CORTE NACIONAL DE JUSTICIA - SEGUNDA SALA DE LO PENAL.

Quito, Enero 15 de 2010.- Las 10h00.-

VISTOS: Avocamos conocimiento de la presente causa en calidad de Jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia y Conjuez Nacional, en virtud del Oficio No. 067-SG-2010-PCH. En lo principal. José Rogelio Tocagón Cobacango, interponen recurso de casación de la sentencia expedida el 3 de abril del 2008, por el Tribunal Segundo de lo Penal de Pichincha, que le declara autor responsable del delito de asesinato, previsto y sancionado en el Art. 450 numerales 1, 4 y 5 del Código Penal, imponiéndole la pena de dieciséis años de reclusión mayor especial. Concluido el trámite y siendo el estado de la causa, el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO.-** Esta Segunda Sala Especializada de lo Penal es competente para conocer y resolver este recurso de casación, en virtud del Art. 184 de la Constitución Política de la República del Ecuador, vigente a partir del 20 de octubre de 2008, publicada en el Registro Oficial No. 449; por lo dispuesto en los literales a) y b) del numeral 4 de la sentencia interpretativa 001-08-SI-CC de fecha 28 de noviembre de 2008, dictada por la Corte Constitucional de la República, publicada en el Registro Oficial No. 479 de 2 de diciembre de 2008; por Resolución Sustitutiva de 22 de diciembre del 2008, (publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de enero de 2009), a la aprobada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 17 de diciembre de 2008; y, por el sorteo legal de 29 de mayo del 2008. **SEGUNDO.-** A fs. 3 a 5, del cuaderno de la Sala consta el escrito de fundamentación del recurso formulado por el recurrente José Rogelio Tocagón Cobacango, que en lo principal expresa: que el Tribunal Segundo de lo Penal de Pichincha no era el órgano competente para enjuiciarle, puesto que de conformidad con el Art. 191 de la Constitución Política del Estado, ser miembro de la comunidad indígena Loma Gorda,

parroquia Tupigachi, cantón Pedro Moncayo, provincia de Pichincha, da viabilidad para que se aplique la justicia indígena a su caso. Se refiere también a ciertos testimonios rendidos en la audiencia de juzgamiento, los que desde su particular punto de vista no constituyen prueba alguna, específicamente los rendidos por el suboficial de policía Fausto Gerardo Acurio Pérez y por Martín Cuascota Pujota; se debió tachar al último de los testigos citado por no ser idóneo, ya que se trata de un sujeto peligroso que ha sido procesado dos veces por agresiones físicas y tentativa de asesinato. En todo momento afirma que él no estuvo presente en el lugar en donde se suscitó el incidente doloso materia de esta causa, por cuanto se encontraba laborando en la plantación florícola "Bella Rosa de Tabacundo" en donde presta sus servicios, situación que considera fue debidamente comprobada mediante los testimonios de descargo y la documentación remitida por su empleadora, que justifican plenamente que antes de las 06h00 del 6 de enero del 2006, se encontraba laborando, lejos del lugar en donde se produjo el hecho delictivo, lo que ocasiona que no se aplique la disposición del Art. 88 numerales 2 y 3 literales c) y d) del Código de Procedimiento Penal; agrega además, que si bien se encuentra comprobada la materialidad de la infracción, no se pudo establecer la responsabilidad penal de cada uno de los miembros de la Comuna Loma Gorda, siendo la única forma de sancionarlos, de acuerdo al pluralismo jurídico contemplado en el inciso cuarto del Art. 191 de la Constitución Política de la República; debiendo tenerse en cuenta que el Juzgador hace una interpretación errónea de la forma en cómo se cometen los hechos, sin que existan documentos ni testimonios que determinen su presencia en la casa comunal a la hora del ajusticiamiento, de ahí se deduce la falsa aplicación, violación e interpretación extensiva del Art. 450 en sus numerales 1, 4 y 5 del Código Penal por parte del Segundo Tribunal Penal de Pichincha, órgano que en tal caso debió interpretar las normas aplicadas en el sentido más favorable al

reo; infringiéndose además los Arts. 15 del Código Penal respecto al caso fortuito o fuerza mayor al realizarse una acción ilícita; 41, 42, 43 y 44 del mismo cuerpo legal en relación a la participación criminal en calidad de autor, cómplice o encubridor, calidades que no se adecúan a su proceder, al no haberse encontrado presente en la asamblea de la Comunidad de Loma Gorda en que, por unanimidad se resuelve sancionar a dos miembros peligrosos que atentaron contra la justicia ordinaria y la justicia indígena; considera que el órgano sentenciador también viola el Art. 123 del Código de Procedimiento Penal, ya que la declaración del menor Martín Cuascota no pudo ser tomada como testimonio propio, al no ser un tercero imparcial; así como las normas constitucionales contenidas en los Arts. 191, 23 numerales 26 y 27; que se refieren a la justicia de los pueblos indígenas, la seguridad jurídica y el debido proceso. **TERCERO.-** El Director Nacional de Asesoría Jurídica, Subrogante del Ministro Fiscal General del Estado, al contestar el traslado corrido con la fundamentación del recurso constante a fs. 9 a 12 del cuaderno de la Sala, luego de realizar el análisis de las pruebas actuadas en la audiencia de juzgamiento, en lo fundamental manifiesta: "...que para que el recurso extraordinario de casación prospere, es imprescindible, que quien recurre por esta vía, demuestre los errores de derecho en los que ha incurrido el Tribunal Penal, en cualquiera de las formas determinadas taxativamente en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal; es decir cuando se ha violado la ley en la sentencia, ya por contravenir expresamente a su texto; ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella, ya por haberla interpretado erróneamente; por tanto este recurso extraordinario, no está destinado para que se realice una nueva valoración de la carga probatoria, actividad que fue debida y razonadamente efectuada por el juzgador. En el caso sub judice, el recurrente sentenciado en su escrito de fundamentación no ha logrado determinar y exponer una real y manifiesta violación de la ley en la sentencia que permita que la casación

propuesta prospere, porque pretende que el Tribunal de casación vuelva analizar la carga probatoria, a más de evidenciarse una clara contradicción entre su alegación de no haber estado presente en el lugar de los hechos el día y la hora en que se produce la muerte de Cuascota Pujota y su solicitud de aplicación del Art. 191 de la Constitución Política de la República, que viabiliza la aplicación de la justicia indígena; lo que refleja una presunta justificación de sus actos, caso contrario no alegaría esta norma constitucional en defensa de sus acciones". Concluye solicitando, que la Sala declare improcedente el recurso de casación interpuesto por José Rogelio Tocagón Cobacango. **CUARTO.-** Examinada la sentencia por parte de la Sala, se observa que en la misma, el Tribunal Juzgador expresa que tanto la materialidad de la infracción como la responsabilidad del procesado se ha comprobado conforme a derecho con la práctica de las siguientes diligencias procesales actuadas en la audiencia del juicio, en lo que se refiere a la materialidad de la infracción con: **1.-** El protocolo de autopsia realizado por el perito médico legista, doctor Marlon Alexis Oviedo Ramírez en el occiso José Marco Cuascota Pujota, que luego del correspondiente examen externo e interno del cadáver, llegó a la conclusión de que la causa de la muerte fue por quemaduras de tercer grado en el noventa y nueve por ciento, de su superficie corporal, estableciéndose que su muerte fue violenta. Además encontró dos heridas contusas en la región parietal, producidas por la fuerza de impacto de un objeto contundente duro, sin bordes ni aristas; quemaduras de segundo grado en los pabellones auriculares, córneas dilatadas en 5 centímetros, desprendimiento epidérmico en el tórax y el abdomen, dorso con zonas edematosas, evidenciándose por el color rojo de la piel, que cuando se metió a la persona al fuego estaba viva. **2.-** Testimonio del sargento segundo de policía Pedro Bolívar Guevara Guerra, quien manifestó que realizó el levantamiento del cadáver de José Marco Cuascota Pujota en compañía del policía Oscar Cevallos en la morgue del Hospital Eugenio

Espejo de Quito el 8 de enero del 2006, a las 15H00, determinándose que el cuerpo del occiso estaba completamente quemado y lleno de ampollas. **3.-** Testimonio del policía Javier Cevallos Guzmán, agente que participó en el levantamiento del cadáver de José Cuascota Pujota en la morgue del Hospital Eugenio Espejo de Quito, lugar al que acudió por llamado de la Central de Radio Patrulla y en compañía del padre del fallecido se dirigieron a la Policía Judicial, persona que le indicó que su hijo fue acusado de robo por la comunidad en donde habitan, habiéndose decidido por los moradores quemarlo. **4.-** Testimonio del suboficial de policía Segundo Fausto Gerardo Acurio Pérez, quien expresa, que por la llamada de la central de radio patrulla acudió a la Comuna Loma Gorda, del cantón Tabacundo, el 6 de enero del 2006, aproximadamente a las 06H40, con la finalidad de verificar el linchamiento del cual le informaron. En este lugar encontró a un ciudadano amarrado con alambres que aún estaba vivo, incidente del cual nadie supo dar razón, hasta que pudo enterarse que la Comunidad había decidido reunirse el 5 de enero del 2006 para aprobar el linchamiento de Marco Cuascota Pujota, considerado como un delincuente avezado que se dedicaba a robar y a violar, se procedió a apagar el fuego del cuerpo del linchado y le zafaron las amarras para ponerlo en el patrullero y llevarlo al hospital del cantón Cayambe; debiendo abandonar la escena ya que los comuneros insinuaron que se queme también al policía, de ahí que no se pudieron recoger ciertas evidencias; y, **5.-** Testimonio de María Dolores Pujota Bautista, quien indicó que su marido le supo informar que a sus sobrinos Marco y Martín Cuascota los han cogido para quemarlos, porque se les ha encontrado en varias ocasiones robando a los comuneros. Cuando llega al lugar de los hechos, su sobrino Marco estaba quemado, amarrado con alambres los pies y las manos, por lo que lo único que pudo hacer fue ayudar a la policía a desamarrar los alambres. Alrededor estaban muchas personas, todos bebidos, sin que tenga conocimiento de

quienes son los dirigentes jurídicos de la comuna. La Responsabilidad del procesado se la establece con: **1.-** El testimonio del menor Luis Martín Cuascota Pujota, rendido en presencia de su curador Eduardo Cuascota, quien manifestó que en la madrugada del viernes 6 de enero del 2006 a él y a su hermano Marco Cuascota les sacaron de su casa varias personas, recordando con claridad únicamente a Rogelio Tocagón, a quien lo identifica como el autor de la muerte de su hermano, puesto que fue la persona que le lanzó gasolina y prendió el fósforo. Afirma que Tocagón era la persona que tenía la poma azul con gasolina y que le regó el combustible a su hermano Marco desde la cabeza a los pies y procedió a quemarlo en conjunto con otras cinco personas, entre ellos Alberto Cabascango. Expresa que a él por ser menor de edad no lo quemaron, pero que lo pegaron, bañaron en agua fría, le ortigaron, todo esto porque supuestamente se dedica a robar, hecho que lo desmiente enfáticamente; y, **2.-** Testimonio del acusado José Rogelio Tocagón Cobacango, quien manifiesta, que el día 6 de enero del 2006 se levantó a las 04h30 y salió de su casa a las 05h30 con dirección a su trabajo, al cual llega alrededor de las 05H50, haciéndose presente ante el supervisor Elías Sánchez. Refiriendo además que ese día limpió canales de bloques en compañía de sus compañeros de apellido Castillo y Toapanta, con quienes incluso jugó vóley, asegurando que laboró hasta las 15h00 y que cuando retornó a su casa, se enteró de lo sucedido. Las pruebas actuadas por el acusado no han conseguido desvirtuar la acusación fiscal, ni su no participación en este delito, pues si bien se circunscriben a ese día, éstas se refieren a otras horas, personas y lugares, donde no se suscitó el hecho, ni tiene que ver con el mismo, quedando en claro su participación directa, consciente y voluntaria en el caso que se juzga. De todo lo examinado esta Sala, observa que para establecer el nexo causal entre el acto ilícito que motiva el proceso con el agente activo del mismo, el Tribunal Segundo de lo Penal de

Pichincha, procedió a realizar un estudio prolijo y detallado de toda la prueba, solicitada, ordenada y producida en la audiencia de juzgamiento, para luego en acto soberano efectuar su valoración con estricto apego a las normas legales pertinentes y de conformidad a las reglas de la sana crítica llegó a declarar con convicción y certeza tanto la existencia material del hecho que se juzga, como la responsabilidad del acusado, por lo que esta Sala estima que el Tribunal Juzgador adecuó correctamente la conducta del procesado en el delito de asesinato tipificado y sancionado en el Art. 450 bajo las circunstancias constitutivas de los numerales (1) alevosía, pues ella presume que haya premeditación que constituyen elementos generadores de la malicia, la traición, la cobardía, como signos de este comportamiento, así como medios que aseguren el cometimiento del delito penal sin riesgo personal del hechor; la alevosía no se figura, sino que emerge como resultados de hechos acreditados con prueba concluyente, suceso y consecuencia que existe de autos pues el procesado aseguró la muerte de su víctima al rosearlo con gasolina desde la cabeza hasta los pies y procedió a prenderle fuego; (4) con ensañamiento pues aumento deliberadamente e inhumanamente el dolor de la víctima, (5) procediendo a imposibilitar a la víctima para que no pueda defenderse, atándolo con alambres a un poste; así también es correcta la pena impuesta sin la consideración de atenuantes, pues según el tratadista ecuatoriano Francisco Pérez Borja, cuando existe varias agravantes aplicables al Art. 450 ibídem como en este caso las contempladas en los numerales 1, 4 y 5, una de ellas es constitutiva del tipo de asesinato, y las demás operan como agravantes propiamente dichas, por lo cual no se puede aplicar atenuantes, al tenor de lo dispuesto en el Art. 72 del Código Penal. En lo referente a lo argumentado por el recurrente en el sentido de que se debería aplicar el Art. 191 de la Carta Magna en su caso, que se refiere al reconocimiento a las autoridades de los pueblos indígenas el ejercicio de funciones de justicia, aplicando sus

costumbres o derecho consuetudinario; al respecto y como bien lo advierte el Subrogante del Ministro Fiscal General del Estado, jamás podrá ser legítimo y justo, si implica la vulneración de derechos fundamentales reconocidos y garantizados para todos los habitantes de la República; situación que claramente está determinada en el mismo Art. 191 de la Constitución Política de la República en su inciso cuarto, que dice: "...Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad a sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarias a la Constitución y las leyes...". Alega también el recurrente que se violó el Art. 123 del Código de Procedimiento Penal, ya que la declaración del menor Martín Cuascota no pudo ser tomada como testimonio propio, al no ser un tercero imparcial; en torno a esto, la Sala advierte que el Art. 24 numeral 9 inciso segundo de la Constitución Política de la República del Ecuador anterior y hoy Art. 77 numeral 8 de la Carta Magna vigente establecen, respectivamente que: "...Serán admisibles las declaraciones voluntarias de quienes resultaren víctimas de un delito o las de los parientes de ésta, con independencia del grado de parentesco. ..." y "... Serán admisibles las declaraciones voluntarias de las víctimas de un delito o de los parientes de éstas, con independencia del grado de parentesco. ...". Consecuentemente, la Sala advierte que la sola disconformidad con una sentencia de última instancia, no autoriza a recurrir en casación, pues este recurso extraordinario procede únicamente cuando en la Resolución definitoria se ha quebrantado la ley en alguna de las hipótesis fijadas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, esto es por contravenir expresamente a su texto, o por haberse hecho una falsa aplicación de la norma o por haberla interpretado erróneamente; para el caso ninguno de estos eventos, logra demostrar el recurrente al sustentar la impugnación. De otro lado, necesario es destacar que por cuanto la casación no es un recurso

ordinario, no está en la esfera de las facultades de la Sala efectuar nueva valoración del caudal probatorio, ni volver analizar los argumentos, jurídicos sostenidos por los sujetos procesales durante la sustanciación de la causa. Finalmente se concluye que el Tribunal Juzgador, al dictar su sentencia lo hace con estricto apego a las normas de derecho, sin que pueda observarse violación de la ley y mucho menos el Art. 4 del Código Penal, porque los hechos narrados y referidos conducen a la sola conclusión que el Tribunal Juzgador formula, respaldado en la convicción y certeza de la existencia material del hecho y de la culpabilidad del recurrente; por lo que los cargos que se le imputan a la sentencia resultan infundados y no enervan, las conclusiones a las que arribó el Tribunal Juzgador. Por estas consideraciones, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,** La Sala declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el procesado José Rogelio Tocagón Cobacango, ordenándose que se devuelva el proceso al Tribunal Penal de origen. Actúe el Dr. Milton Álvarez Chacón, Secretario Relator Encargado, por licencia del Titular. Notifíquese.-

Dr. Luis Abarca Galeas
JUEZ NACIONAL PRESIDENTE

Dr. Máximo Ortega Ordóñez
JUEZ NACIONAL

Dr. Luis Quiroz Erazo
CONJUEZ

Certifico.-

Dr. Milton Álvarez Chacón
SECRETARIO RELATOR ENCARGADO

En esta fecha a las dieciséis horas notifico por boleta con la nota en relación y sentencia que antecede: al **SEÑOR FISCAL GENERAL DEL ESTADO**, en la casilla judicial No. 1207; a **ROGELIO TOCAGÓN COBACANGO**, en la casilla judicial No. 3636 y 847; a **MARIA TERESA CUASCOTA PUJOTA**, en la casilla judicial No. 2405; a **LUIS HUMBERTO CABASCANGO**, Presidente de la Comuna de Loma Gorda del cantón Pedro Moncayo, en la casilla judicial No. 847.- Quito, 18 de enero del 2010.-Certifico.-

DR. HONORATO JARA VICUñA
SECRETARIO RELATOR

Certifico que las copias que anteceden en doce fojas son iguales a sus originales.-
Quito, 27 de Enero de 2010

Dr. Honorato Jara Vicuña
SECRETARIO RELATOR

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO PENAL
SECRETARIA