

22/JUN/2011

Jan 28:30

CORTE NACIONAL

SEGUNDA SALA DE LO PENAL

12

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO PENAL

Julio N. 0000-21 Año: 2011

33

RESOLUCIÓN N.º: 1049-2012

JUICIO N.º

RESOLUCIÓN N.º: 1010

PROCESADO: JAIINE ROGERIO CEDILLO LOJA-4264
(Kucumatz)
514.

AGRAVIADO:

MOTIVO: PRODUCCION, COMERCIALIZACION, DISTRIBUCION DE
IMÁGENES PORNOGRÁFICAS.

FECHA AUTOCABEZA: 14-SEPTIEMBRE 2009

LUGAR ORIGEN: 2da SALA ESPECIALIZADA DEL PENAL DE
LA CORTE PROVINCIAL DE AZUAY

FECHA RECEPCIÓN: 22 JUNIO / 11 FECHA RESOLUCIÓN:

FECHA DEVOLUCIÓN:



JUICIO No. 489-2011

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO PENAL.- Quito, 06 agosto del 2012; a las 08h10.

VISTOS: El Consejo de la Judicatura de Transición posesionó a las Juezas y Jueces Nacionales, el 26 de enero de 2012. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión de 30 de enero de 2012, conformó sus ocho Salas Especializadas de acuerdo a lo dispuesto en el art. 183, del Código Orgánico de la Función Judicial. La Sala Especializada de lo Penal tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal, según los arts. 184.1, de la Constitución de la República el Ecuador y 186.1, del Código Orgánico de la Función Judicial, este cuerpo legal en la Segunda Disposición Transitoria dispone que: *“en todo lo relativo a la competencia, organización y funcionamiento de la Corte Nacional de Justicia, este Código entrará en vigencia a partir de la fecha en que se posesionen los nuevos jueces nacionales elegidos y nombrados de conformidad con lo establecido en la Constitución y este Código”*. Por lo expuesto, avocamos conocimiento de la presente causa que, por sorteo le corresponde a la Dra. Gladys Terán Sierra, como Jueza Ponente; y, a los Doctores Johnny Ayluardo Salcedo y Merck Benavides Benalcázar, como jueces integrantes de este Tribunal de la Sala de lo Penal.

Jaime Rogelio Cedillo Loja, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Segunda Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, que declaró su culpabilidad y le ha impuesto la pena privativa de libertad, modificada de **OCHO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA**, como autor del delito, tipificado en el Capítulo de los Delitos de Explotación Sexual, artículo 528.7, del Código Penal, y sancionado en el inciso cuarto, ibídem.

Al estar la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera:

1. COMPETENCIA.

Este Tribunal de la Sala Especializada Penal, es competente para conocer y resolver los recursos de casación y revisión, conforme lo dispone los arts. 184.1, y 76.7.k), de la Constitución de la República, arts. 184, y 186.1, del Código Orgánico de la Función Judicial; y, en este caso el artículo 349, Código de Procedimiento Penal.

El recurso de casación ha sido tramitado conforme las normas procesales de los Arts. 352, y 354, Código de Procedimiento Penal, asimismo se ha aplicado lo que dispone el art. 76.3, de la Constitución de la República del Ecuador.

2. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y ACTUACION PROCESAL

2.1 Mediante parte policial suscrito por el policía Walter Verdezoto, se ha conocido que, el día 6 de junio del 2009, en las oficinas de la Dirección Nacional de Policía Especializada en Niños, Niñas y Adolescentes (DINAPEN), se han recibido llamadas telefónicas anónimas, indicando que en un local de venta de CDs, ubicado en la ciudad de Cuenca, calle Gran Colombia N3-39 y Tomás Ordoñez, se ha sabido expender videos con imágenes pornográficas, por lo que miembros policiales el día 8 de junio del 2009, a las 12H45, se han trasladado a este local comercial, y han encontrado que existía una caja de Cds, con imágenes de pornografía infantil, procediéndose a la aprehensión del propietario, el ciudadano JAIME ROGELIO CEDILLO LOJA, quien ante estos hechos ha manifestado, haber comprado la caja de películas donde se han encontrados los Cds con pornografía, por la insistencia del vendedor, sin haber revisado antes, ni tener conocimiento del contenido de dichos videos.

Concluida la instrucción fiscal, la señora Jueza Tercera de Garantías Penales de Cuenca, ha dictado auto de llamamiento a juicio en contra del procesado Jaime Cedillo Loja, por el delito de explotación sexual, contenido en el artículo innumerado, constante en el capítulo "De los Delitos de Explotación Sexual".

El Tribunal Primero de Garantías Penales del Azuay, que con fecha 27 de octubre del 2009, ratificó el estado de inocencia del procesado; sentencia de la que se ha interpuesto recurso de nulidad, el mismo que ha sido aceptado por la Segunda Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del

Azuay, declarando la nulidad de la audiencia de juicio oral, por considerar que se han violentado, los derechos constitucionales contemplados en el artículo 76.1.7, de la Constitución de la República y los artículos 286.6, y 330.3, del Código de Procedimiento Penal.

Sorteada la causa, ha correspondido su conocimiento al Tribunal Segundo de Garantías Penales del Azuay, que luego de realizar la respectiva audiencia de juzgamiento, y en base a las pruebas practicadas, ha ratificado el estado de inocencia de Jaime Rogelio Cedillo Loja, por no haberse comprobado conforme a derecho la existencia material de la infracción, ni la responsabilidad del acusado.

Apelada la sentencia por la Fiscalía, la Segunda Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, con fecha 30 de mayo del 2011, valora como prueba: 1) El testimonio del policía Walter Verdesoto Núñez, quien ha manifestado que: al acudir al local de venta de Cds, ubicado en la ciudad de Cuenca, calle Gran Colombia N3-39 y Tomás Ordoñez, ha tomado contacto con el dueño del sitio (Jaime Cedillo Loja), solicitándole la venta de videos de pornografía de adultos, a lo que el hoy sentenciado le ha permitido revisar algunos videos, que han estado en exhibición, donde se ha encontrado un Cd con el nombre "Las Chimbolitas", momento en el cual al identificar que se trataba de pornografía infantil, ha procedido a la detención del dueño del local, y a la incautación de estos videos; 2) Los testimonios de los peritos de audio y video, que establecieron que los videos contenían escenas de actos sexuales con menores de edad de 4 a 6 años; y de 13 a 17 años; 3) Testimonio del acusado, Jaime Cedillo Loja, quien ha manifestado haber comprado una caja de videos, a una persona que le ha insistido; y, que si ha vendido algunos de estos Cds, pero que no ha tenido conocimiento alguno de su contenido, en base a estos medios probatorios ha resuelto que la prueba practicada ante el a quo, es conducente y concordante con la imputación hecha por la Fiscalía, conforme al delito tipificado en el artículo 528.7, del Código Penal; que al aplicar las reglas de la sana crítica, en base a las pruebas presentadas, ha logrado establecer la realidad histórica de los hechos, por lo que resuelve revocar la sentencia recurrida, y declarar a Jaime Rogelio Cedillo Loja, responsable del delito tipificado en el inciso primero del artículo 528.7, del Código Penal, imponiéndole la pena privativa de libertad, modificada, de ocho años de reclusión mayor ordinaria.

Al estar la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera:

3. ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACION DEL RECURSO.-

3.1 DEL RECURRENTE JAIME ROGELIO CEDILLO LOJA:

En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, por medio de su abogado defensor Dr. Jorge Guerra, manifestó que:

3.1.1 Fundamentado su recurso en base al artículo 439, del Código de Procedimiento Penal, por cuanto la sentencia recurrida, ha violado la ley, en lo referente al artículo 5, del Código de Procedimiento Penal, que señala que ninguna persona podrá ser juzgado ni sentenciado dos veces por el mismo hecho; que en este caso, su defendido ha sido absuelto dos veces por el mismo delito, y que en la tercera ocasión, se ha iniciado un juicio por el delito de pornografía infantil.

3.1.2 Señala, que en contra de su defendido, se ha iniciado un proceso por el delito pornografía infantil, que por esta causa ha estado detenido, logrando recuperar su libertad al obtener sentencia absolutoria; que nuevamente ha sido detenido por la misma circunstancia, obteniendo otra vez a su favor, sentencia absolutoria, a lo que la Fiscalía ha interpuesto recurso de apelación y en la Corte Provincial de Justicia del Azuay, la Segunda Sala de lo Penal y Tránsito, ha revocado la sentencia recurrida y le ha condenado a la pena privativa de la libertad de ocho años de reclusión mayor ordinaria, por el delito de explotación sexual.

3.1.3 Afirma que juzgar a una persona por el mismo delito por explotación sexual y por pornografía infantil, era lo mismo, que en el presente caso, en la sentencia recurrida están mezclados estos dos delitos.

3.1.4 Manifestó que la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial del Azuay, ha violentado el artículo 76, de la Constitución de la República, que establece que ninguna persona podrá ser penada por la misma circunstancia dos veces, como es en este caso, por lo que

solicitaba se acepte la casación, y se declaró sin valor jurídico la sentencia dictada por el juez a quem.

3.2 DEL SEÑOR FISCAL GENERAL DEL ESTADO:

El Dr. Arturo Donoso Castello, delegado del señor Fiscal General del Estado, al contestar la fundamentación del recurso de casación señala que:

3.2.1 En la fundamentación del recurso de casación, el recurrente tiene que puntualizar cuál es la violación de derecho de la sentencia, en el Código de Procedimiento Penal, se establecen las causales del artículo 349, que dan lugar a la casación, esto es por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o por errónea interpretación de la norma y puntualizar cuál de estas violaciones en derecho se produjeron.

3.2.2 El recurrente, no ha puntualizado si se trata de uno de los tres eventos del artículo 349, del Código de Procedimiento Penal, si hay una contravención expresa debe demostrarla en relación con la norma, si se trata de una indebida aplicación, hay que decir en dónde está la indebida aplicación, y si existe una errónea interpretación, hay que demostrarlo en su situación real y concreta, en el presente caso la Fiscalía hace notar que, no existe constancia procesal de que se trate de dos procesos iniciados o sentenciados, por los mismos hechos, porque el non bis in ídem constitucional y legal supone que haya dos sentencias o dos procesos por los mismos hechos; sin embargo no es un tema que pueda revisarse al momento de la casación, sino que es motivo de la revisión penal, para ver cual de las dos sentencias prevalecen.

3.2.3 La Fiscalía considera puntualizar: 1. La sentencia del Segundo Tribunal de Garantías Penales del Azuay de febrero 25 del 2011, se refiere a la tipificación del art. 528.7, del Código Penal, que tiene que ver con la producción, publicación, o comercialización de imágenes pornográficas y que es más grave si se trata de menores de edad; y, la sentencia de la Corte Provincial del Azuay, que es la que revoca la del tribunal y es la examinada por el recurso de casación, revoca la sentencia del primer nivel, y dicta sentencia condenatoria en contra del recurrente, refiriéndose al artículo 528.7, ibídem, analizando en la sentencia el

uso de material pornográfico, adquirido y puesto a la venta por el hoy recurrente, que los tenía en su local comercial.

3.2.4 Hay que resolver de acuerdo a lo que consta en la sentencia, los elementos de ésta, son los que eventualmente dan lugar a la casación establecida en la norma y aún la casación oficiosa, en este caso la sentencia nos dice con toda precisión cuáles son los hechos, que fueron valorados por la Corte Provincial, para llegar a dictar una sentencia condenatoria revocando la de primer nivel

3.2.5 Por no estar el recurso de casación debidamente fundamentado solicita se lo declare improcedente.

4. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE LA SALA PENAL.

4.1 Del recurso de casación:

Los jueces, al ejercer la facultad jurisdiccional, potestad que le otorga el Estado, se encuentran sometidos al imperio de la ley, y por tanto sus resoluciones deben sustentarse en la aplicación verdadera y auténtica de la norma; por ser ésta, una actividad humana y ser factible de errores, se ha implementado los recursos como mecanismos de control de legalidad.

Al emitir una resolución el juzgador, debe realizar una constatación de los hechos en litigio, calificar las normas jurídicas y hacer una deducción de las consecuencias legales de tales hechos, sumado a esto, debe guiar su actuación dentro de las normas procesales que consagran las garantías del juzgamiento; en caso de que el juez yerre en su aplicación, existe la posibilidad de interponer el recurso de casación como un control a la legalidad de la actividad jurisdiccional.¹

Benjamin Irigorri, al definir a la casación señala: " (...) *debe entenderse como un juicio técnico de impugnación, valorativo, preciso, en orden a examinar una sentencia dictada por Tribunal Superior de Distrito Judicial, por vicios*

¹ Cfr. Murcia Ballén Humberto, *Recurso de Casación Civil*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá Colombia. 1996. Pags. 25-29

*referidos, ora al juzgamiento, ora al procedimiento; vale decir, violación a la ley penal sustantiva, violación de la ley procesal (...)*²

Es así, que podemos definir al recurso de casación como un juicio técnico jurídico que se hace a la sentencia del juez ad quem, siendo por tanto, de carácter extraordinario por esto está limitado únicamente a tratar falencias en la legalidad de la sentencia (*errores in iudicando*) o en el proceso (*errores in procedendo*) y excepcionalmente sobre la prueba que sustentó la sentencia (*errores in cogitando*), los que son taxativamente establecidos, sin convertirse en ningún caso, en una tercera instancia que valore nuevamente la prueba subsumida a los hechos ya juzgados por el a quo o ad quem; en este recurso se realiza una confrontación de la sentencia con la ley, a fin de establecer si ésta se encuadra de acuerdo a la norma y generando así seguridad jurídica, como una garantía del debido proceso.

4.2 De la fundamentación del recurso y vulneraciones legales invocados por el recurrente.

4.2.1 El artículo 76.7.i) de la Constitución de la República señala, “*Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia...*”

El artículo 5, del Código de Procedimiento Penal, establece: “*Ninguna persona será procesada ni penada, más de una vez por el mismo hecho*”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, en su artículo que 14.7, dice que: “*nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país*”³

Por su parte el artículo 8.4, de la Convención Americana de Derechos Humanos dice que: “*El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos*”

² Iragorri Diez, Benjamin. *La Casación Penal en Colombia*. Vitoria Universidad del Cauca. Popayan. 1972. Pág. 17.

³ Aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas mediante resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966.

De las normas constitucionales, legales y convencionales mencionadas, podemos establecer que una de las garantías judiciales consagradas en el debido proceso, es el derecho a no ser enjuiciado o procesado dos veces por el mismo hecho, ni de recibir dos veces sanción por un mismo acto. El principio del “non bis in ídem”, busca evitar una duplicidad de sanciones sobre un procesado, relativas a un mismo hecho, que cumplan con identidad subjetiva y objetiva, estableciéndose de esta manera que exista un único proceso.

En este caso el señor Jaime Rogelio Cedillo Loja, fue procesado por el Tribunal Segundo de Garantías Penales del Azuay, por el delito tipificado y sancionado en el artículo 528.7, del Código Penal, que ratificó su estado de inocencia, sentencia que fue apelada por la Fiscalía, y la Segunda Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial del Azuay, ha revocado esta resolución, condenando al recurrente por el delito acusado inicialmente; actos jurisdiccionales que se han ejecutado en un solo proceso, conforme a lo establecido en la norma procesal penal vigente, sin que se pueda observar prueba alguna por este juzgador, que evidencie la existencia de dos procesos, que hayan generado en el recurrente una violación de derechos y menos que haya sido juzgado o sentenciado dos veces por una misma causa, como lo ha manifestado en su alocución el abogado defensor.

4.2.2 El recurrente se fundamenta en que ha recibido dos sentencias ratificadoras de inocencia por la misma causa, y que posterior a esto el ad quem las ha revocado, condenándole por el mismo delito del que ya fue absuelto; frente a estas aseveraciones es importante aclarar, que dentro de la presente causa, el Tribunal Primero Garantías Penales del Azuay, realizó una audiencia oral de juzgamiento en la cual se ratificó la presunción de inocencia del señor Jaime Rogelio Cedillo Loja, diligencia procesal que fue declarada nula por la Corte Provincial de Justicia del Azuay, por lo que se invalidó todo lo actuado por el juzgador, generando el “efecto extensivo de la nulidad”⁴, que implica que todos los actos posteriores a esta declaración deben ser invalidados y volver a su estado anterior; por tanto se resorteo el conocimiento de la presente causa, al Tribunal Segundo de Garantías Penales, que dictó sentencia absolutoria; siendo esta la única sentencia de tribunal válida en el proceso, la misma que fue apelada por la Fiscalía y generó la sentencia de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte

⁴ Davis Echandia Hernando, Nociones Generales de Derecho Procesal Civil. Editorial Temis. Segunda Edición 2009. Pag. 847.

Provincial del Azuay, que revocó la sentencia subida en grado y declaró la culpabilidad del sentenciado, que es hoy recurrida ante este Tribunal de la Sala Penal, por lo que procesalmente no se puede señalar que el recurrente haya sido juzgado por dos ocasiones por la misma causa, con identidad objetiva y subjetiva; descartándose, por tanto la alegación que haya sido "juzgado dos veces por el mismo hecho".

4.2.3 En lo relativo al tipo penal establecido, es importante considerar que el delito por el cual ha sido sancionado esta tipificado en el artículo 528.7, del Código Penal que señala:

"Quien produjere, publicare o comercializare imágenes pornográficas, materiales visuales, audiovisuales, informáticos, electrónicos o de cualquier otro soporte físico o formato, u organizare espectáculos en vivo, con escenas pornográficas en que participen los mayores de catorce y menores de dieciocho años, será reprimido con la pena de seis a nueve años de reclusión menor ordinaria, el comiso de los objetos y de los bienes producto del delito, la inhabilidad para el empleo, profesión u oficio."

Las acciones propiamente típicas dentro de esta conducta punible son **producir, publicar y comercializar material pornográfico** en que participen los menores de dieciocho años, agravando la pena, de acuerdo a la edad de la víctima; al hacer un ejercicio de subsunción de los hechos, a la norma vulnerada por el recurrente, se establece que: las películas con material pornográfico, fueron encontradas en el local comercial de venta de Cds, de propiedad de Jaime Rogelio Cedillo Loja, quien claramente ha manifestado ejercer el comercio como su profesión habitual, por lo que de conformidad al artículo 2 y 3, del Código de Comercio, se le considera un comerciante; y por tanto, al ser su actividad socioeconómica el intercambio de bienes libres en el mercado, sería absurdo para este juzgador, aplicando la sana crítica, considerar que los Cds, que tenía en el local comercial de su propiedad no tenían como finalidad ser comercializados y distribuidos, dentro del común giro del negocio, más aún si la actividad comercial que se desarrollaba en este establecimiento, era la venta de Cds. de audio y vídeo de diferentes géneros, entre ellos de tipo pornográfico, conforme así se presentó con el agente de la Policía que procedió a su detención, al advertir que le estaba ofreciendo en venta pornografía infantil.

El desarrollo de la tecnología y de los medios de comunicación, han generado no solo el progreso de la sociedad, sino lamentablemente el avance de una criminalidad organizada, que utilizando los sistemas tecnológicos que brinda la globalización, crearon industrias de explotación sexual, una de estas es "la pornografía infantil", que involucra toda representación visual y real de niños y niñas, realizando actividades explícitamente sexuales, vulnerando derechos como la dignidad, igualdad, autonomía, bienestar integral físico y psíquico, a fin de obtener una gratificación sexual, ganancia financiera o un logro individual.

El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía⁵ define a la Pornografía como:

"Art. 2.c),(...) toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genital de un niño con fines primordialmente sexuales."

La Convención sobre la Utilización de Niños en la Pornografía⁶, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución de 25 de mayo de 2000 señala:

"Art. 2.- A los efectos del presente Protocolo: (...) c) Por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales."

La Convención sobre los Derechos del Niño señala:

"Art. 1.- Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad."

⁵ Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía. RO. Suplemento 153 de 25 de noviembre de 2005.

⁶ La Convención sobre la Utilización de Niños en la Pornografía. RO. Suplemento 153 de 25 de noviembre de 2005.

"Art. 34.- Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;*
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;*
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos."*

El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía señala:

" Artículo 3.1. Todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente:

(...)

- c) La producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil, en el sentido en que se define en el artículo 2."*

2. Con sujeción a los preceptos de la legislación de los Estados Partes, estas disposiciones se aplicarán también en los casos de tentativa de cometer cualquiera de estos actos y de complicidad o participación en cualquiera de estos actos.

- 4. Todo Estado Parte castigará estos delitos con penas adecuadas a su gravedad."*

El Estado Ecuatoriano en su normativa legal, adoptando su derecho interno a los convenios internacionales suscritos y ratificados, ha considerado a los niños, niñas y adolescentes como un grupo de atención prioritaria, buscando de esta manera precautelar de una manera más efectiva sus derechos y evitar actos que atenten o impidan a su normal desarrollo, y primordialmente en el 2005 tipificó

como delito, entre otros, a la explotación sexual, y dentro de esta a la pornografía en la que participan de cualquier forma personas menores de 18 años.

Constitución de la República del Ecuador:

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

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad.(...)”

“ Art. 45.- (...) Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; (...)”

“ Art. 46.- El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes(...)

- 5. Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones.”*

Código de la Niñez y Adolescencia.

“Art. 67.- Concepto de maltrato.- Se entiende por maltrato toda conducta, de acción u omisión, que provoque o pueda provocar daño a la integridad o salud física, psicológica o sexual de un niño, niña o adolescente, por parte de cualquier persona, incluidos sus progenitores, otros parientes, educadores y personas a cargo de su cuidado; cualesquiera sean el medio utilizado para el efecto, sus consecuencias y el tiempo necesario para la recuperación de la víctima. Se incluyen en esta calificación el trato negligente o descuido grave o reiterado en el cumplimiento de las obligaciones para con los niños, niñas y

adolescentes, relativas a la prestación de alimentos, alimentación, atención médica educación o cuidados diarios; y su utilización en la mendicidad.

Maltrato psicológico es el que ocasiona perturbación emocional, alteración psicológica o disminución de la autoestima en el niño, niña o adolescente agredido. Se incluyen en esta modalidad las amenazas de causar un daño en su persona o bienes o en los de sus progenitores, otros parientes o personas encargadas de su cuidado (...)

Además se establece como finalidad el lograr su desarrollo integral, para lo cual se compromete a respetar y garantizar el libre ejercicio de sus derechos dentro de un marco de dignidad, libertad y equidad, anteponiendo siempre sobre cualquier principio el interés superior del niño frente a otros; esta protección integral que otorga el Estado, a los niños, niñas y adolescentes, busca por una parte, el goce de una manera efectiva de los derechos humanos de supervivencia, desarrollo y participación; y por otra parte el evitar violaciones que afecten a su desarrollo físico y psicológico.

Uno de los principios básicos en la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, que atañe a los administradores de justicia, es la efectividad y prioridad absoluta, que implica una disposición imperativa, para los Estados de la adopción de medidas de cualquier índole, para garantizar la protección de los derechos e imponer que su atención sea con el máximo de los recursos, en caso de existir víctimas de violaciones o negaciones de derechos; y, en la aplicación de castigos a quienes promuevan estos actos.

A fin de ejercer esta protección el Estado, utiliza al derecho penal “como un conjunto normativo que permite un sistema social de convivencia”⁷, dándole a la norma penal una función protectora, de los presupuestos que requiere el ser humano para su normal desarrollo tanto personal como dentro de una sociedad, estos requerimientos se denominan bienes jurídicos.

En el tipo penal acusado, la función protectora de la norma es más amplia, por tratarse de un grupo de atención prioritaria y de un alto nivel de vulnerabilidad, como son los niños, niñas y adolescentes; en los delitos de

⁷ Muñoz Conde. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch Libros. 8va Edición. Valencia. 2010. Pág. 57

explotación sexual (pornografía), no se puede hablar solamente de la libertad sexual como bien jurídico protegido, dada la edad de las víctimas, que no tienen la condición de prestar válidamente su consentimiento ni de decidir sobre su libertad sexual, por lo que el Estado precautela en este caso, la indemnidad o intangibilidad sexual de los niños, niñas y adolescentes, buscándose dar seguridad y protección al libre desarrollo de su personalidad, sin intervenciones traumáticas de terceros, por cuanto se considera que carecen de autonomía para determinar ciertas conductas o comportamientos sexuales.

Se busca así mismo, el respeto a la dignidad humana, como un derecho inmanente del ser humano, intangible, que le permite a la persona manifestarse de una manera autónoma, libre e independiente, con la posibilidad de exigir respeto por parte de la sociedad frente a sus actos, que va de la mano con la protección a la integridad física y psíquica de los niños, niñas y adolescentes, evitando todo acto de violencia, maltrato o explotación, que altere la salud física, la perturbación emocional o psicológica que afectan a la autoestima y al desarrollo integral del ofendido.

Este Tribunal, considera que una resolución dentro de un proceso judicial se debe fundamentar en dos elementos bases: la coherencia, que es la lógica interna del discurso, juicios que sirven para la construcción lógica del razonamiento; y, la congruencia, que es la relación entre la decisión y la realidad procesal; por lo que en base a ello se resuelve que la *quaestio facti* planteada por la Fiscalía es conducente, clara e inequívoca sobre la actividad que realizaba el hoy recurrente, quien efectivamente tenía en su local comercial de películas, Cds con imágenes pornográficas de personas menores de 18 años, y que las comercializaba, considerando que el comercio de fotografías y películas, que representan actividades sexuales explícitas realizadas por niños, niñas y adolescentes, está intrínsecamente relacionada con el abuso y explotación sexual.

Por tanto, al existir el interés del Estado por proteger la indemnidad y libertad sexual, el derecho a la integridad y el desarrollo integral, a la dignidad de este grupo de atención prioritaria, se determina que la conducta atribuida al recurrente se encuentra adecuada a la tipificación establecida artículo 528.7, del Código Penal; y, al tener los jueces la potestad que nos da el Estado para garantizar el orden jurídico establecido en búsqueda de una coexistencia social

que garantiza y precautela el efectivo goce de los derechos, ratifica la sentencia recurrida, en cuanto al tipo penal atribuido.

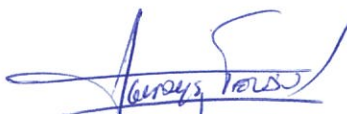
En lo relativo a la pena privativa de libertad, aplicada por el ad quem, este Tribunal, a fin de garantizar la seguridad jurídica, casa de oficio la sentencia, por cuanto en el segundo artículo innumerado, agregado a continuación del artículo 29, del Código Penal, se establece claramente que en delitos sexuales solo existen dos circunstancias atenuantes aplicables: la presentación voluntaria a la justicia y la colaboración eficaz en la investigación; hechos que en el presente proceso penal no se han justificado para poder ser aplicados por el juzgador; y, modificar la pena, por tanto el tribunal ad-quem no debió imponer la pena de 8 años de reclusión mayor ordinaria, sino una pena de 16 años de reclusión mayor extraordinaria, de conformidad con el artículo 15, del Código de Procedimiento Penal, que claramente señala que en materia penal se aplicará la interpretación restrictiva, se rectifica la sentencia recurrida en relación a la pena privativa de libertad impuesta al sentenciado, imponiéndole la pena privativa de libertad de dieciséis años de reclusión mayor especial; sin embargo, al ser el Ecuador un Estado constitucional de derechos y justicia, dando cumplimiento a las garantías del debido proceso al artículo 77.14, de la Constitución de la República, y al artículo 328, del Código de Procedimiento Penal, que establecen que al resolverse cualquier recurso o impugnación no se puede empeorar la situación del recurrente, se mantiene la pena impuesta por el Tribunal ad-quem, esto es de ocho años de reclusión mayor ordinaria.

6. RESOLUCIÓN:

Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala Penal Especializada de la Corte Nacional, ***“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA”***, al tenor del Art. 358, del Código de Procedimiento Penal, se casa parcialmente de oficio la sentencia recurrida, en cuanto a la modificación de la pena por haberse aplicado erróneamente atenuantes conforme a lo analizado ut supra; y, le impone la pena privativa de libertad de dieciséis años de reclusión mayor extraordinaria; y, por ser el sentenciado el único recurrente, de conformidad al artículo 77.14, de la

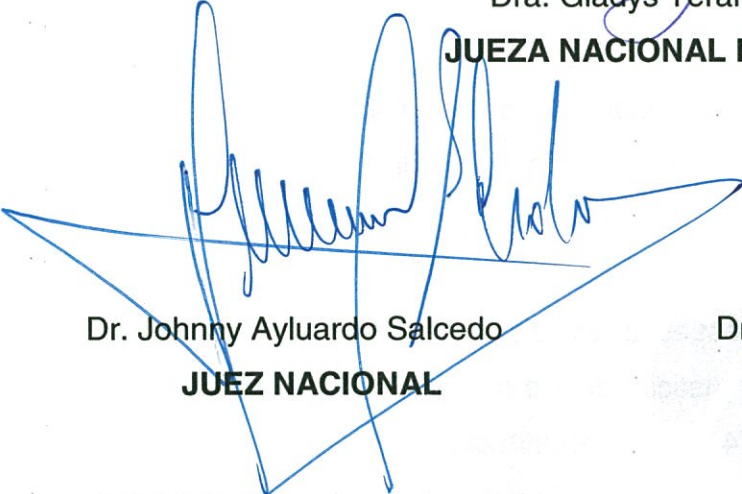
Constitución de la República, y al artículo 328, del Código de Procedimiento Penal, se mantiene la pena privativa de libertad impuesta por la Segunda Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial del Azuay, de 8 años de reclusión mayor ordinaria. Devuélvase el proceso al tribunal a quo, para la ejecución de la sentencia. De conformidad con la acción de personal No. 2692-DNP-MY, de fecha 23 de julio del 2012, suscrita por la Dra. Margarita De la Cueva Jácome, Directora Nacional de Personal, actúe en la presente causa la Dra. Martha Villarroel Villegas en calidad de Secretaria Relatora Encargada.-

Notifíquese y cúmplase.-



Dra. Gladys Terán Sierra

JUEZA NACIONAL PONENTE



Dr. Johnny Ayluardo Salcedo

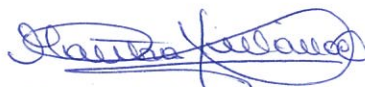
JUEZ NACIONAL



Dr. Merck Benavides Benalcázar

JUEZ NACIONAL

CERTIFICO:



Dra. Martha Villarroel Villegas
SECRETARIA RELATORA (E)

RAZON: En Quito, el día de hoy siete de agosto del dos mil doce, a partir de las diecisiete horas, notifico con la sentencia que antecede al Dr. Arturo Donoso Castellón, Delegado de la Fiscalía General del Estado, por boleta dejada en la casilla judicial No. **1207**; al sentenciado **JAIME ROGELIO CEDILLO LOJA**, por boleta dejada en la casilla judicial No. **4261** del Dr. Jorge Guerra.- Certifico.-



Dra. Martha Villarroel Villegas
SECRETARIA RELATORA (E)