Argentina. P. 13

²¹ Código Orgánico Integral Penal. Suplemento del Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero del 2014

Es preciso reconocer que nuestro ordenamiento jurídico penal, no diferencia cuales son los recursos ordinarios y cuales los extraordinarios, ni señala sus características y diferencias, pero del análisis doctrinario y jurisprudencial, se colige que el Recurso de Casación, tiene como característica principal el ser extraordinario, pues a diferencia de otros, procede exclusivamente contra una sentencia, pero no versa sobre el contenido fáctico de la misma, sino únicamente sobre la legalidad de la aplicación de la ley; y por otra parte está sujeto a la presunción del agravio, que permite que sea interpuesto por los sujetos procesales.

Lino Enrique Palacio²² al referirse a la clasificación de los recursos, sostiene que son “recursos extraordinarios aquellos cuya admisibilidad se halla supeditada a la concurrencia de motivos o causales taxativamente establecidas por la ley, y en los cuales, consecuentemente, las facultades del órgano competente para decidirlos está limitada al conocimiento de determinados aspectos o puntos de la resolución impugnada”; y agrega que por regla general tienen carácter suspensivo, esto implica que tratándose de una sentencia condenatoria, ésta no puede hacerse efectiva durante el plazo para recurrir hasta que se resuelva el recurso, mientras tanto el condenado debe continuar en la misma situación jurídica. Diferente situación se presenta cuando se dicta sentencia ratificatoria de inocencia, en la que en el caso de nuestra legislación, en el Art. 619.5 del Código Orgánico Integral Penal²³, se dispone que el Tribunal de Garantías Penales, dispondrá su inmediata libertad, sin perjuicio de que haya interpuesto recurso y aún cuando esta absolución fuere revocada.

²² Palacio, Lino Enrique. *Los Recursos en el Proceso Penal*. Editorial Abeledo – Perrot. Segunda Edición actualizada. Bs. –Argentina. 2001

²³ Código Orgánico Integral Penal. R. Of. 180. 10 de febrero del 2014

Añade este autor que es un recurso extraordinario porque: “se apoya fundamentalmente en la circunstancia de hallarse vedada al tribunal de casación, como regla, la revisión de las conclusiones de hecho y prueba contenidas en la resolución impugnada, de manera que la función de aquel se circunscribe al *controlador jurídico del fallo*. En otras palabras, no se trata de un remedio procesal tendiente a corregir cualquier injusticia o defecto procesal, sino a verificar la legalidad de la sentencia o resolución impugnada dentro de los límites derivados de los motivos taxativamente previstos en la ley e invocados, naturalmente por quien lo deduce,...”

Otro de los fundamentos que sostienen la calificación de recurso extraordinario, proviene del hecho de que solo puede ser conocido y resuelto por el más alto tribunal de justicia, el Tribunal de Casación; y porque la impugnación de las sentencias judiciales de último grado, sólo pueden fundamentarse en las causas establecidas expresamente en la norma procesal, por lo cual este recurso está limitado a los errores de derecho, esto es la interpretación y la aplicación de la ley

Señala la doctrina que el carácter de extraordinario proviene de que carece de efecto devolutivo en cuanto tiene que ver con los hechos, porque le está vedado al Tribunal de Casación reexaminar la prueba que ya fue analizada y valorada por el tribunal juzgador, centrándose al examen de la sentencia desde un punto de vista estrictamente jurídico.

Otra de las prohibiciones que nacen del medio impugnatorio, se relaciona con la **imposibilidad de rectificar las omisiones o equívocos** en que incurra el casacionista al momento de fundamentar el recurso, aunque la parte final del Art. 657.6 del Código

Orgánico Integral Penal²⁴, nos demuestra que cuando “6. Si se observa que la sentencia ha violado la ley, aunque la fundamentación del recurrente sea equivocada, de oficio se la admitirá.”, lo que evidencia que se cumple el axioma constitucional de que no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

Siguiendo el análisis doctrinario se determina que la casación es un **recurso formalista**, en la que se discute en pleno rigor jurídico la legalidad de la sentencia impugnada, lo que permite contrastar la decisión del órgano de jurisdicción penal con la ley y la Constitución a fin de establecer su compatibilidad, que parte de la aplicación de las normas constitucionales como de la correcta aplicación de la ley. Vale aclarar que la Corte Nacional en varios casos se ha pronunciado porque el recurso de casación siempre tratará de la violación de la ley y no de normas reglamentarias.

La fundamentación del recurso no consiste en una alegación de instancia, debería ser una exposición que demuestre jurídicamente los errores de derecho cometidos en la sentencia por el tribunal juzgador; determinando claramente las normas constitucionales, sustantivas o procesales, que constituyen desde su perspectiva la violación de la ley.

Se sostiene también que es un **recurso dispositivo**, porque puede ser interpuesto por la parte que ha sido vencida en el juicio como lo señalan varios autores; en nuestra legislación, se mantiene que los titulares del recurso son el fiscal, el acusado o el acusador particular, asegurando que cualesquiera de estos sujetos procesales tengan el derecho y la facultad de recurrir un fallo que le ha sido lesivo, pues está claro que la

²⁴ Código Orgánico Integral Penal. Suplemento R. Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014.

parte que se sienta afectada por la sentencia es la que la impugna, tanto más que el agravio se origina en el perjuicio que la parte recurrente alega haber sufrido con la resolución.

Finalmente se manifiesta que es un **recurso autónomo** porque no puede ser interpuesto subsidiariamente con otro; y al momento de fundamentarlo deberá exponerse con claridad las normas que se dicen han sido inobservadas, encasillándolas en las causales determinadas en el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal²⁵.

Es importante dejar en claro que el recurso de casación no es una tercera instancia, sin embargo debo reconocer que la gran mayoría de fundamentaciones, se contraen a requerir de la Sala de Casación la revisión no sólo de la prueba, sino de todo el trámite procesal, pretendiendo tornarlo en un recurso de instancia, lo que evidentemente rompe la esencia de legalidad específica que caracteriza al medio de impugnación.

I.3.2. Fines

Pandolfi²⁶, muy acertadamente recoge el criterio vertido por Ricardo Levene, quien manifiesta que “...la casación no es una tercera instancia, pues su finalidad es superar errores de derecho de los tribunales de juicio, y que ha sido incorporada en los códigos procesales modernos como consecuencia del juicio oral, única instancia para las cuestiones de hecho”, pero se pregunta, cómo un tribunal que no asistió al debate oral, puede revisar y corregir las sentencias de sus inferiores que mediante el principio de inmediación conoció el juicio?, respondiendo que la situación del Tribunal de casación es distinta, porque a su conocimiento sólo llegan las referencias que sobre la prueba ha

²⁵ Código Orgánico Integral Penal. Suplemento Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014.

²⁶ Pandolfi, Oscar. *Recurso de Casación Penal*. Ediciones La Rocca. Bs- Argentina. 2001 pp. 44

consignado el juzgador una vez que en ejercicio del principio de oralidad, pudo conocerlas en la audiencia de juicio; por tanto todo el acervo probatorio sirvió para que el tribunal inferior llegue a la convicción de que se ha demostrado tanto la existencia de la infracción cuanto la culpabilidad del acusado, convicción a la que permanece ajeno el tribunal de casación, por lo que su finalidad radica en que lo que se puede y debe analizar es la forma en la que el juzgador aplicó las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba y su ejercicio intelectual de aplicación de la ley.

Tradicionalmente como pudimos observar en el corto recorrido histórico, la casación tuvo una finalidad eminentemente política, cuyos objetivos primordiales fueron velar por la correcta aplicación de la ley y la unificación de la jurisprudencia, aspectos que datan de la institucionalidad que la casación desarrolló en el derecho francés cuyo fin era preservar la autoridad legislativa y la jerarquía del rey, de manera tal que entre ambas instituciones limitaban las funciones judiciales e impedían que el juez al interpretar la ley, invada la esfera del legislador. Esta concepción aún es defendida por FENECH²⁷, quien considera que: "a diferencia de los tribunales de tercera instancia, el de Casación tiene una finalidad; al menos en su original aspecto histórico; metaprocesal, a saber la defensa de la ley ;y con ella la del Poder Legislativo; frente a los Tribunales de Justicia como representantes del Poder Judicial, siendo su misión esencial y primordial garantizar la separación del Poder Legislativo y del Poder Judicial, controlar éste y mantener la unidad de la jurisprudencia, misión ésta que ha sido a través de su historia adaptada a las necesidades de cada momento histórico hasta llegar a la concepción actual cuya finalidad está integrada por el control meramente jurídico del procedimiento y de la decisión de un Tribunal Penal para establecer si la aplicación de

²⁷ Fenech, Miguel. DERECHO PROCESAL PENAL. Editorial Labor S.A. Madrid – España. 1952. Pág. 465

la ley al hecho normalmente inatacable declarado probado se ha efectuado de un modo jurídicamente correcto tanto desde el punto de vista del Derecho Material como desde el Derecho Procesal Penal "

Otros autores tales como Alcalá Zamora y Castillo, sostienen que el recurso de casación cumple una doble finalidad: tutelar el interés público y a su vez tutelar el interés privado. La primera finalidad la realiza al tratar de mantener la exacta observancia de la ley que presumiblemente se quebranta en el fallo que se recurre, procurando que uno de los Poderes del Estado, como es el Poder Judicial, juzgue rectamente los casos que se le presentan y no mal interprete la norma jurídica, así como que se respeten las disposiciones procesales, que las leyes se apliquen uniformemente, no se desnaturalice su espíritu por erradas interpretaciones, es decir, "...La casación responde esencialmente a una consideración de Derecho Público: satisfacer el interés del Estado en asegurar la exacta observancia de la ley en la administración de justicia. Pero a su vez, y tal vez colocado en un plano de igual importancia, la Casación trata de proteger los derechos y garantías de las partes, de dar a las partes la posibilidad de impugnar ante el Tribunal Superior, el fallo que ellas consideran les causa perjuicio, buscan que se les reparen casualmente esos perjuicios sufridos... "

Comparte este criterio Clariá Olmedo²⁸, quien sostiene que los fines son: a) Mantenimiento del orden jurídico penal por el tribunal único que en definitiva aplicará el derecho. b) Defensa de los derechos individuales y afianzamiento de las garantías de libertad e igualdad. Reconoce que en la primera finalidad está inmersa la correcta aplicación de la ley en los fallos judiciales; con ello se busca el imperio de la seguridad

²⁸ Clariá Olmedo, Jorge. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Editores Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires - Argentina

jurídica y la igualdad de los ciudadanos ante la ley y la defensa de la supremacía del órgano legislativo, con lo que se sustenta el carácter político del recurso y su naturaleza constitucional; y, que la unificación jurisprudencial es posterior, pero no por ello menos importante, todo lo contrario, dice que ha servido para conformar la unidad jurídica en varios países.

El tratadista argentino Fernando de la Rúa²⁹, comparte la opinión de que el recurso tiene la función política de uniformar la jurisprudencia, lo que constituye la parte primordial del recurso de casación; no obstante afirma que esta es una función extraprocesal, que se encuentra fuera del recurso mismo, como un fin inmediato que se encuentra implícito dentro del instituto jurídico, pero, también sostiene pese a que esta uniformidad jurisprudencial es de alto interés público, “...ella no encuentra en las normas que la disciplinan una verdadera correspondencia con ese objetivo. Precisamente porque esas normas han sido dictadas en función del recurso judicial que se ha querido instituir.”, lo que nos lleva hacia la visión política como fondo del recurso de casación.

Los tratadistas modernos (retomo a Pandolfi, en la obra precitada), coinciden por su parte en que la casación “ya no es más un sistema legal, una herramienta del Estado, destinada a la unificación de la jurisprudencia, sino que es vista concretamente, como un derecho subjetivo, una garantía inalienable de las partes para la revisión de la legalidad y logicidad de las decisiones. Para evitar las arbitrariedades y, en suma, para afianzar la justicia...” , criterio que implica una visión más amplia de la institución, que escapa del ámbito político y nos obliga a enfrentar las garantías constitucionales como rectoras de todo procedimiento, destacando que lo sustancial ya no estriba sólo en

²⁹ De la Rúa, Fernando. Teoría General del Proceso. Ediciones Depalma. Buenos Aires – Argentina. 1991. Págs. 20-25

unificar la jurisprudencia, sino que ésta debe responder al más alto sentido garantista, que busca la correcta aplicación de la ley, que es la finalidad del derecho sustantivo penal y de todo proceso en el que no se pueden soslayar los derechos de los sujetos procesales, a cuya observancia están obligados los operadores de justicia.

Algunos doctrinarios sostienen que si el único fin de la casación fuera unificar la jurisprudencia, entonces sería un requisito procesal la consulta obligatoria a la Corte Casacional, a fin de que revise y contraste la sentencia con la ley para declarar la inexistencia de errores de derecho en su emisión, caso contrario el órgano de jurisdicción penal estaría obligado a rectificar o subsanar los yerros que puedan invalidar la decisión judicial.

Cabe anotar que el control de la legalidad de la sentencia en la actuación judicial, no responde a los antiguos criterios que le atribuían una función netamente política que se anteponía a la interpretación de la ley, sino que tiene una visión unificadora del derecho sustantivo penal que permite establecer criterios de aplicación para lograr que sus resoluciones sean justas y respondan a un proceso en que se ha respetado y permitido el ejercicio pleno de los derechos y garantías establecidos en la Constitución de la República. Es importante señalar que la unificación jurisprudencial es una función del Tribunal hoy contemplada en el Art. 182 del Código Orgánico de la Función Judicial.

En el caso ecuatoriano, al analizar el desarrollo histórico de la casación, tenemos que reconocer que desde su inicio se orientó a la unificación de la jurisprudencia y a asegurar la correcta aplicación del derecho sustantivo, sin embargo como ya lo señalamos en líneas anteriores una vez introducido el sistema acusatorio oral que

modificó el procedimiento penal, estos criterios se han ampliado como consecuencia de la propia dinámica del proceso que desarrolla un control técnico jurídico, cuando las partes procesales en forma oral exponen sus pretensiones con observancia de los derechos y garantías, destacándose que en los fallos emitidos por las Salas de materia penal, durante estos últimos años, se evidencia que a más del control de legalidad, también han pretendido afianzar la justicia mediante el reconocimiento del principio de igualdad ante la ley, del derecho a la defensa, del reformatio in pejus, de la proporcionalidad, entre otros.

CAPITULO II

ERROR DE DERECHO

II.1. Principio Constitucional

Como hemos podido apreciar el fundamento del recurso de casación, es garantizar el principio de igualdad ante la ley que está expresado en el numeral 2 del Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador³⁰, que establece que todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ningún tipo de discriminación. El principio de igualdad es uno de los pilares fundamentales del recurso casacional, que a lo largo de su historia y evolución ha sido baluarte de las garantías y derechos fundamentales de los sujetos procesales.

Coincido con lo señalado por Fabio Calderón Botero³¹, cuando sostiene que “La diversidad de jueces y de tribunales conduce necesariamente a distintas interpretaciones, que pueden comprender una gama conceptual que oscila ente la inocuidad absoluta de la ley y su aplicación excedida. Situación de verdadera inseguridad jurídica que no permite a los asociados desarrollar con eficacia los objetivos fundamentales de la comunidad. Esa inestabilidad produce en el derecho el rompimiento del principio de igualdad frente a la ley, con grave detrimento de la convivencia social, pues conduce a que determinada norma se aplique de manera diferente, y aún diametralmente opuesta, a personas incursoas en situaciones jurídicas idénticas...”

³⁰ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008.

³¹ Calderón Botero, Fabio. Casación y Revisión en materia penal. Segunda Edición. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá – Colombia .1985. págs.20-21

El recurso de casación está ligado al principio de seguridad jurídica, contenido en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador, en el que se manifiesta que:

“Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”³²

Por lo tanto, en el momento en que los jueces cumplen con este principio es decir, cuando se aplican las normas en debida forma, la administración de justicia emite sentencias justas y equitativas, que garantizan el principio de igualdad ante la ley.

Al hablar sobre el principio de igualdad, creo necesario remitirme a lo expuesto por Jorge Nieva Fenoll³³, quien sostiene que el único fin mediato de la casación penal es la *“... preservación del principio de igualdad...”*, porque considera que *“...si existe una función protectora de la norma que trata de garantizarse a través de la creación de una jurisprudencia uniforme, el principio de igualdad saldrá indudablemente beneficiado, ya que si la interpretación de la norma es única, es porque no se hacen distinguos entre los diferentes recurrentes”*, aclarando en líneas posteriores que *“No es que el recurso de casación exista para garantizar el principio de igualdad, sino que la protección de la norma a cargo de un único órgano jurisdiccional conlleva que ésta sea interpretada de modo igualitario, pues de lo contrario, no se estaría protegiendo a la norma. No puede protegerse a la norma si esta tiene mil significados diferentes. Se trata de una cuestión de seguridad jurídica, puesto que la discordancia en la interpretación*

³² Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008.

³³ Nieva Fenoll, Jorge. *El hecho y el derecho en la casación penal*. J.M. Bosch Editor. Barcelona – España. 2000. Pp. 84

acabaría eliminando a la norma jurídica, deviniendo en inservible tanto la norma como el recurso de casación penal”

Además el principio de igualdad, nos permite ejercer la garantía constitucional contenida en el Art. 75 de la Constitución³⁴, que entrega a los y las ciudadanas, la libertad de acceso “... *gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.*”

De estos derechos de protección y garantías del debido proceso, nacen los principios constitucionales en que se sustenta el proceso penal en general y por ende este recurso, de entre los cuales destaco:

El **PRINCIPIO DE LEGALIDAD**, que es básico en el sistema penal porque garantiza en primer lugar la seguridad jurídica ya que en él va inmerso el derecho a la libertad individual, toda vez que nadie puede ser juzgado por un acto que no conste tipificado como infracción penal, ni puede ser sancionado con una pena que no esté previamente establecida; caso contrario y si un hecho no está descrito como acto típico, antijurídico y culpable, no puede concretarse la actividad procesal; y, si ésta se ha iniciado indebidamente, debe cesar en forma inmediata.

Por otra parte es necesario tener presente que este principio es una garantía de libertad y seguridad para el ciudadano, y por otra es una “autolimitación del poder punitivo que el

³⁴ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008.

Estado ejerce por medio de sus legisladores y jueces.”, limitación que se efectúa a través de los controles que solo pueden ejercerse mediante la aplicación del principio de legalidad que determina los límites del poder estatal, tanto al momento de investigar los hechos punibles como al de determinar las consecuencias jurídicas provenientes de éstos, lo que implica que se extiende tanto al órgano oficial de investigación cuanto al jurisdiccional.

Al respecto Clariá Olmedo³⁵, al referirse al principio de legalidad, sostiene que: “...*el principio nullun crimen, nulla poena sine lege previa, determina en primer lugar la esfera de la licitud penal con incidencia directa en la prohibición de la aplicación analógica de la ley y la eficacia retroactiva de la ley penal que no sea más benigna...*”, siguiendo con el análisis añade que: “...*el principio de legalidad, es uno de los elementos fundamentales de la seguridad jurídica. Conforme a él, puede señalarse que dentro del orden jurídico del Estado de Derecho la regla es la juridicidad y la excepción la antijuricidad,...*”

Como consecuencia de la legalidad aparece el **JUICIO PREVIO** que implica que la sentencia sólo puede ejecutarse cuando es el resultado de un juicio en el que se ha probado tanto la existencia de la infracción, cuanto la responsabilidad del imputado, es decir que no sólo es necesario que exista un juicio, sino que se hace imprescindible que éste se revista de legalidad y juridicidad.

El principio de legalidad se fundamenta en el sometimiento al imperio de la ley y en materia penal se puede resumir en el axioma del “nullo crimen, nulla poena sine lege”

³⁵ Clariá Olmedo, Jorge. *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Editores Rubinzal – Culzoni. Bs .Aires. Argentina. P 61- 63*

es decir que no se puede sancionar a una persona sin no existe una norma previa que tipifique la conducta y la pena que debe aplicarse.

El principio de juridicidad no está sometido a la ley en sí misma, sino que se extiende hacia los principios, normas, doctrina y jurisprudencia, es decir a todo lo que engloba el derecho.

El juicio previo entonces, debe estar rodeado de las garantías constitucionales que se reflejan tanto en la hipótesis de acusación cuanto en la defensa, en la incorporación de la prueba y en la sentencia.

Clariá Olmedo³⁶, autor referido en líneas anteriores, en la obra ya citada, sostiene que el juicio previo, es en realidad “...una prohibición de punir si antes no se ha formulado un juicio fundado en una ley ya vigente al producirse el hecho que se juzga y contenido ese juicio en un proceso regular y legal. Debe tratarse de un juicio realizado con la garantía judicial y por el órgano jurisdiccional, mostrando en definitiva en una sentencia que, con imposición de pena, concluya un procedimiento cuyo objeto haya sido el hecho enjuiciado. Además esa pena impuesta debe estar prevista en una ley anterior a ese hecho, vale decir que éste debe estar punido legalmente cuando se comete.”

De lo analizado en líneas anteriores se advierte que los principios de legalidad y juicio previo tienen como línea fundamental el respeto a la garantía de la **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**, que impide se tache de culpable a la persona contra quien se ha iniciado

³⁶ Clariá Olmedo, Jorge. Ob.Cit. págs. 61-63

una instrucción fiscal, vale decir contra quien se ha formalizado una investigación, en la que se le atribuye el cometimiento de un hecho punible, manteniéndose esta presunción hasta el momento mismo en que el órgano de jurisdicción penal, declare mediante sentencia ejecutoriada la responsabilidad y culpabilidad del procesado, a quien se le impone una condena.

Algunos autores señalan con razón que la inocencia no debería tener el grado de presunción sino que de hecho es un estado propio de cada individuo, que alcanza su mayor proyección dentro del proceso penal en el que debe ser considerado y tratado como inocente, estado que en estricto rigor no necesita ser demostrado, tanto más que la carga de la prueba - *onus probandi* - corresponde a quien efectúa el ejercicio de la acción penal pública, es decir el Fiscal que deberá sustentar la acusación y romper este estado a fin de obtener la declaratoria de culpabilidad, sin perjuicio de que en la dinámica procesal, cada parte ejerza su iniciativa probatoria para buscar aclarar los hechos.

Otros autores destacan que este principio no afirma que “el imputado sea, en verdad inocente, sino antes bien, que no puede ser considerado culpable hasta la decisión que pone fin al procedimiento condenándolo”.

El principio de inocencia ha sido reconocido y consta en los más importantes instrumentos internacionales que contienen declaraciones relativas a los derechos humanos, relevando entre éstos a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamada en Francia que manifestaba, *que debe presumirse inocente a todo hombre hasta que haya sido declarado culpable* (art. 9°).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos³⁷ expresa: *"toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y al juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa"*.

Finalmente el Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana sobre los Derechos Humanos) expresa: *"toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad (art. 8°)*.

Bajo estos condicionamientos, es lógico suponer que para que operen efectivamente los principios referidos en líneas anteriores, es necesario que el Estado garantice y asegure al procesado bajo estado de inocencia, su defensa integral a fin de permitir la realización del proceso penal bajo parámetros de igualdad entre los sujetos procesales, teniendo presente que no puede existir un ejercicio equitativo si no se permite desarrollar el **DERECHO A LA DEFENSA**, que es otro de los puntales imprescindibles para garantizar la validez jurídica del sistema procesal penal de un Estado, tanto más como el nuestro que es constitucional de derechos y justicia.

Sobre este tema, es preciso remitirnos a lo determinado en el Art. 8.1 de la Convención Americana de Derecho Humanos – Pacto de San José, que textualmente dice:

"1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación

³⁷ Declaración Derechos Humanos. Artículo 11.1 dice: "1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

Entonces, queda claro que la validez jurídica está directamente relacionada con las garantías del debido proceso, que están contenidas en los Derechos de Protección (Arts. 76 y 77 de la Constitución de la República del Ecuador³⁸), que no son sino el conjunto de principios que garantizan la seguridad jurídica y, evitan la arbitrariedad de los operadores de justicia, quienes están obligados a emitir resoluciones debidamente motivadas, vale decir, fundamentadas en forma razonada y legal; motivación que se extiende a los fallos que en virtud del recurso de casación son emitidos por la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, así como la Sala de Adolescentes Infractores, ambas de la Corte Nacional de Justicia.

La **MOTIVACIÓN** es otro de los elementos constitucionales en que se sustenta la validez jurídica de la sentencia penal. Hay que recordar que en materia casacional, la valoración probatoria y las conclusiones fácticas de la sentencia son inatacables; sin embargo hay que dejar en claro que la motivación está sujeta al “control del proceso lógico seguido por el juez en su razonamiento”, lo que implica que el tribunal ad quem, si está facultado para examinar si el juzgador aplicó las reglas de la sana crítica al momento de valorar el acerbo probatorio y si éste está reflejado en la motivación de la sentencia.

La motivación es una operación lógica e intelectual que desarrolla el juez bajo parámetros objetivos y subjetivos en los cuales incorpora estas reglas que no son sino

³⁸ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Suplemento No. 449 de 20 de octubre del 2008.

los principios de la experiencia que le permiten valorar cada prueba que es incorporada en la audiencia de juicio, bajo los principios de inmediación, concentración y contradicción; si éstas fueren inobservadas entonces podríamos concluir que no se produjo el análisis respectivo y por tanto la sentencia no reflejaría la verdad procesal necesaria para emitir sentencia de condena, lo que provoca falta de motivación, cuya consecuencia es la nulidad constitucional.

La doctrina es coincidente en afirmar que “La motivación debe ser lógica, respondiendo a las leyes que presiden el entendimiento; coherente, constituida por un conjunto de razonamientos armónicos entre sí y congruente, deben guardar adecuada correlación y concordancia entre ellas las afirmaciones, las deducciones y las conclusiones...”

Sobre este tema, creo necesario remitirnos a los aportes contenidos en las Reglas Mínimas del Proceso Penal, más conocidas como – REGLAS DE MALLORCA, que dicen:

“34.- La sentencia penal deberá ser motivada, con indicación expresa de las pruebas que la fundamentan y de las normas jurídicas aplicadas. Así mismo, la sentencia será redactada de manera comprensible para los que intervienen en el proceso”.

Por su parte en el Art. 76, número 7, letra l) de la Constitución de la República del Ecuador³⁹, se manifiesta que:

³⁹ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008.

“... l) 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”, norma también contenida en el número 4 del Art. 130 del Código Orgánico de la Función Judicial⁴⁰ que trata sobre las facultades jurisdiccionales de las juezas y jueces, y dice que: “Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben: ... 4. Motivar debidamente sus resoluciones. 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. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos;” ratificando la necesidad constitucional de motivar la sentencia para generar validez jurídica y por tanto permitir el ejercicio del derecho a recurrir del fallo, que comparte el rango constitucional de la motivación, y que está contenido en la letra m) de la norma constitucional citada ut supra, que dice:

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

Ahora bien, el derecho a recurrir que es propio de las partes procesales, genera otra particularidad al establecer una limitación direccionada al órgano de jurisdicción penal,

⁴⁰ Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento No. 544 de 9 de marzo del 2009

cuando reconoce rango constitucional al **PRINCIPIO DEL NON REFORMATIO IN PEJUS**, contenido en el Art. 77, número 14 de la Constitución⁴¹ que dice:

“... 14. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre”.

Esta norma constitucional, está contenida y replicada en el Art. 5 del Código Orgánico Integral Penal⁴², que dice:

“Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

...7. Prohibición de empeorar la situación del procesado: al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona procesada cuando esta es la única recurrente...”

Sobre este punto es muy interesante conocer el criterio sostenido por la Corte Constitucional en la sentencia **No. 010-09-SEP-CC**, que acumuló los CASOS: 0125-09-EP Y 0171-09-EP, en la que al analizar la alegación del NON REFORMATIO IN PEJUS, el Pleno de la Corte Constitucional, manifiesta que: *“Este derecho constitucional*

⁴¹ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁴² Código Orgánico Integral Penal. Suplemento Registro Oficial No. 180. 10 de febrero del 2014

que se conoce como el principio non reformatio in peius ha sido invocado por los accionantes respecto del auto que resuelve la apelación que plantearon contra el llamamiento a juicio. En dicho auto del 21 de julio del 2008, la Primera Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, llama a juicio a los accionantes, ya no en calidad de encubridores, como lo hiciera el entonces Presidente de la Corte Suprema de Justicia, sino como cómplices del delito, agravando, de esta manera, su situación, por lo que los accionantes consideran violentado el principio de non reformatio in peius.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta que la formulación de este derecho constitucional se refiere a no empeorar “la situación de la persona que recurre”. En el caso sub iudice, el auto de llamamiento a juicio no fue apelado solamente por los accionantes, sino, entre otros, también fue recurrido por el Ministro Fiscal General.

La norma constitucional no es clara en determinar si la figura de non reformatio in peius puede ser invocada cuando el perjudicado recurre una decisión judicial junto al fiscal o acusador. Por esta razón, es necesario referirnos a la aplicación de este principio en el derecho comparado.

Al respecto, la doctrina regional, en materia de derechos humanos, se inclina por la imposibilidad de empeorar la situación del sancionado cuando es el único que ha presentado el recurso, dejando de manera implícita, pero clara, la posibilidad abierta de empeorar la situación del imputado cuando no es el único en recurrir la decisión judicial:

¹⁰ Carlos Fontán Balestra, *Tratado de Derecho Penal*, tomo III, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 456

“La interdicción de la reforma en perjuicio del condenado constituye, igualmente, una garantía procesal fundamental del régimen de los recursos, a su vez contenido en el derecho de defensa y en el núcleo esencial del derecho al debido proceso. Al superior no le es dable por expresa prohibición constitucional empeorar la pena impuesta al apelante único porque el fallar ex-officio sorprende al recurrente, quien formalmente por lo menos no ha tenido la posibilidad de

conocer y controvertir los motivos de la sanción a él impuesta, operándose por esta vía una situación de indefensión.”¹¹

¹¹ Arturo Hoyos, *El Debido Proceso en la Sociedad Contemporánea*, en Héctor Fix-Zamudio, *Liber amicorum*, VOLUMEN II, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos - Unión Europea, 1998. pp. 917-918

El principio en cuestión ha sido valorado de la misma manera por la jurisprudencia penal internacional. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en la sentencia número ICTR-00-55AA del 29 de agosto del 2008, dictada en el caso del Fiscal contra Tharcisse Muvunyi, la Corte citó expresamente la prohibición de reformatio in peius, reconociendo que era aplicable cuando la apelación era interpuesta únicamente por el condenado. Y a nivel de reglas de derecho penal internacional, el principio también ha quedado plasmado de esta manera en el artículo 83 del Estatuto de la Corte Penal Internacional: “El fallo o la pena apelados únicamente por el condenado, o por el Fiscal en nombre de éste, no podrán ser modificados en perjuicio suyo.”

Otros instrumentos internacionales de derechos humanos formulan esta regla del debido proceso de manera consonante, por ejemplo, el principio trigésimo sexto del Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia Penal (Reglas de Mallorca): “El ejercicio del derecho a recurrir ante un Tribunal superior debe excluir la posibilidad de que el recurrente sufra, como consecuencia del mismo, un perjuicio en su situación.”

Queda claro para esta Corte, que la prohibición de reformar la decisión judicial en perjuicio de los accionantes, solamente hubiera sido aplicable si ellos hubieran sido los únicos recurrentes; sin embargo, el deber general de sancionar los delitos para combatir la impunidad y, de esta manera, evitar que se repitan, también es una necesidad para que el aparato estatal pueda prevenir que se comenten violaciones a los derechos humanos; y, aunque este no es el caso en el juicio penal que se lleva en contra de los accionantes, interpretar la non reformatio in peius como una imposibilidad absoluta de empeorar la situación de los imputados, incluso cuando no son los únicos recurrentes, sería privar al Estado de la capacidad de impugnar

sentencias absolutorias irregulares que obstaculizan los fines de la justicia de interés común y así se dejaría una puerta abierta a la impunidad que tanto repudia a los derechos constitucionales, razón por la que se desecha la alegación de esta violación constitucional.”⁴³

Como se puede apreciar efectivamente la norma constitucional es prevalente sobre la procesal y por tanto sería obvio pensar que en ningún caso se podría empeorar la situación del recurrente, sin embargo debemos considerar la afirmación contenida en la líneas finales del criterio incorporado: debe dejarse en la impunidad actos criminales que no han obtenido una sentencia justa y equitativa cuando ésta proviene de una ratificación de inocencia irregular? Este criterio ha sido aplicado en varias ocasiones por la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia.

La aplicación de los principios constitucionales revisten singular importancia, pues su inobservancia impide el avance del proceso penal de forma legal, siendo imprescindible que los operadores de justicia aseguren la validez jurídica de sus actuaciones y decisiones, a fin de permitir que las partes procesales puedan ejercer todos los derechos propios a su tarea procesal.

II.2. Código Orgánico Integral Penal: Violación de la Ley en la sentencia

Bajo el amparo de los principios constitucionales y en general del bloque de constitucionalidad, que comprende documentos internacionales y sentencias de Cortes Internacionales, se desarrolla el recurso extraordinario de casación, que tiene un

⁴³ Pleno de la Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia No. 010-09-SEP-CC, que acumuló los CASOS: 0125-09-EP y 0171-09-EP. Año 2009.

carácter formal que lo limita y sujeta a los requisitos y presupuestos establecidos en el Código Orgánico Integral Penal, en el que se enumeran las causales que permiten su ejercicio.

Nuestro sistema casacional es abierto y absoluto:

ABIERTO porque se sustrae a la violación de la ley en la sentencia, sin limitarla, pues permite “...fundar el recurso en cualquier forma que hubiere ocurrido y de la naturaleza que fuere la disposición violada” como lo consigna el doctor Luis Cueva Carrión. Dice este autor que se denomina modelo abierto porque se “... basa únicamente en la violación de la ley en la sentencia. De tal manera que para este modelo, constituye motivo o causal de casación toda violación a la ley, en forma ilimitada. Aquí no se distingue entre violación a la ley adjetiva o a la ley sustantiva.”⁴⁴ Recordemos que la violación a la ley puede ser directa o indirecta, siendo esta última la única excepción en relación a la inobservancia de una norma procesal.

ABSOLUTO porque en el sistema absoluto la admisión del recurso tiene como centro el “imperio del Derecho” lo que significa que el Tribunal de Casación, “debe rectificar el error de derecho que vicia una sentencia dictada por el Tribunal Penal o cualquier otro titular del órgano jurisdiccional penal. Esta es la regla general, nos transmite la idea de que toda disposición legal sea violada en la sentencia debe ser rectificadas en vía de casación.”, criterio sostenido por el doctor Jorge Zavala Baquerizo⁴⁵.

⁴⁴ Cueva Carrión, Luis. La Casación en materia Penal. Segunda Edición ampliada y actualizada. Ediciones Cueva Carrión. Quito – Ecuador. 2007. pp. 127

⁴⁵ Zavala Baquerizo, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo X. Editorial EDINO. Guayaquil – Ecuador. 2007. pp. 115.

Por otra parte hay que dejar claro que siendo un recurso extraordinario no cabe una interposición “ad eventum”, pues el recurso de casación es autónomo, no es subsidiario de ningún otro medio impugnatorio.

El autor Piero Calamandrei⁴⁶, sostiene que la “*Casación es y debe ser, un órgano judicial Supremo con una finalidad diversa de la jurisdiccional, esto es, controlar que los jueces no se aparten de la ley, y que se mantenga en el Estado la uniformidad de la jurisprudencia*”.

Este criterio ha sido aceptado por la mayoría de legislaciones del mundo, entre las que nos incluimos debido a que la Constitución de la República del Ecuador⁴⁷, aprobada en el año 2008, al igual que las anteriores dispone que:

“Art. 184.- Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes:

- 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley...”*

Este imperativo constitucional tiene una doble función:

- a) Por un lado determina que será el órgano jurisdiccional de mayor nivel el que conozca del recurso de casación, con el fin de unificar la jurisprudencia y guardar armonía en la aplicación de la ley;

⁴⁶ Calamandrei, Piero. *La casación civil*. Editorial Bibliográfica, Buenos Aires – Argentina, 1945. pp. 376

⁴⁷ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008

b) Y por otro, considera a este medio de impugnación como un recurso extraordinario y formal, que funda sus decisiones en tres reglas fundamentales:

1. Taxatividad;
2. Limitación; y,
3. Prioridad

1. TAXATIVIDAD:

Según lo conceptualizado por Cabanellas, al término “Taxativo” se lo define como: “Riguroso, estricto, literal, porque limita y circunscribe a los términos y circunstancias expresamente indicados.”⁴⁸, por lo tanto la deducción lógica nos lleva a la conclusión de que este principio es propio y característico de la casación penal, toda vez que la norma procesal, consigna expresamente las formas por las cuales se puede atacar una sentencia a través de este medio impugnatorio.

No existe argumentación doctrinaria o jurisprudencia que se aparte del criterio de que la casación en materia penal, procede únicamente contra la sentencia, y no es aplicable para impugnar ningún otro auto o decisión jurisdiccional.

Bajo esta premisa me remito al contenido del Art. 656 del Código Integral Penal⁴⁹, que establece y enumera las causales por las cuales puede impugnarse una sentencia a través

⁴⁸ Cabanellas, de Torres Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta. Bs.As- Argentina. 1997

⁴⁹ Código Orgánico Integral Penal. Suplemento R. Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014.

de este recurso, señalando que la violación de la ley en la sentencia sólo puede provenir de:

- a) ya por contravención expresa de su texto,
- b) por indebida aplicación, o
- c) por errónea interpretación.

Estas causales son los únicos medios puestos a disposición del recurrente para que ubique dentro de éstos los errores de derecho que considere se han presentado en el fallo, siendo su obligación determinar en forma clara de que manera se ha configurado el error en el contenido de la sentencia, para evidenciar el yerro judicial a fin de que sea subsanado.

Es importante puntualizar que varios tribunales de la Sala Penal de la Corte Nacional, han señalado en forma reiterada que una misma norma no puede cumplir las tres condiciones de violación legal, porque cada una tiene un ámbito diferente, y resulta incoherente que un mismo artículo presente contravención del texto, aplicación indebida y errónea interpretación pues como ya lo veremos más adelante, cada uno tiene su propia particularidad.

2. LIMITACIÓN:

El autor Humberto Fernández Vega⁵⁰ al referirse al **principio de limitación**, sostiene que éste “... tiene como fundamento la propia naturaleza de la casación, que determina que se trata de recurso extraordinario y no de reclamo de plena jurisdicción, sino limitado a la amplitud de la acción del recurrente.”, y refiriéndose al criterio de la Corte

⁵⁰ Fernández Vega, Humberto. El recurso extraordinario de casación penal. Tercera edición. Editorial LEYER. Bogotá – Colombia. 2002

Suprema de Colombia, añade que este medio impugnatorio no tiene por objeto la revisión de las “cuestiones debatidas” y menos aún un nuevo análisis probatorio para “deducir su poder de convicción judicial”, tanto más que el Tribunal de Casación, no tiene como misión enmendar libremente cualquier irregularidad o ritualidad en que haya incurrido el inferior, sino como lo hemos señalado, su fin es “...examinar la sentencia recurrida y sus relaciones con la ley...”

De lo analizado, deducimos que el principio de limitación, origina una doble condición:

- a) La primera que nos remite a que el Tribunal de Casación no puede aceptar o considerar otras causales distintas a las contenidas en el Art. 656 del Código Orgánico Integral Penal⁵¹; y,
- b) Por otra parte, la Sala Penal de la Corte Nacional, tratándose de la materia casacional, “...sólo tiene habilitada su jurisdicción para subsanar vicios en la aplicación del derecho de fondo (in iudicando)...” porque es un tribunal extraordinario y no de doble instancia al que si le está permitido analizar hechos y pruebas.

Al respecto vale señalar lo que el Pleno de la Corte Constitucional para el Período de Transición sostuvo en la sentencia No. 021-12-SEP-CC, de 8 de marzo del 2012,⁵² en la que al conocer y resolver una acción extraordinaria de protección por considerar que existía vulneración de derechos y del debido

⁵¹ Código Orgánico Integral Penal. Suplemento R. Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014.

⁵² Corte Constitucional para el período de transición. Sentencia No. 021-12-SEP-CC. Caso No. 0419-11-EP. 8 de marzo del 2012

proceso, al analizar sobre la motivación de las resoluciones de los poderes públicos y en especial de la Corte Nacional, contra la que iba dirigida esta acción, al señalar que está dividida en dos partes: antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, manifestó que: "...A lo que debe adicionarse el estudio de la prueba aportada al proceso, sin adelantar valoración de la misma, sino tendiente a establecer si existe o no vulneración de debido proceso o las normas procesales aplicables al caso.", dejando claro que si bien pueden revisar los elementos probatorios, éstos no están sujetos a una nueva valoración, porque el recurso extraordinario de casación solo puede confrontar la sentencia con la Constitución y la Ley.

No pueden ser admisibles tampoco, los pedidos casacionales sobre errores de derecho en la aplicación de reglamentos u otra normativa de menor jerarquía, conforme lo establece la ley procesal penal al decir que la casación constituye la "...violación de la ley en la sentencia..."

En este punto es importante dejar claro que las violaciones son sólo de la norma constitucional y legal, no entra en el ámbito casacional las inobservancias reglamentarias, porque a través de este medio impugnatorio, "... se debate en derecho la legalidad de la sentencia"⁵³ y como bien el Dr. Zavala Baquerizo lo manifiesta, los reglamentos no crean infracciones ni penas, así tampoco pueden limitar derechos ciudadanos y es obligación del juez, abstenerse de aplicar un reglamento que contraríe a la ley, aún cuando no haya sido declarado inconstitucional.

⁵³ Zavala Baquerizo, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo X. Editorial EDINO. Guayaquil – Ecuador. 2007. pps.84 y 122.

Además existen pronunciamientos reiterados del Tribunal Casacional Penal, que sostiene que la violación es exclusiva de la ley, siendo inadmisibles las remisiones a violaciones reglamentarias que no pueden activar este recurso extraordinario por no cumplir el requerimiento establecido en la norma procesal.

3. PRIORIDAD

Hay que recordar que la casación es un recurso extraordinario en el que se debate in iure la legalidad de una sentencia, por ello esta regla se relaciona con la naturaleza y alcance de las causales, pues primero tendrá que decidirse los temas constitucionales y luego los legales, que generan diferentes resultados, pues mientras unas invalidan la sentencia o parte de ella, otras podrían anularla porque expresan vicios en la estructura constitucional en que se sustentó, volviéndola inaplicable desde la perspectiva del principio de legalidad.

Es preciso puntualizar que el error de derecho impugnado a través del recurso de casación, obliga al tribunal casacional a hacer un juicio de legalidad a la misma a fin de confrontarla con la Constitución y la Ley para determinar si el juzgador ha realizado una adecuada aplicación de la ley sustancial. Además por imperativo constitucional, la casación no se limita al análisis de las causales, sino que analiza los derechos y garantías constitucionales, los tratados internacionales de derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad, armonizándolos con los fines de este medio impugnatorio.

Retomando el tema central, no podemos avanzar sin preguntarnos **EN QUÉ CONSISTE LA VIOLACIÓN DE LA LEY EN LA SENTENCIA?**, para lo cual voy a remitirme a la explicación formulada por el doctor Jorge Zavala Baquerizo⁵⁴, quien sostiene que “... *si recordamos que la sentencia es un gran silogismo, como en efecto lo es, debemos concluir que habrá error de derecho, es decir, violación de la ley tantas veces cuantas exista divorcio entre la premisa mayor (norma legal) y la conclusión; o sea, entre lo que dice la ley y lo que dice el juzgador en la sentencia. No habrá tal error de derecho y, por tanto, no habrá violación de la ley cuando el divorcio exista entre la premisa menor (hecho) y la realidad pues, en este caso, la disparidad existe entre el hecho y la sentencia, es decir, entre lo que realmente sucedió y lo que la sentencia declara que sucedió y este divorcio constituye una cuestión del hecho, un error de hecho que no puede rectificarse en vía de casación...*

Por otra parte se debe tener presente que en ciertas ocasiones la premisa mayor se encuentra desvirtuada, desfigurada o suplantada. Tal sucede, v.gr., cuando el juez considera que existe una ley que, en realidad, no existe; o que la ley expresa lo que en verdad no dice; o que la ley prevé un caso cuando objetivamente prevé otro.....

En otras ocasiones el error no se encuentra en la premisa mayor sino en la conclusión. El juez escoge bien la ley que debe aplicar y señala correctamente la premisa mayor de la sentencia, pero al momento de fijar las consecuencias jurídicas de esta premisa mayor al caso concreto concluye de manera diversa a la prevista en la ley.....

Debemos, pues, tener presente que la violación de la ley se puede presentar tanto en el momento en que se escoge la ley aplicable al caso, como en el momento de declarar los

⁵⁴ Zavala Baquerizo, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo X. Editorial EDINO. Guayaquil – Ecuador. 2007. Pp.112 - 114

efectos jurídicos de dicha ley en el caso concreto; tanto en la premisa mayor, como en la conclusión”

Por su parte Orlando Alfonso Rodríguez Chocontá⁵⁵ al referirse a este tema, se remite a lo señalado por Hernando Morales Molina, que en su libro Técnicas de Casación Civil, refiere que el error de derecho se produce cuando: “la voluntad concreta de la ley proclamada por el juez como existente en su sentencia no coincide con la voluntad efectiva de la ley (sentencia injusta)...”

Este criterio también lo sostiene Fabio Calderón Botero⁵⁶, que al hablar del sentido de la casación, refiere que “...es un juicio de valor cuyos extremos son la sentencia y la ley ...”, para señalar que la legalidad sustancial, es la “...valuación de la sentencia como expresión de una voluntad concreta de la ley declarada en las instancias, para establecer si coincide con la voluntad efectiva de aquella, pues el divorcio conceptual entre una y otra hace sustancialmente ilegal el fallo acusado.” Por su parte, Hugo Alsina⁵⁷, dice que “La ley se viola cuando la decisión es contraria a un precepto expreso de la misma.”

El jurista ecuatoriano doctor Luis Cueva Carrión⁵⁸ indica que “...se viola la ley cuando se quebranta la norma legal, en cualquiera de sus formas: cuando no se la aplica, cuando se la aplica en parte solamente, cuando se la aplica mal, cuando se aplica una norma no vigente, cuando se aplica una norma general a un caso de excepción y viceversa, cuando

⁵⁵ Rodríguez Chocontá Orlando Alfonso. Casación y Revisión Penal. Evolución y Garantismo. Editorial Temis. Bogotá – Colombia. 2008. pp. 21

⁵⁶ Calderón Botero Fabio. Casación y Revisión en materia penal. Segunda Edición. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá – Colombia. 1985. pp. 8

⁵⁷ Alsina Hugo. Derecho Procesal Civil. Volumen III. Editorial Jurídica Universitaria. México. 2001. pp.312.

⁵⁸ Cueva Carrión, Luis. La Casación en materia Penal. Segunda Edición ampliada y actualizada. Ediciones Cueva Carrión. Quito – Ecuador. 2007. pp. 252.

se la interpreta mal, cuando la aplicación de la norma contraviene los principios del sistema legal vigente o se quebranta el espíritu mismo de la ley”.

Ninguno de los Códigos de Procedimiento Penal anteriores, ni el vigente Código Orgánico Integral Penal – COIP- definen lo que constituye un error de derecho, sin embargo si dejan claro que la violación de la ley puede darse sólo en las tres formas establecidas en ella, es decir, por contravenir el texto legal, por indebida aplicación de la ley o por errónea interpretación.

La doctrina reconoce que la violación de la ley, tiene dos fuentes:

- Directa
- Indirecta

VIOLACION DIRECTA: según el tratadista Luis Cueva Carrión⁵⁹, la violación directa de la ley “...ocurre cuando el juez yerra en la aplicación de la norma legal, de la norma pura, independientemente de los errores que pueda cometer en relación los hechos y con las pruebas”, este criterio es también sostenido por otros autores como Orlando Rodríguez Chocontá⁶⁰, que dice que: “La violación directa de la ley sustancial, de naturaleza jurídica, se presenta sin consideraciones intermedias entre el raciocinio del juez y la norma sustantiva; opera cuando el juez incurre en error al aplicar la norma que regula un caso concreto. Son errores que recaen indefectiblemente en la normativa lo que constituye un cuestionamiento en un punto de derecho...”

⁵⁹ Cueva Carrión, Luis. La Casación en materia penal. Segunda Edición ampliada y actualizada. Ediciones Cueva Carrión. Quito – Ecuador. 2007. págs.252 -254.

⁶⁰ Rodríguez Chocontá, Orlando Alfonso. Casación y Revisión Penal, Evolución y Garantismo. Editorial Temis S.A. Bogotá – Colombia. 2008. Págs. 234 - 237

Podemos concluir que la violación directa se refiere al equívoco del juzgador al momento de seleccionar la norma aplicable al caso, que se relaciona con el proceso de conocimiento y comprensión de las disposiciones legales que debe aplicar en un caso concreto, configurando una de las tres causales que contiene nuestra normativa, más allá de cualquier consideración fáctica.

VIOLACIÓN INDIRECTA: en este caso me remito a lo que señala Fabio Calderón Botero⁶¹, quien manifiesta que en este tipo de violación “...el conculcamiento de la ley sustancial es mediato. Esto significa que el quebranto surge de la deformación del hecho juzgado, porque la prueba que lo constituye se piensa que existe, o existiendo se deja de apreciar, o se valora erróneamente. En esta forma de violación el juez parte del supuesto equivocado de que los hechos están plenamente probados, no estándolo; o, viceversa, que no están plenamente probados, estándolo. En uno y otro caso el entendimiento de la prueba se halla afectado por error manifiesto de hecho y de derecho, determinante de falta de aplicación o de indebida aplicación de la ley en la sentencia.”. Luis Cueva Carrión señala que en el caso de la violación indirecta a la ley, ésta se refiere a la valoración probatoria es decir considera que es “...un error de apreciación fáctica”, y dice que es indirecta porque no transgrede directamente a la norma sustancial, sino que se produce por un error fáctico y probatorio, que se la conoce como “falso raciocinio” y se lo comete por errores en la aplicación de las reglas de la sana crítica.

Si bien la Corte Nacional no ha hecho esta diferenciación doctrinaria, en la práctica si se acepta la casación por violación indirecta de la ley, relacionada con la inaplicación de las reglas de la sana crítica al momento de la valoración probatoria.

⁶¹ Calderón Botero, Fabio. Casación y Revisión en materia Penal. Segunda Edición. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá – Colombia. 1985. Pág. 76

II.2.1. Causales:

De lo analizado en líneas anteriores podemos colegir que siendo el recurso de casación, extraordinario y abierto, procede exclusivamente cuando hay violación de la ley en la sentencia, bajo tres causales que taxativamente están determinadas en el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal⁶², que las analizaremos a continuación.

II.2.1.1. Contravención expresa de su texto

Es la primera de las causales determinadas en el artículo 656 del COIP⁶³, y se manifiesta a través de una violación directa de la ley sustantiva.

El tratadista Dr. Luis Cueva Carrión⁶⁴, manifiesta que esta causal se produce “... cuando el juez omite la norma y, como consecuencia, la sentencia carece de ella y se convierte en instrumento defectuoso porque el juez excluye la norma y no la aplica al caso concreto.”, criterio concordante con lo que sostiene el Dr. Zavala Baquerizo⁶⁵, quien resume esta causal, diciendo que “...se refiere al caso en que la ley penal sustantiva que afirma que es delito el acto ejecutado en ciertas situaciones y por ciertas personas, contra determinados pacientes con ciertos fines genéricos, o específicos, o por tales motivos, falta en la conducta del acusado alguno de estos elementos, circunstancias, motivos, o fines. En este caso la conducta indicada no es la “prevista” en la ley penal como infracción y, por ende, si se condena por ella, ha lugar al recurso de casación por contravención de la ley penal sustancial en la sentencia”.

⁶² Código Orgánico Integral Penal. Suplemento R. Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014.

⁶³ Código Orgánico Integral Penal. Suplemento R. Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014.

⁶⁴ Cueva Carrión, Luis. Op. Cit. Pp. 254

⁶⁵ Zavala Baquerizo, Jorge. Op.Cit. Tomo X. pp. 127-129

Uno de los Tribunales de la Sala Penal de la Corte Nacional⁶⁶, al hablar sobre la contravención del texto legal, manifestó que: "...5.6.- La violación directa de la ley, se presenta cuando el juzgador comete errores in iudicando o de derecho, atribuibles cuando existe falta de aplicación, indebida aplicación o interpretación errónea de una norma sustancial. El tratadista Samuel Ramírez Poveda, en relación a la violación directa de la ley indica: "La violación directa es un desacierto de selección normativa. Representa el yerro del juzgador en cuanto al contenido de la norma en el proceso de entendimiento y comprensión de las disposiciones legales aplicables a la situación jurídica, arribando en forma desacertada a la escogencia de la disposición calificatoria, bien sea, dejando de adjudicar la que corresponda al caso (inaplicación), y en su lugar poniendo en marcha otra que no gobierna la situación bajo examen lo cual correlativamente conduce a la aplicación indebida de otra. En otra forma, puede llegar a una interpretación errónea que surge del entendimiento desacertado de la norma."⁶⁷.

5.7.- El argumento del recurrente que indica que existe contravención expresa de la ley por haber sancionado el Tribunal Ad quem por el delito tipificado en el Art. 449 del Código Penal en grado de tentativa, cuando la etapa pre procesal, procesal y de juicio se le acusó por el delito tipificado en el Art.464 ibídem, carece de sustento jurídico toda vez que es importante señalar que para el Tribunal Penal no es vinculante las pretensiones de los sujetos procesales expresadas en sus teorías del caso, así como tampoco la calificación jurídica que se hadado a estos hechos en el auto de llamamiento a juicio, toda vez que en esas etapas existe únicamente presunción de responsabilidad del imputado respecto de los hechos atribuidos por Fiscalía. Es en la audiencia de juzgamiento donde se practican todas las pruebas de cargo y de descargo que presenten los sujetos procesales, que por los principios de inmediación, concentración y

⁶⁶ Sala Penal Corte Nacional de Justicia. Causa No. 086-2012 - tentativa de asesinato.

⁶⁷ CFR. Rodríguez Orlando, Casación y Revisión Penal, Editorial Temis SA. Bogotá-Colombia. 2008, p. 234

contradicción, son valoradas por el juzgador para dictar sentencia. En el caso concreto en aplicación del iura novit curia por el que corresponde a las partes dar los hechos (a través de sus teorías del caso) en tanto que al juzgador corresponde dar el derecho, a lo que habría que sumar, en virtud de la prueba evacuada en audiencia de juicio. Por tanto, esta alegación del recurrente carece de sustento fáctico y jurídico si se considera que ambos tipos penales, (art. 464 y 449 en relación con los arts. 46, 16 del Código Penal) forman parte de los delitos que se han incluido en el Código Penal, en el capítulo de delitos contra la vida, en que se tutela a través de este conjunto de normas penales el bien jurídico vida, conforme el resultado o el daño inferido que puede ir de lesiones a homicidio...”

Como podemos apreciar, esta causal se relaciona directamente con la selección normativa que hace el juzgador al momento de emitir sentencia, o por un equívoco sobre la existencia de una disposición legal y como lo dice el Dr. Cueva Carrión⁶⁸, en la obra ya citada “... cuando conociendo dicha norma no la aplica a sabiendas que está obligado a aplicarla”, tanto más que es obligación del juez emplear toda la norma jurídica y todas las que el caso requiera.

Otros autores señala que esta causal tiene como fundamento central la violación del principio de legalidad o de reserva de ley pues recordemos que los actos considerados como típicos antijurídicos y culpables están descritos en el tipo penal que conlleva los elementos objetivos, subjetivos y normativos; en tal razón el juez está constitucional y legalmente obligado a aplicar la norma penal que corresponde a la conducta acusada,

⁶⁸ Cueva Carrión, Luis. Ob.cit. pág. 254 - 255

cuando esto no sucede, es decir cuando no se cumplen estos elementos, se contraviene el texto legal.

Vale señalar que la contravención expresa del texto legal, puede provenir de “una errónea inteligencia de la ley penal, como son una incorrecta idea sobre lo que debe entenderse por "alevosía" o por "concurso ideal"; o por “una errónea consideración jurídica del caso”, como cuando en el “concepto legal del hurto, el juez encuadra en él una materialidad que no llena las condiciones que ese concepto exige”.

El Art. 656 del COIP⁶⁹, en el inciso segundo determina que “No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba”, de lo que se concluye que la Corte Nacional está vetada para examinar hechos porque éstos llegan a este nivel fijados por el tribunal de garantías penales del juicio, allí es donde éstos han quedado definitivamente determinados. Por lo dicho la contravención expresa de la ley no está en los hechos sino exclusivamente en la aplicación equivocada de la ley sustantiva realizada por el juzgador, cuya enmienda si es un error de derecho que debe ser subsanado por la Sala Penal de la Corte Nacional.

II.2.1.2. Indebida aplicación de la ley

Esta causal se produce cuando, entendida correctamente una norma y sin que medien errores de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, dicha norma se aplica a un hecho no regulado por ella, produciéndose obviamente consecuencias jurídicas contrarias a las previstas por la ley.

⁶⁹ Código Orgánico Integral Penal. Suplemento Registro Oficial No. 180 10 de febrero de 2014

Los autores Jorge Enrique Torres Romero y Guillermo Puyana Mutis⁷⁰, al referirse a esta causal dicen que: “A este error de inaplicación del precepto legal el juez, ora porque desconoce o ignora la existencia de la ley aplicable, o porque conociéndola considera que no es aplicable porque carece de validez en el tiempo o en el espacio; ora porque aplica una norma inexistente o sin vigencia.”

Esta causal evidencia que se inobservan dos normas de derecho: la que se aplicó al supuesto de hecho no regulado por ella, y la que se dejó de aplicar; y al igual que la anterior el hecho fáctico no se discute porque ya fue definido por el tribunal juzgador por lo tanto se infiere que se ha valorado adecuadamente la prueba.

Constituye una violación directa de la ley que al decir de los autores ya referidos en líneas anteriores, se refiere a “... una conducta judicial que significa un error sobre “La existencia de la norma”, que genera una discrepancia entre la sentencia y la ley.

Puede también producirse lo que Torres y Puyana⁷¹ en la obra citada, han llamado un “...error sobre la relación entre la situación fáctica y la hipótesis que contempla la norma...” en el que los hechos no coinciden con la descripción típica contenida en el cuerpo legal y ocasiona la aplicación de una disposición que no se relaciona con el hecho, produciéndose en ese momento en error iudicando.

⁷⁰ Torres Romero, Jorge Enrique y Puyana Mutis, Guillermo. *Manual del Recurso de Casación en materia penal. Segunda Edición. Ampliada y Actualizada. Proditecnicas. Medellín – Colombia. Pág.107*

⁷¹ Torres Romero, Jorge Enrique y Puyana Mutis, Guillermo *Ob.Cit.. Pág.107- 108*

Luis Cueva Carrión⁷² al analizar esta causal, manifiesta que son tres los casos de aplicación indebida de la ley:

- a) Cuando se la aplica en contradicción a sus preceptos,
- b) Cuando la aplicación de la norma no corresponde a la forma jurídica de su ser;
- c) Cuando aplicamos una norma que, jurídicamente, no corresponde al caso materia de la resolución.

De lo dicho se puede concluir que esta causal se fundamenta en que el juzgador dejó de aplicar la norma correcta, siendo indispensable que quien recurre vía casación, está obligado a señalar la norma indebidamente aplicada o incompletamente aplicada que limita un derecho consagrado en la Constitución o la Ley, así como también deberá determinar cuál es la disposición que debió ser empleada por el tribunal juzgador.

II.2.1.3. Errónea interpretación de la ley

Esta causal se origina cuando si bien se aplica la disposición correcta para el caso, no es interpretada en su sentido real, dando un significado distinto a que en verdad tiene y por ende sus consecuencias no son las adecuadas para el caso. Sobre esta causal, León Pacífico Ortiz⁷³, manifiesta que “Si errar es fracasar o equivocarse en la concepción de algo; podemos decir, que yerra quien interpreta mal ese algo o quien creyendo que hace bien tal o cual cosa, ocurre que no lo ha hecho así. Puede sostenerse, que se llega a tener conciencia de esa equivocación, por razón del resultado que ha generado el desacierto de haber interpretado mal, esa cosa.”

⁷² Cueva Carrión, Luis. *Ob. Cit.* Pág. 256

⁷³ Ortiz, León Pacífico. *Fundamentos Doctrinarios y Prácticos del Recurso de Casación Civil y Penal.* Editorial Sandoval. Primera Edición 1995. Quito – Ecuador. Pág. 81

El Profesor Fabio Calderón Botero⁷⁴ al hablar de la interpretación errónea dice que se origina cuando se “...yerra en el significado de la norma. Esto supone que la norma aplicada es la que indiscutiblemente corresponde al asunto sub júdice “...Se verifica en todos aquellos casos en que el juez, aún reconociendo la existencia y validez de la norma apropiada al caso, yerra al interpretarla...”

Como puede observarse, a diferencia de lo que ocurre en las causales anteriormente analizadas de contravención expresa del texto legal o la indebida aplicación de la ley, en esta última no existe problema con la norma seleccionada sino con el ejercicio de interpretación judicial que genera el yerro cuando le da a la disposición legal un sentido que no corresponde a aquel que le dio el legislador y ciertamente este equívoco produce consecuencias legales diferentes a aquellas que la norma contiene, lo que torna a una sentencia en injusta.

II.3. Resoluciones Judiciales que son recurribles en la casación penal

En el caso de la casación penal, las únicas resoluciones judiciales recurribles vía casación son las SENTENCIAS, no es aceptable la impugnación por esta vía, cuando se trate de cualquier otra resolución de órgano de jurisdicción penal. Sin sentencia no sería posible interponer el recurso de casación, toda vez que éste se centra exclusivamente en su legalidad.

⁷⁴ *Calderón Botero, Fabio. Ob. Cit. Pág. 75-76*

El Art. 269 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil⁷⁵, dice que:
“Sentencia es la decisión del juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio.”

Entonces, para interponer el recurso de casación se requiere de una sentencia en firme, ya sea que ésta sea condenatoria o absolutoria, la ley no limita la impugnación por el tipo de sentencia. Cuando nos referimos a una sentencia en firme no estamos hablando de aquella que se encuentra ejecutoriada o que ha pasado en autoridad de cosa juzgada como lo denomina la doctrina, porque en ese caso se entiende que se agotó toda la vía de recursos ordinarios y extraordinarios – casación; quedando como única opción en caso de sentencia condenatoria, el recurso extraordinario de revisión que no tiene límite temporal pues puede ser interpuesto en cualquier momento incluso luego de cumplir la condena.

Otro de los elementos que motiva la casación es que los sujetos procesales, consideren que la sentencia les produce un agravio porque en ella se ha violado la ley, sin importar en qué parte de la resolución se pudo producir esta inobservancia constitucional o legal; lo que quiere decir que dicha transgresión legal pudo ocurrir en la parte motiva, considerativa o resolutive de la sentencia atacada.

Este acápite nos lleva a uno de los temas que más frecuentemente se alega y es la falta de “motivación de la sentencia”; considerando que de conformidad a lo dispuesto en el Art. 76, número 7, letra l) de la Constitución de la República⁷⁶, se manifiesta que:

⁷⁵ Codificación Código de Procedimiento Civil. Suplemento Registro Oficial No. 58 de 12 de julio del 2005

⁷⁶ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008

“l) 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.”

Esta norma constitucional es replicada en el Art. 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial⁷⁷, que textualmente dice:

“Art. 130.- FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.- Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben: (...)

4. Motivar debidamente sus resoluciones. 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. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos;...”

La Corte Constitucional del Ecuador, emitió la sentencia No. 021-12-SEP-CC, correspondiente al caso No. 0419-11-EP, en la que analiza entre otros temas la

⁷⁷ Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial No. Registro Oficial Suplemento 544 de 9 de marzo del 2009

motivación y deja claro que si bien el juzgador puede revisar los hechos, en forma alguna podrá volver a valorar la prueba, y dice:

“Naturaleza jurídica de la motivación de las sentencias

La sentencia constituye un acto trascendental del proceso, pues éste en su conjunto, cobra sentido, en función de este momento final. Es la culminación del juicio o silogismo jurídico que comienza con la demanda. El trabajo del Juez al sentenciar consiste en resumir todos los elementos del proceso (motivación) y sentar la conclusión jurídica (fallo).

La sentencia es un silogismo o juicio lógico dentro del cual la norma constituye la premisa mayor, los hechos del caso la premisa menor y el fallo la conclusión” I.

La disposición contenida en el literal l del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución, relacionada con la motivación de las sentencias, radica en que los jueces deben exponer los motivos o argumentos en todas las providencias que constituyan un pronunciamiento de fondo sobre los que fundamentan su decisión, ya que de esta manera los litigantes conocen las razones que tuvieron para hacerlo.

La motivación debe referir un proceso lógico donde el juzgador está en la obligación de vincular los fundamentos de hecho expuestos inicialmente con las normas o principios jurídicos, garantizando de esta manera que la decisión no fue arbitraria ni antojadiza, sino que fue el resultado de un análisis del contenido de las pruebas aportadas al proceso por los contendores o de las que pudo ordenar de oficio.

La motivación tiene como objetivo fundamental garantizar que se ha actuado racionalmente, ya que debe atender al sistema de fuentes normativas capaces de justificar la actuación de quienes detentan la facultad de decidir, el sometimiento del

juzgador a los preceptos constitucionales, de derechos humanos, así como las disposiciones sustantivas y adjetivas, lograr el convencimiento de las partes de la correcta administración de justicia, garantizar la posibilidad de control de la resolución por el superior que conozca los recursos ordinarios y extraordinarios e inclusive llegar a conocimiento y resolución del problema jurídico a la Corte Constitucional, ya que el hecho de motivar la sentencia no significa que su contenido sea correcto, sino que a pesar de ella puede haber quebrantamiento de la ley o del debido proceso.

La motivación de las sentencias está dividida en dos partes: antecedentes de hecho y fundamentos de derecho: Antecedentes de hecho: tiene que ver con la obligación del juzgador de consignar los presupuestos fácticos alegados por las partes, esto es, lo expresado en la demanda, así como la contestación a la misma, ya que no debe presumirse que los antecedentes de hecho se refieren únicamente a los expuestos inicialmente por la parte actora, sino que también están dados por las excepciones o contestación formulada por la parte contraria, los que van a ser objeto de resolución. A lo que debe adicionarse el estudio de la prueba aportada al proceso, sin adelantar valoración de la misma, sino tendiente a establecer si existe o no vulneración del debido proceso o las normas procesales aplicables al caso.

Fundamentos de derecho: el examinador está en la obligación de apreciar los argumentos de derecho estimados por los contendores, establecer los hechos que estima probados según los resultados de las pruebas, sobre los que debe aplicar las normas jurídicas del caso, dando las razones y fundamentos que tiene para hacerlo, citando la normativa, la doctrina, la jurisprudencia que estime necesarios para resolver el caso, aplicando la norma adjetiva que estime procedente al mismo, para finalmente resolver estimando o negando las pretensiones aludidas en forma clara, precisa,

congruente y completa entre las pretensiones y el derecho aplicado... .”⁷⁸ Concluye esta sentencia declarando la violación de los derechos constitucionales a la tutela efectiva, al debido proceso y la debida motivación; aceptan la acción extraordinaria de protección y se deja sin efecto la sentencia pronunciada el 21 de enero del 2011, por la Segunda Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia; y, disponen finalmente que se conozca y resuelva el recurso de casación interpuesto por Iván Gonzalo Ubidia Mejía.

Por otra parte esta sentencia puede ser la emitida por el Tribunal de Garantías Penales correspondiente; o aquella dictada en aplicación del principio de la doble instancia por un tribunal superior, en este caso la Sala de lo Penal de las Cortes Provinciales, que conocen y resuelven el recurso de apelación, sentencia esta última que es susceptible del recurso casacional.

II.3.1. Uniformidad de la jurisprudencia

Casi todos los autores coinciden en afirmar que uno de los fines más importantes de la casación son: por un lado la función nomofiláctica, que se relaciona con la protección y resguardo de las normas jurídicas que deben ser aplicadas por el juzgador; y por otro que es una función uniformadora de la jurisprudencia que permite tener líneas de interpretación y aplicación de la ley.

⁷⁸ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 021-12-SEP-CC, correspondiente al caso No. 0419-11-EP

El Código Orgánico de la Función Judicial⁷⁹ en el artículo 182, habla de los PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES, señalando que *“Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, obligarán a remitir los fallos al Pleno de la Corte a fin de que éste delibere y decida en el plazo de sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.*

La resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial contendrá únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso; se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio....”⁸⁰

Pese a que esta norma es de obligatorio cumplimiento para el pleno de la Corte Nacional, hasta la fecha no tenemos ningún precedente sobre la interpretación de alguna norma. Lo que si tenemos son criterios que se han venido sosteniendo desde hace muchos atrás cuando existía la Corte Suprema de Justicia y que seguimos aplicándolos, toda vez que son los únicos con los que contamos en materia de casación penal, destacando entre ellos:

- Que en casación no es posible hacer una nueva valoración probatoria, pues los hechos quedaron fijados por el juzgador de instancia; y, lo que se va a tratar en este recurso es el yerro judicial.

⁷⁹ Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento 544 de 9 de marzo del 2009

⁸⁰ Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento 544 de 9 de marzo del 2009

- Que en los delitos sexuales por su condición de clandestinidad, las reglas de la sana crítica permiten que el juzgador pueda hacer ponderaciones probatorias más amplias.

En este punto me remito a lo sostenido reiteradamente en las sentencias, por los Tribunales de Casación de la Sala Penal de la Corte Nacional:

JUICIO No. 1363-2014 – ATENTADO AL PUDOR

PÁG. 9: “... En los procesos por delitos sexuales, donde el tratamiento para la obtención de las pruebas así como su valoración es sui géneris, por lo que le corresponde al tribunal juzgador, considerar todos los elementos probatorios principalmente el testimonio de la víctima que ha sufrido abuso sexual...”

JUICIO No. 688-2013 – VIOLACIÓN

Pág. 11: hablando de la revictimización dicen: “...En los procesos judiciales se da cuando la víctima de una vulneración de derechos, se ve sometida a actos procesales que implican más o nuevos efectos negativos relacionados a dicha vulneración, pero en el presente caso no se considera revictimización, por cuanto es imprescindible escuchar al niño ofendido para la respectiva resolución, conforme al ejercicio a su derecho a ser escuchado y en principio del interés superior del niño, artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia mencionado en párrafos anteriores, esto es lógico debido a que los delitos sexuales no se los comete a la luz pública ni en presencia de testigos, sino que en estas ofensas se busca doblegar a la víctima, hacerlo de manera oculta, como sucede en el presente caso; esta es la razón por la que el testimonio de la víctima, aunque fuere el único, se considera prueba válida para enervar la presunción de inocencia del imputado...”

- No he encontrado precedentes sobre interpretación normativa.

CAPITULO III

INTERPOSICIÓN DEL RECURSO

III.1. Requisitos para interposición del recurso

Este recurso extraordinario en una primera fase es presentado ante el Tribunal de Garantías Penales o Sala Penal de la Corte Provincial, que dictó la sentencia que es atacada mediante este recurso. Podría decirse que los tribunales inferiores hacen un examen de admisibilidad del recurso relacionado únicamente con determinar si la sentencia está en firme y no se ha ejecutoriado y si la interposición del recurso se ha efectuado dentro de los plazos señalados por la norma procesal penal, pues si no cumple los requisitos exigidos por la ley, será inadmitido para su envío a la Corte Nacional y, no podrá proceder esta impugnación.

Entonces para interponer el recurso de casación se hace indispensable que exista una sentencia, que no tiene la calidad de ejecutoriada, por lo tanto este recurso suspende la ejecución del fallo recurrido, como expresamente lo señala el Art. 652.6 del COIP⁸¹, que dice:

“Art. 652.- Reglas generales.- La impugnación se regirá por las siguientes reglas: (...)

6. La interposición de un recurso suspenderá la ejecutoria de la decisión, con las salvedades previstas en este Código...”

⁸¹ Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero del 2014

Este recurso es elevado al Tribunal Casacional con efecto suspensivo, lo que quiere decir que se suspende la ejecución de la sentencia; recordemos que este recurso procede sobre la sentencia en firme, que aún no está ejecutoriada.

Hay que señalar que en materia penal no se prevé la adhesión al recurso de casación, toda vez que es un recurso extraordinario, formal y taxativo, de carácter “...eminente personal y total;...” como lo afirma el Dr. Luis Cueva Carrión⁸², cuando manifiesta que el recurso casacional “... solamente puede ser propuesto por quien tiene legitimidad para ello, en forma absoluta y global; por lo tanto nadie que no goce de legitimidad puede proponer el recurso de casación; tampoco puede aprovechar el recurso de casación propuesto por otro y adherirse a él. De tal manera que quien desee proponer el recurso de casación debe hacerlo por cuenta propia, en forma total, y no debe esperar a que otra de las partes lo proponga para luego adherirse.”

III.1.1. Oportunidad del recurso

Pedro Bertolino⁸³ en su obra, se remite a las enseñanzas de Calamandrei, quien refiriéndose al recurso de casación, dice que “...es una institución compleja, que resulta de la combinación de dos elementos recíprocamente complementarios, uno de los cuales pertenece al ordenamiento judicial y encuentra su colocación sistemática en la teoría de la organización de los tribunales cuyo vértice constituye (Corte de Casación), mientras que el otro pertenece al derecho procesal y debe ser estudiado en el sistema de los medios de impugnación (recurso de casación)”

⁸² Cueva Carrión, Luis. Ob. Cit. Pág. 144.

⁸³ Bertolino Pedro J- *Compendio de la Casación Penal Nacional*. Ediciones Depalma. Bs- Argentina. 1995. pp. 4 -5

El recurso de casación como hemos apreciado a lo largo de este trabajo, es altamente técnico lo que incide en la baja cantidad de impugnaciones aceptadas, demostrar el error in iuris o de derecho es muy complicado porque debe demostrarse ante la Sala de la Corte Nacional, cómo el juzgador cometió el yerro judicial, y cómo éste afectó a la sentencia, a la que además debe considerársela como una unidad, pues resulta que el error iudicando la afecta en su integridad y no sólo en una de las partes que la componen.

Este recurso no permite la revisión probatoria, es decir que como quedó ya establecido en esta tesis, los hechos fueron definidos en audiencia y éstos se mantienen inamovibles, la discusión casacional no está contenida en ellos y menos aún en el trabajo de los sujetos procesales, sino que centra su naturaleza en la actuación del tribunal juzgador, sólo su accionar es el que se revisa

Por otro lado es necesario señalar que las decisiones de ámbito civil relacionadas con los montos indemnizatorios no son discutibles a nivel de la casación; estos temas deben discutirse en la audiencia de juzgamiento y son parte de la reparación integral a la que tiene derecho la víctima, toda vez que la valoración de su monto no constituye error de derecho.

Fabio Calderón Botero⁸⁴ dice que “El recurso fundamenta su razón de ser en la necesidad de defender la estricta y exacta observancia de la ley, por medio de un control jurisdiccional, atribuido a un tribunal de casación, que vele por la recta interpretación y adecuada aplicación de la ley por los jueces falladores. Y solo es posible controlar la

⁸⁴ Calderón Botero, Fabio. Ob.Cit. pág. 3

defensa de la ley, reprimiendo los desmanes de quienes tienen la función de realizarla al declarar su efectiva voluntad en un caso determinado”.

Lo señalado por el autor precedente, nos lleva a la conclusión de que el fin único del recurso de casación es obtener una decisión jurisdiccional, que se halle libre de todo error jurídico y responda a la justicia y a la ley.

III.1.2. Sujetos procesales que pueden recurrir

Con el fin de ejercitar el derecho de impugnación, es necesario determinar quienes son los sujetos que integran la relación jurídico procesal, por ello el Art. 657 del Código Orgánico Integral Penal, determina que el recurso de casación “...podrá interponerse por los sujetos procesales,...” es decir que permite al Fiscal, al acusador particular o al sentenciado impugnar la decisión del órgano de jurisdicción penal inferior, asegurando la garantía constitucional que permite recurrir a un tribunal superior.

Cuando el recurso es interpuesto por la Fiscalía, la norma procesal penal ha previsto que quien debe fundamentarlo en audiencia oral será el Fiscal General del Estado, quien tiene la facultad de hacerlo personalmente o a través de sus delegados que son quienes harán dicha fundamentación en su representación. Cabe señalar que el Fiscal o su Delegado pueden fundamentar el recurso o en su defecto pueden abstenerse de hacerlo cuando encuentren que no existe evidencia de un error de derecho que deba ser subsanado a través de este recurso, decisión que se sustenta en la obligatoriedad de actuar con objetividad dentro del proceso penal.

En caso de que los recurrentes sean el acusador particular o el procesado, éstos deberán a través de su defensa fundamentar su impugnación en audiencia oral ante la Sala de lo Penal de la Corte Nacional.

Al igual que en el caso anterior, estos sujetos procesales pueden fundamentar o desistir del recurso, sin embargo los efectos son distintos:

- Si el recurrente (acusador particular o persona procesada) no asiste a la audiencia de fundamentación del recurso, éste se declarará abandonado y no hay otra posibilidad de interponerlo. Si hubiere más de un recurrente la audiencia deberá continuar en relación a aquellos presentes. En este caso al decir del Dr. Marco Morales Tobar⁸⁵ la declaratoria de abandono del recurso interpuesto por uno de los sujetos procesales, es “...lesiva a sus propios intereses pues coartaría su posibilidad procesal para oponerse a una situación jurídica con lo que, los efectos jurídicos y aquella adquiriría firmeza sin que sea posible renovar una instancia para atacarla...”
- Si el recurrente (acusador particular o persona procesada) asiste a la audiencia de fundamentación del recurso y no lo realiza, el Tribunal de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional, entenderá su desistimiento. Hay que aclarar que la defensa pública o privada no podrá desistir del recurso, sin el mandato expreso de la persona procesada, al tenor de lo dispuesto por el Art. 652 del COIP⁸⁶. Sobre

⁸⁵ Morales Tobar, Marco: Manual de Derecho Procesal Administrativo. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito- Ecuador. 2011. Págs. 541- 544

⁸⁶ Corte Constitucional del Ecuador, emitió la sentencia No. 021-12-SEP-CC, correspondiente al caso No. 0419-11-EP

este punto el Dr. Santiago Andrade Ubidia⁸⁷ se remite a lo manifestado por Vécovi, que refiere que en cuanto al desistimiento, la doctrina no es unánime, todo lo contrario “Mientras algunos autores sostienen que si bien el interés público es primordial en el proceso de casación, sin embargo este se inicia gracias al interés privado y, en virtud del principio dispositivo, el recurrente puede disponer de su derecho a la jurisdicción renunciando al mismo mediante el desistimiento...” Hay que recordar que no procede el desistimiento cuando no se ha obtenido el mandato expreso de la persona procesada.

- En el caso de la indebida fundamentación se aplicará el principio del iura novit curia, mediante el cual los Jueces tienen la facultad de subsanar el error de derecho de oficio a fin de garantizar la correcta administración de justicia.

Tanto el abandono como el desistimiento del recurso de casación tienen el mismo efecto jurídico que es renunciar a su derecho a impugnar y obtener la tutela judicial; por esta razón es que no se admite que pueda volver a interponerse este recurso, ya que es evidente que quien creía haber sufrido el agravio con la decisión de instancia no lo ha impulsado, cuyo efecto será la ejecutoria de la sentencia emitida ya sea por el Tribunal de Garantías Penales o una de las Salas de las Cortes Provinciales.

Nuestra legislación no reconoce como sujeto procesal con capacidad para interponer el recurso casacional a quien la doctrina ha llamado el “tercero incidental”, es decir la persona natural o jurídica que resulta ser responsable solidario y que está obligado a responder patrimonialmente como consecuencia de la infracción.

⁸⁷ Andrade Ubidia, Santiago: La casación civil en el Ecuador. Andrade & Asociados Fondo Editorial. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito – Ecuador. 2005. Pág. 300-303

III.1.3. Fundamentación

Como hemos mantenido a lo largo de esta investigación, el recurso de casación lo interpone generalmente, quien tiene interés directo en el juicio, por ello y una vez que se ha constatado que el recurso es admisible en cuanto a que ha sido presentado dentro del término legal y por uno de los sujetos procesales, es remitido a la Corte Nacional de Justicia, que asume la competencia a través de un Tribunal de Casación, designado para cada juicio, luego del sorteo de ley.

Una vez que el juzgador conoce el proceso, de conformidad a lo dispuesto por los numerales 2 y 3 del Art. 657 del COIP, dentro del plazo de tres días convocará a audiencia en la que el recurrente deberá fundamentar su pretensión y los otros sujetos procesales se pronunciarán sobre la misma.

Fundamentar es una manera de sustentar o formalizar el recurso, que se lo hace en forma oral a fin de que quien impugna la sentencia enuncie cuales son los motivos de la violación legal, expresando específicamente cuál o cuáles son las causales sobre las que pudo haberse cometido el error de derecho que afecta la sentencia, causales que están previstas en el artículo 656 del COIP y que ya fueron analizadas con anterioridad.

Es importante comentar que la Sala de lo Penal de la Corte Nacional, en varias ocasiones ha rechazado como fundamentación la referencia general a cuerpos legales que suelen exponer los abogados, pues la norma procesal exige que los errores de derecho sean claramente especificados, así como la forma en que éstos inciden en la sentencia cuya casación se reclama.

El ecuatoriano Alberto Jhayya Segovia⁸⁸ al referirse a la fundamentación del recurso, manifiesta que *“Aunque la Ley no lo disponga, amparados en los requisitos que el anterior Código de Procedimiento Penal establecía, y a la práctica generalizada, la fundamentación del recurso debería contener los siguientes puntos básicos:*

- a) La exposición precisa del hecho o hechos en que, según la sentencia, consiste la violación;*
- b) La cita de la Ley y norma que se considera violada; y,*
- c) Los fundamentos jurídicos en que se basa el recurso, o sea la relación del hecho con la ley o norma infringida”*

Al respecto me remito a la opinión de Lino Enrique Palacio⁸⁹, quien en forma acertada sostiene que corresponde al recurrente *“... no sólo la carga de mencionar específicamente la norma que se considere violada o erróneamente aplicada – lo cual excluye la posibilidad de mencionar genéricamente una ley o un código - sino también la consistente en expresar “la aplicación que se pretende” o sea en manifestar cuál es, concretamente, la solución jurídica que propicia para el caso, a cuyo fin debe indicar y demostrar la norma jurídica que debió aplicarse en reemplazo de la aplicada por el tribunal, o el distinto alcance que debió atribuirse a ésta”*

Como podemos apreciar, la fundamentación tiene como resultado el evidenciar ante el Tribunal Casacional, los errores en derecho que se encuentran en la sentencia de último nivel, para que sea este tribunal superior el que revierta una decisión injusta y la torne legal; sin embargo cabe señalar que en atención al derecho de defensa aún cuando no se

⁸⁸ Jhayya Segovia, Alberto *La etapa de impugnación en el nuevo Código de Procedimiento Penal*. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador pp. 57 -58

⁸⁹ Palacio Lino, Enrique. Ob. Cit. Pág.147

cumpla con este cometido por parte del recurrente, el Tribunal en aplicación del principio *iura novit curia*, puede admitir el recurso aún cuando la fundamentación sea equivocada.

III.1.3.1. Plazos

El artículo 169 de la Constitución de la República, determina que “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.”

Esta norma constitucional se ve reflejada y desarrollada en el artículo 657 del Código Orgánico Integral Penal, en cuyas reglas constan los plazos en que debe conocerse, sustanciarse y resolverse este recurso, así:

“Art. 657.- (...) 1. Dentro de los cinco días hábiles contados a partir de la notificación de la sentencia. La o el juzgador remitirá el proceso a la Corte Nacional de Justicia, en el plazo máximo de tres días hábiles, una vez ejecutoriada la providencia que la conceda.

2. El tribunal designado por sorteo, dentro del plazo de tres días convocará a audiencia. De rechazar el recurso, ordenará su

devolución a la o al juzgador de origen. De estas decisiones, no hay recurso alguno.

*3. El recurso se sustanciará y resolverá en audiencia que se realizará dentro del **plazo de cinco días** contados desde la convocatoria. (...)*

*7. La **sentencia se notifica dentro de los tres días de finalizada la audiencia.***

8. El proceso se devolverá a la o al juzgador o tribunal respectivo para la ejecución de la sentencia.”

Este recurso por su carácter de extraordinario tiene como excepción que el término para presentarlo es de CINCO DÍAS HÁBILES, a diferencia del recurso ordinario de apelación, que se lo puede presentar hasta el tercer día luego de notificada la sentencia.

Actualmente la normativa procesal penal determina que dicho recurso será interpuesto ante el juzgador quien está obligado a remitirlo a la Corte Nacional; si bien la norma es general, cabe aclarar que se lo presentará por escrito ante el Tribunal de Garantías Penales o la Sala Penal de la Corte Provincial que dictó la sentencia que se impugna, entregándole a éstos la competencia para receptor el recurso y admitirlo a trámite.

Los términos establecidos garantizan el debido proceso y sobre todo permiten aplicar el principio de seguridad jurídica, ya que reconocen el ejercicio del derecho de las partes

procesales a impugnar una decisión jurisdiccional, dentro de términos y plazos adecuados.

III.1.3.2. Desistimiento

El Código Orgánico Integral Penal en el artículo 652 relativo a las Reglas Generales de la Impugnación, determina en el numeral 2, que quien haya interpuesto un recurso, podrá desistir de él; estableciendo que la defensa pública o privada requiere el mandato expreso de la persona procesada; y, el numeral 9 establece que “En caso de que el recurrente no fundamente el recurso, se entenderá su desistimiento.”

La impugnación ha dejado de ser una etapa procesal, porque la característica de aquella es que debe ser cumplida dentro de los plazos y las formas establecidas por la ley procesal; y, la interposición de un recurso es un derecho que puede ser ejercido por cualquiera de los sujetos procesales, quienes no están obligados a impugnar.

Bajo esta óptica no sólo que no es imperativo impugnar una sentencia vía casación, sino que incluso habiendo interpuesto el recurso y encontrándose en la audiencia de fundamentación del mismo, puede que el recurrente no lo haga, en cuyo caso la norma procesal prevé que pueda desistir de continuar con su impugnación y el efecto jurídico es que el proceso será enviado para la ejecución de la sentencia. Solo puede desistir de la fundamentación el sujeto procesal que lo interpuso.

En caso de que existan varios recurrentes y sólo uno de ellos no desea fundamentarlo, el órgano de jurisdicción penal declarará el desistimiento del recurso para quien así lo solicite; y, continuará con la audiencia para el resto de impugnantes.

Cuando el recurrente no fundamenta el recurso porque no comparece a la audiencia, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional, declarará su abandono.

III.1.3.3. Casación por parte de la Fiscalía General del Estado

De conformidad a lo que disponen los artículos 194 y 195 de la Constitución de la República del Ecuador, la Fiscalía General del Estado

“...es un órgano autónomo de la Función Judicial, único e indivisible, funcionará de forma desconcentrada y tendrá autonomía administrativa, económica y financiera. La Fiscal o el Fiscal General es su máxima autoridad y representante legal y actuará con sujeción a los principios constitucionales, derechos y garantías del debido proceso.

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.”

En los procesos penales los Agentes Fiscales tienen la autonomía investigativa y se constituye en el órgano oficial de investigación del delito de ejercicio público de la acción; pero además tiene la representación de la sociedad que junto a la víctima, sufre las acciones que lesionan su integridad.

Al tener el ejercicio de la acción penal pública, desarrolla no sólo la investigación de los hechos constitutivos de un delito, sino que de existir mérito procederá a sustentar la acusación, siempre bajo las normas del debido proceso, que garantiza la integridad de la defensa y el reconocimiento de las garantías que protegen a la persona procesada.

El Fiscal está considerado como uno de los sujetos principales dentro de la relación jurídico procesal, por lo tanto como parte del proceso está facultado a ejercer su derecho de impugnación de las decisiones del órgano judicial penal, siempre que estén previstos en la norma adjetiva, entre estos, el Recurso de Casación.

El artículo 657 del Código Orgánico Integral Penal, determina que este recurso puede ser interpuesto por los sujetos procesales, bajo ciertas reglas, destacando en la No. 4 que:

“(...) 4. El recurso interpuesto por la o el fiscal, lo fundamentará en audiencia la o el Fiscal General del Estado o su delegada o delegado.”

Hemos manifestado con antelación que todos los sujetos procesales están en igualdad de condiciones por lo tanto la Fiscalía, que también es una parte del proceso penal, tiene el derecho de impugnar las decisiones judiciales penales a través del recuso de casación.

Siendo el nuestro un sistema oral, corresponde que el titular de la Fiscalía General del Estado, fundamentar el recurso interpuesto por un Fiscal de primer nivel o por el Fiscal Provincial. La impugnación casacional por parte de los funcionarios referidos, no es imperativa para el Fiscal General, que en forma personal o a través de sus delegados puede sostener o no dicha fundamentación.

III.2. Procedimiento ante el Tribunal Ad quem

III.2.1. Tribunal de Casación

La Constitución de la República, en el artículo Art. 184, establece cuales son las funciones de la Corte Nacional de Justicia, manifestando en el numeral primero lo siguiente:

1. *Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley.*

Es decir que desde la misma concepción constitucional, la Corte Nacional se erige como el más alto tribunal de justicia ordinaria del Ecuador, y es la única que puede actuar con jurisdicción y competencia como Corte de Casación. Su composición está establecida en el artículo 182 de la Constitución de la República, que textualmente dice:

“Art. 182.- La Corte Nacional de Justicia estará integrada por juezas y jueces en el número de veinte y uno, quienes se organizarán en salas especializadas, y serán designados para un periodo de nueve años; no podrán ser reelectos y se renovarán por tercios cada tres años. Cesarán en sus cargos conforme a la ley.

Las juezas y jueces de la Corte Nacional de Justicia elegirán de entre sus miembros a la Presidenta o Presidente, que representará a la Función Judicial y durará en sus funciones tres años. En cada sala se elegirá un presidente para el período de un año.

Existirán conjuezas y conjueces que formarán parte de la Función Judicial, quienes serán seleccionados con los mismos procesos y tendrán las mismas responsabilidades y el mismo régimen de incompatibilidades que sus titulares.

La Corte Nacional de Justicia tendrá jurisdicción en todo el territorio nacional y su sede estará en Quito.”

En el Art. 201 del Código Orgánico de la Función Judicial, se establecen las funciones de las y los Conjueces, que suplen la falta de un Juez titular, por lo tanto estos funcionarios llegan a integrar los tribunales casacionales.

Art. 201.- FUNCIONES.- A las juezas y a los jueces les corresponde:

- 1. Reemplazar, por sorteo, a las juezas y jueces en caso de impedimento o ausencia;*
- 2. Integrar, por sorteo, el Tribunal de tres miembros para calificar, bajo su responsabilidad, la admisibilidad o inadmisibilidad de los recursos que corresponda conocer a la sala especializada a la cual se le asigne y para conocer y resolver las causas cuando sea recusada la sala por falta de despacho;*
- 3. Organizar los fallos de la sala, seleccionar los precedentes para proporcionarlos a los ponentes de la sala a fin de que los utilicen en sus ponencias, y establecer los casos de triple reiteración a fin de ponerlos a conocimiento del Presidente de la sala para que los eleve hasta el Pleno de la Corte; y,*
- 4. Ejercer las demás atribuciones que establezca la ley.*

El Código Orgánico de la Función Judicial⁹⁰ a partir del Art.186 desarrolla la normativa reafirmando que la Corte Nacional es un Tribunal de Casación, siendo el único competente para conocer y resolver los recursos extraordinarios entre los que encontramos a la casación.

⁹⁰ Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento 544 de 9 de marzo del 2009

El maestro argentino Jorge Clariá Olmedo⁹¹, concibe al Tribunal de Casación, como “...el órgano jurisdiccional de más alto grado en un ordenamiento judicial determinado, que debe conocer de la vía impugnativa abierta en los procesos penales como consecuencia de la admisión de un recurso de casación interpuesto contra una decisión de un tribunal inferior, con las formalidades, facultades y limitaciones que la ley procesal establece...”

Por su parte el Código Orgánico de la Función Judicial⁹², establece entre los principios rectores a los que están sometidos los jueces, los de supremacía constitucional en el artículo 4 y de aplicabilidad directa e inmediata de la norma constitucional en el artículo 5, que junto con el de imparcialidad artículo 9, son los que rigen las actuaciones judiciales, cuya obligación es la aplicación directa de las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estas últimas sean más favorables a las establecidas en la Constitución.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos⁹³ ha sostenido en varias sentencias que “El juez o tribunal superior encargado de resolver el recurso interpuesto contra la sentencia penal tiene el deber especial de protección de las garantías judiciales y el debido proceso a todas las partes que intervienen en el proceso penal de conformidad con los principios que lo rigen (...) La posibilidad de “recurrir del fallo” debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho...”

⁹¹ Enciclopedia Jurídica OMEBA. Referencia a concepto de Jorge Clariá Olmedo, sobre la Casación Penal. *Tomo II, pág.808*

⁹² Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento 544 de 9 de marzo del 2009

⁹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio del 2004- párrafos 163, 164 y 165.

Todo lo señalado nos permite concluir que el Tribunal de Casación está limitado en su accionar exclusivamente a conocer el recurso de casación, sin tener la posibilidad de revisar los hechos ni lo justo o injusto de la sentencia y menos aún de la prueba como ya lo hemos precisado anteriormente, aunque si puede revisar si ha existido la aplicación debida de las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba, a fin de preservar la juridicidad y la motivación de la sentencia; caso contrario si ésta no esta motivada permitirá que se declare la nulidad constitucional.

Hay que recordar que casar como habíamos visto en su etimología significa entre otras cosas anular, por lo tanto la Corte Casacional es la única con la capacidad jurídica de anular una sentencia a través de este recurso.

III.2.2. Calificación del recurso

Nuestra legislación no admite la calificación previa del recurso, esto es, no permite que sea la Sala de Conjuces la que analice la impugnación a fin de establecer si existe fundamento para continuar con el trámite. Personalmente considero que la Asamblea Nacional al promulgar el Código Orgánico Integral Penal, perdió una magnífica oportunidad de legislar en beneficio de la constitucionalización y tecnificación de la casación, pues estimo que hubiese sido un paso adelante permitir esta calificación previa sobre los fundamentos del recurso.

Lo que nos ha quedado son las disposiciones contenidas en las Reglas constantes en el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal⁹⁴, que determinan que una vez que se

⁹⁴ Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero del 2014

ha notificado con la sentencia del inferior, cualquiera de los sujetos procesales puede impugnarla a través del recurso de casación.

En forma indirecta nos dice que el recurso debe ser presentado físicamente y por escrito ante el juez, tribunal de garantías penales o Sala Penal de Corte Provincial que emitió la última sentencia, que si bien no están facultados para emitir criterios sobre la admisibilidad del recurso, si les corresponde realizar un control sobre su legalidad y cumplimiento de requisitos de forma para su aceptación y envío a la Corte Nacional, donde se analizarán los aspectos de fondo.

Es necesario señalar que la aceptación a trámite del recurso de casación no tiene efectos vinculantes hacia la Corte Nacional, toda vez que es en ésta sede que se discute el recurso a través de la fundamentación de parte de quien recurre y el ejercicio de contradicción de los otros sujetos procesales, por ello habíamos dicho que la cuestión de fondo es privativa del tribunal casacional.

III.2.3. Audiencia de Fundamentación del Recurso

La Constitución de la República⁹⁵ en el artículo 168.6 nos dice textualmente que:

“6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.”

⁹⁵ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008.

Como ya lo hemos manifestado el sistema procesal penal que rige en el Ecuador es el acusatorio oral, que dispone que las decisiones se tomen en la misma audiencia, lo que quiere decir que los jueces ejercen su obligación de control de garantías de la relación jurídico procesal y, los sujetos procesales son aquellos que impulsan y desarrollan el proceso penal a través de las diferentes etapas; sistema que ha permitido que cada parte de la relación tripartita de juez, fiscal y defensa, ejerzan sus propias funciones.

Bajo esta óptica es que se desarrolla el recurso de casación, que no tiene calificación previa como ya lo analizamos, pero si tiene el ejercicio de oralidad, inmediación y contradicción entre los sujetos procesales para obtener una decisión del más alto tribunal de justicia ordinaria en el país.

Dentro de los plazos determinados en la ley, el día y hora señalados para la audiencia se instala el Tribunal que por sorteo le correspondió el conocimiento de ese proceso; así como los sujetos procesales participantes: recordemos que en los delitos de ejercicio público de la acción estará presente el Fiscal General de Estado o su Delegado; el procesado con su Abogado; y si hubiera el acusador particular. En el caso de los delitos de acción privada no acudirá la Fiscalía, ya que en esos casos solo participan las partes involucradas.

No existe límite de tiempo para cada exposición, pero es necesario referir que sin detrimento del derecho a la defensa, debería haber un señalamiento del tiempo máximo que puede usarse en la presentación de la propuesta jurídica que tiene limitarse a las causales estipuladas en la ley; sin embargo en la práctica se realizan verdaderas alegaciones de instancia que centran la discusión en temas probatorios y en la

inconformidad con la sentencia, pero que no demuestran la existencia de errores de derecho, que permitan el ejercicio de la función nomofiláctica del recurso.

Su finalidad es permitir que se fundamente el recurso, que se exponga ante el Tribunal los argumentos jurídicos que sustentan su interposición, pero también permite que las otras partes procesales, contrarién esta tesis, que manifiesten su desacuerdo con la interpretación jurídica del error, de hecho constituye una discusión netamente jurídica, en la que no interesa sino la confrontación de la sentencia con las normas constitucionales o legales, a fin de determinar si se ha cometido la violación de éstas en la sentencia.

El debate no sólo que es oral sino que también es público, con excepción de delitos sexuales y de seguridad del Estado, en los que se realizan audiencias reservadas; las disposiciones procesales penales sobre la dirección de las audiencias son aplicables a éstas. Siempre se concede la palabra inicial al recurrente y luego a los otros sujetos procesales a fin que contesten las alegaciones formuladas; se reconoce el derecho de última palabra de la persona procesada, quien debe concurrir con su abogado defensor. Cabe señalar que en caso de que la persona no tenga una defensa privada, lo asistirá en la defensa material uno de los abogados de la Defensoría Pública, que está presente a fin de evitar que se declare fallida la audiencia.

III.2.4. Casación de Oficio

El Art. 657.6 del Código Orgánico Integral Penal, permite la casación de oficio, que tiene como principio fundamental la aplicación del principio del iura novit curia, que

significa que los jueces conocen el derecho y por tanto lo aplicará más allá de que la fundamentación sea equivocada.

“6. Si se observa que la sentencia ha violado la ley, aunque la fundamentación del recurrente sea equivocada, de oficio se la admitirá.”

El fin del proceso penal es la justicia, por lo tanto no es admisible que existiendo un error de derecho, éste no sea subsanado por el tribunal casacional, más allá de que el recurrente no haya expuesto técnicamente sus alegaciones.

El Art. 169 de la Constitución de la República⁹⁶, expresa que el sistema procesal es un medio, un camino para la realización de la justicia, que no puede ser sacrificada por la omisión de formalidades, lo que permite entonces, la aplicación de la casación oficiosa, que responde a la finalidad del proceso.

Art. 169.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

⁹⁶ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008

III.2.4.1. Resolución

Recordemos que el objeto del recurso de casación, lo constituyen las sentencias definitivas, que son las únicas sobre las cuales recae este medio impugnativo a través de la actividad de los sujetos procesales que permiten su interposición, tramitación y decisión.

Una vez concluida la audiencia, el tribunal entra a deliberar y toma su decisión en base a todo lo expuesto tanto por el recurrente como por la contradicción de los sujetos procesales. La resolución debidamente motivada es emitida oralmente una vez reanudada la audiencia y, la sentencia se notifica dentro de los tres días luego de finalizada la audiencia.

La publicidad de las audiencias incide en la garantía de imparcialidad de los jueces, pues sus resoluciones son el resultado del ejercicio de inmediación que les permite apreciar directamente el desarrollo de las exposiciones de los sujetos procesales, de allí nace su convicción para decidir el caso.

En esta parte considero importante tratar el principio del non reformatio in pejus, que está previsto en el Art. 77.14 de la Constitución de la República, que textualmente dice: “ Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre”, este principio también consta en el artículo 5. 7 del Código Orgánico Integral Penal, que prohíbe al tribunal empeorar la situación jurídica de la persona procesada, siempre que sea la única recurrente, deduciéndose que si existen

otros recurrentes si puede modificarse la sentencia ya sea en relación al tipo penal o a la pena impuesta.

La resolución del recurso puede ser de tres clases:

- a) Declarar la nulidad constitucional por falta de motivación
- b) aceptar la impugnación y casar la sentencia;
- c) aceptar parcialmente la impugnación y por tanto casar la sentencia sólo en esa parte; y
- d) negar la impugnación y confirmar la sentencia, en cuyo caso ésta se ejecutoria.

La aceptación de la casación implica que se ha cometido un error de derecho, es decir que “la voluntad concreta de la ley proclamada por el juez como existente en su sentencia no coincide con la voluntad efectiva de la ley (sentencia injusta)...”⁹⁷, siendo éste el presupuesto que debe explicarse en la motivación de la sentencia.

III.2.4.2. Efectos

Cuatro son los efectos principales:

1. Que se declare la nulidad constitucional por falta de motivación de la sentencia, de conformidad a lo dispuesto en el Art.76.7 letra l) de la Constitución de la República⁹⁸ en concordancia con el Art. 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial⁹⁹.

⁹⁷ Rodríguez Chocontá, Orlando Alfonso. Casación y Revisión Penal. Evolución y Garantismo. Editorial Temis S.A. Bogotá – Colombia. 2008. Pág. 21.

⁹⁸ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre del 2008

⁹⁹ Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento 544 de 9 de marzo del 2009

2. Que se acepte la fundamentación total o parcialmente y se declare procedente el recurso, es decir que se encuentre violación de la ley en la sentencia y por lo tanto el efecto es enmendarla;
3. Que se declare improcedente el recurso, porque de la revisión del fallo no se advierten violaciones constitucionales o legales, y por tanto es una confirmación de la sentencia recurrida, cuyo efecto es la devolución del juicio al tribunal que la dictó para que ejecute la misma.

En estos casos la sentencia impugnada, adquiere eficacia de cosa juzgada.

4. Que pese a que la fundamentación fue errada, se encuentre de oficio errores de derecho que deben ser rectificadas mediante la expedición de otra sentencia, que subsane estos errores y los corrija.

CONCLUSIONES

Es preciso hacer las siguientes observaciones en relación con el recurso de casación y su futuro como institución jurídica:

Los antecedentes históricos que dieron origen al recurso de casación en la Francia del siglo XVIII, han desaparecido, debido a que su función política no es determinante como en aquella época que se pretendía imponer el poder real sobre el legislativo; considero que en la actualidad conviene hacerse un cuestionamiento sobre la necesidad de replantear sus fundamentos y presupuestos, redefiniendo su finalidad jurídica.

Es necesario mantener la formalidad del recurso de casación, primero porque debe diferenciarse de los recursos ordinarios, y luego porque este medio impugnatorio tiene como fin no solo la homogeneidad del derecho, las normas y su aplicación, sino que su finalidad se extiende al control del cumplimiento de las garantías constitucionales.

La mayor parte de planteamientos casacionales se centran en la revisión probatoria, en la inconformidad con las decisiones de los órganos de jurisdicción penal de primero o segundo nivel e incluso en los montos indemnizatorios que no constituyen errores de derecho. En la práctica se lo ha confundido con un recurso de instancia, es por ello que es tan bajo el porcentaje de resoluciones aceptando estos recursos.

El juez debe aplicar la ley respetando las garantías del imputado, pero ante todo debe tratar de declarar la aplicación más justa del derecho, respetando la dignidad humana y visibilizando a las víctimas y su derecho a la verdad y a la reparación integral.

Creo que algo positivo que debe destacarse es que la Sala de Casación, tiene un visión más amplia en cuanto al fin del recurso, que no sólo lo mira desde la perspectiva de la homogenización del derecho, sino que le atribuye una característica de garantía de derechos que se dirige hacia la nueva visión del recurso de casación que es un juicio de legalidad de la sentencia.

RECOMENDACIONES

Luego de analizar y estudiar el recurso de casación en el Ecuador, considero que hay un par de recomendaciones que me gustaría plantear:

1. **JURISPRUDENCIA:** debemos reconocer que no se ha dado cumplimiento a lo determinado por el artículo 182 del Código Orgánico Integral Penal, relacionado con los precedentes jurisprudencias que deben ser emitidos por las Salas de la Corte Nacional, ya que éstos son las líneas de actuación sobre las que se administra justicia por una parte y por otra, sirven de guía para los abogados y operadores de justicia en cuanto a la aplicación de la ley.

2. **CAPACITACIÓN:** Siendo este recurso extraordinario y formal, no cabe duda que requiere de rigurosidad jurídica, que sólo puede obtenerse capacitándose ya que este medio impugnatorio exige una profunda discusión técnico jurídica. Es importante la capacitación tanto de jueces como de los demás operadores de justicia en relación a la propuesta jurídica que debe sustentar la fundamentación de un recurso casacional que actualmente gira en torno a la inconformidad con la decisión del órgano de jurisdicción penal y no sobre el accionar de los juzgadores.

3. **MANTENER CRITERIOS UNIFORMES** que no constituyen necesariamente precedentes jurisprudenciales, sino que se relacionan con las actuaciones de los jueces que no siempre son coincidentes entre una sentencia y otra, lo que genera incertidumbre en los litigantes.

BIBLIOGRAFIA

ALBAN Gómez, Ernesto y otros autores: *La casación*, Volumen VII. Corporación Editora Nacional, Quito – Ecuador, 1994.

BARBERA De Riso, María Cristina: *Los recursos Penales. Lineamientos*, Editorial Mediterránea, Buenos Aires – Argentina, 2001.

BERTOLINO, Pedro: *Compendio de la Casación Penal Nacional*, Ediciones Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1995.

CABANELLAS De Torres, Guillermo: *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 1997.

CALDERON BOTERO, Fabio. *Casación y Revisión en Materia Penal*. Segunda Edición. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá – Colombia. 1985

CALAMANDREI, Piero: *La Casación Civil*, Tomos I y II, Editorial Bibliográfica, Buenos Aires – Argentina, 1945.

CAMARGO, Pedro Pablo: *El Debido Proceso*, Editorial Leyer, Bogotá – Colombia, 2000.

CLARÍA Olmedo, Jorge: *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Editores Rubinzal–Culzoni, Buenos Aires – Argentina, No consta año de publicación.

CHIOVENDA, Giuseppe: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2001.

CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2014.

CODIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2013.

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Corporación de Estudios y Publicaciones. Décima Edición. 2005.

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. Primera Edición. 2008.

CUEVA CARRIÓN, Luis. *La Casación en Materia Penal*. Ediciones Cueva Carrión. Segunda Edición. Ecuador. 2007

DE LA RÚA, Fernando: *Teoría General del Proceso*, Ediciones Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1991.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Referencia a concepto de Jorge Clariá Olmedo, sobre la Casación Penal. *Tomo II*.

“EL RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA DE FAMILIA, EN LA ZONA ORIENTAL, 2000-2004- El Salvador – 2014. <http://ri.ues.edu.sv/4237/1/50100969.pdf>

FERNÁNDEZ Vega, Humberto: *El recurso Extraordinario de Casación Penal*, Tercera Edición, Editorial Leyer, Bogotá – Colombia, 2002

GUERRERO Vivanco, Walter: *El proceso penal*, Tomo IV, Pudelco Editores, Quito – Ecuador, 2004.

MORALES TOBAR, Marco: *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador, 2011.

NIEVA FENOL, Jorge. *El hecho y el derecho en la casación penal*. José María Bosch Editor. Barcelona España. 2000

ORTIZ Mattos, Pastor: *El recurso de Casación en Bolivia*, Editorial Judicial, Sucre – Bolivia, 1997.

PALACIO, Lino Enrique: *Los recursos en el Proceso Penal*, Segunda Edición Actualizada, Editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires – Argentina, 2001.

PANDOLFI, Oscar: *Recurso de Casación Penal*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires – Argentina, 2001.

Revista de Derecho, N°12. EL RECURSO DE CASACIÓN CIVIL: ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y PERFIL ACTUAL Cecilia Paz Latorre Florido* <http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/7dd42e1f-6653-47cf-8adc-026a36b2bf91/7.pdf?MOD=AJPERES>

RODRIGUEZ CHOCONTÁ, Orlando Alfonso, Editorial Temis S.A.. Bogotá – Colombia. 2008

SOBERANES, José Luis: *Tendencias Actuales del Derecho*, Primera Edición, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1994.

TORRES Chávez, Efraín: *Práctica Penal*, Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, Loja – Ecuador, 2005.

TORRES ROMERO, Jorge Enrique y PUYANA MUTIS, Guillermo. Manuel del Recurso de Casación en Materia Penal. Segunda Edición. Editorial Proditécnicas. Medellín Colombia. 1989

VACA Andrade, Ricardo: *Manual de Derecho Procesal Penal*, Tomos I y II, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2001.

VELEZ Marinconde, Alfredo: *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Editora Córdoba, Argentina, 1993.

VESCOVI, Enrique: *Teoría General del Proceso*, Segunda Edición, Editorial TEMIS, Bogotá – Colombia, 1999.

ZABALA BAQUERIZO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo X. Editorial EDINO. Guayaquil – Ecuador. 2007