

Quito, 20 de agosto de 2013

Lolita Montoya

Casillero No.5711

En el juicio No. 668-2012 que por injurias se sigue en contra de Ithel Isacc Idrovo Arana, se ha dispuesto lo siguiente:

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.
SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL,
PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRANSITO
Caso N. 668-2012 VR**

**LA CIUDADANA YISELA JANETH QUIÑÓNEZ VALENCIA CONTRA EL
CIUDADANO ITHEL ISACC IDROVO ARANA**

Juez ponente: Vicente Tiberio Robalino Villafuerte.

Quito, julio 29 de 2013. Las 12:30.

VISTOS:

1. ANTECEDENTES.

El Juzgado Décimo de Garantías Penales del Guayas considerando que se ha comprobado la existencia del delito y que el acusado, señor Ithel Isaac Idrovo Arana, es responsable, declaró su culpabilidad, en el grado de autor del delito tipificado en el artículo 493 del Código Penal, esto es injuria calumniosa, lo sancionó con la máxima pena privativa de libertad prevista en el artículo antes referido, esto es, prisión de dos años.

El querellado presentó recurso de nulidad y de apelación, la Segunda Sala de lo Penal, Colusorio y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, desechó la nulidad interpuesta y aceptó la apelación, revocó la sentencia dictada y declaró sin lugar la querella propuesta, a la que no calificó como maliciosa ni temeraria

La querellante señora Yisela Janeth Quiñónez Valencia presentó recurso de casación.

2. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal de casación, integrado por los Jueces Nacionales, señores doctor Wilson Merino Sánchez, doctor Johnny Ayluardo Salcedo y doctor Vicente Robalino Villafuerte, ponente, avocó conocimiento de este recurso mediante providencia de 29 de octubre de 2012, las 13h00.

En el Suplemento del Registro Oficial 38, de 17 de julio de 2013 se publicó la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial, cuyo artículo 8 dispuso que la Corte Nacional de Justicia se integre de seis salas

especializadas, entre estas, la de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, sustituyendo al artículo 183 que establecía a la Sala Especializada de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, cuya materia, prevista en el artículo 187 suprimido, pasó a conocimiento de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de acuerdo al artículo 9 de la reforma.

Mediante Resolución No. 3, de julio 22 de 2013, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador integró la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito; y decidió que los tribunales de casación que se habían integrado con anterioridad a la expedición de la referida Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial, se mantendrán.

No se ha impugnado la competencia del Tribunal ni a los jueces ni a la Conjueza señora doctora Aída Palacios Coronel, que intervino en la audiencia de fundamentación del recurso de casación, ni a los Jueces Nacionales que han actuado.

3. DEL TRÁMITE.

Por la fecha en que se ha presentado el recurso corresponde aplicar la Ley reformativa al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 555 de 24 de marzo de 2009, por lo que se formalizó el recurso de casación en audiencia oral, pública y de contradictorio.

4. PLANTEAMIENTOS DE LAS PARTES.

4.1. La parte querellante manifestó fundamentalmente, que:

i.- Según el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal es procedente este recurso por indebida aplicación de la ley.

ii.- La Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas “de forma mecánica, improcedente e ilegal dictó un fallo contra Yisela Quiñonez Valencia, afirmando que el querellado ya fue juzgado y sancionado, no obstante que ese juzgamiento fue contravencional, lo que constituye una agravante más sobre el delito de injurias proferido en contra de mi defendida.”

El artículo 10 del Código Penal diferencia entre lo que es delito y contravención. El artículo 392 del Código de Procedimiento Penal dispone “que al juzgar una contravención y de existir un delito se juzgará la contravención y se enviará a la Fiscalía para continuar con la investigación del delito. En el presente caso se trata de una acción privada, que se impulsa por acción propia y eso es lo que hemos hecho en el presente caso.”

Existe indebida aplicación del artículo 76 No 7 literal I) de la Constitución del Ecuador. “Los señores Jueces de esta Segunda Sala no dicen nada de todo el

acervo de prueba, he aquí también una vulneración al referido mandato constitucional que dice que las resoluciones deberán ser motivadas.”

iii.- El fallo atacado tiene cuatro numerales, “de los cuatro numerales el primero, segundo, hasta el tercero son una transcripción y repetición mecanizada de las piezas procesales, en el cuarto numeral es donde supuestamente hacen alusión, pero no hacen una motivación, por lo tanto, del plano de la legalidad pasamos al plano de la constitucionalidad.”

iv.- Fue vulnerado el artículo 66 numeral 18 de la Constitución donde menciona que todas las personas tienen derecho al honor y la honra.

Solicita se revoque el fallo emitido por la Segunda Sala de lo Penal, Colusorio y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, concedido a favor del señor Ithel Isaac Idrobo Arana, se case la sentencia a favor de la señora Yisela Janeth Quiñonez Valencia, se determine la sanción al acusado según los artículos 489 y 493 del Código Penal “porque ella era funcionaria pública en ese entonces, porque la conducta del querellado es delictiva y su conducta la adecuo a ello, además, lo que nunca hizo la Sala y debió hacerlo también, es que se sancione con costas, daños y perjuicios y se regule también los honorarios de su abogado.”

“Por ultimo solicito a ustedes, por favor, se haga justicia y que contra los hermanos negros, los hermanos afrodecendientes, no se permita más este tipo de situaciones, de imputaciones, estemos donde estemos, porque igual durante siglos somos parte de esta sociedad y hemos ayudado a esta sociedad, somos parte de ella.”

4.2. La parte querellada, dijo en lo principal, que:

i.- En la fundamentación del recurso de casación se plantea la violación de manera directa de la ley, por indebida aplicación del artículo 76.7 literal I) de la Constitución, por parte de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

“La Sala de manera motivada establece que dentro de este proceso penal existe un examen médico, en el cual, se determina que existe una incapacidad para el trabajo de tres días conforme la resolución dictada de fecha 19 de abril del 2011, elaborada por la abogada Jaqueline Hurtado Valdez, Comisaria Tercera de Policía Nacional de Guayaquil, en la que sancionan a mi defendido señor Ithel Isaac Idrobo Arana con la pena de treinta días de prisión, por haber adecuado su conducta a una contravención de cuarta clase, contenida en el artículo 607 numeral 3 del Código Penal.

La Sala llega a la conclusión, que no se ha podido demostrar con certeza tanto la materialidad de la infracción como la responsabilidad de mi defendido y se basa en un peritaje realizado por el cabo de policía Dani Mosquera Ponguillo,

Perito criminalístico. Manifiesta, la Sala en su sentencia, en el considerando tercero de esta resolución, que de este peritaje de audio y video de RTS de fecha 17 de junio del 2011, no dice nada sobre las injurias, entonces el juez aplicó de manera acertada lo establecido en el artículo 304 A del Código de Procedimiento Penal y motivando su resolución establece que no puede ser juzgado dos veces puesto que mi defendido ya cumplió una pena de 30 días por la contravención.”

ii.- Se manifiesta que existe una violación a la norma constitucional contenida el artículo 66 literal 18 de la Constitución, es decir, que todas las personas tienen derecho al honor y al buen nombre, a la honra específicamente, pero en este caso no ha sido vulnerado este derecho o bien jurídico, “porque en ningún momento mi defendido adecuó su conducta a esta injuria, no hay prueba alguna para poder imputar este cargo.”

iii.- “La pretensión de esta defensa es que se deseche el recurso de casación presentado y fundamentado en esta audiencia por cuanto no se ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, ya que el abogado ha enunciado las normas y no ha establecido de qué manera afectó en la decisión de la causa.”

4.3. Réplica de la parte querellante:

“Obviamente a mí me tocó vivir toda la verbigracia de este procedimiento, pero solo me cabe a ustedes señores Jueces determinarle una frase que dijo el injuriador en Gama TV el 23 de mayo del 2011: ‘creo que me excedí y si creo que la agredí verbalmente’ discúlpeme pero es necesario hacerlo en base a la réplica, tenemos una comisaria corrupta y mentirosa, todo esto está probado dentro del proceso, y vuelvo a insistir señores Jueces, aquí hay una confusión es decir cuando se habla del juzgamiento de la contravención les dije al principio de que simplemente ese es una agravante más siendo una autoridad fue ofendida, por ultimo lo que faltó fue arrastrarle, le desgarró esta parte de aquí , esto es lo que la Comisaria juzgó, la agresión física pero el delito de injurias no, entonces hay una confusión por eso es que digo al principio señores Jueces el artículo 10 que nos dice con claridad son infracciones actos imputables, sancionados por las leyes penales y se dividen en delitos y contravenciones aquí taxativamente la ley nos da una división al juzgar una contravención no quiere decir que están juzgando también un delito y no es que ya hay una sanción una pena ahí está la confusión y yo creo que esto está más claro de igual forma el artículo 392 nos dice que al juzgar una contravención si hay la existencia de un delito obviamente se sancionará la primera y luego obviamente se investigara para buscar la sanción del delito y eso fue lo que existió porque el señor querellado en los medios de comunicación siguió porfiando injurias y creyéndose el único dueño, amo y señor, entonces está comprobado hasta la saciedad y que no se venga a tratar

de confundir esta parte y con el debido respeto a la audiencia y con el debido respeto a la defensora y a ustedes señores Jueces.”

4.5. Última palabra de la parte querellada:

“De todas las experticias de audio y video realizadas como acaba de manifestar el abogado de la señora querellante, el perito determina que no existe nada entonces el juzgador no podía haberle sancionado a mi defendido sin prueba alguna y es por esto que solicito que se tome en cuenta lo manifestado por esta defensa y que consta de la sentencia, al momento de dictar su resolución.”

5. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

Sobre la naturaleza del recurso de casación:

- 5.1. La Constitución de la República del Ecuador en sus artículos 1, 11, 66, 75, 76, 77, 81, 82, 167 diseña y desarrolla un Estado constitucional de derechos y justicia, en que el máximo deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos humanos, se garantiza los derechos a la honra, dignidad, a vivir libre de violencia, la igualdad formal y material, a la integridad, a la tutela efectiva, imparcial y expedita, al debido proceso y la motivación, a ser juzgado por un juez competente, a la facultad de impugnar las decisiones judiciales, a la seguridad jurídica de la que una de sus expresiones es la legalidad, en que la potestad de administrar justicia emana del pueblo quien la ejerce a través de los órganos de la Función Judicial y otras autoridades legítimas, y en que el proceso penal es un medio para la realización de la justicia que debe atender a principios fundamentales como la legalidad y la mínima intervención penal, y en que las resoluciones deben estar motivadas.
- 5.2. La ex Corte Constitucional para el Período de Transición, en varias de sus sentencias, definió lo que constituye el debido proceso en un Estado constitucional de derechos y justicia:
 - i) Un Estado Constitucional de derechos y justicia es aquel en el cual “...la persona humana debe ser el objetivo primigenio, donde la misma aplicación e interpretación de la ley sólo sea posible en la medida que esta normativa se ajuste y no contradiga la Carta Fundamental y la Carta Internacional de los Derechos Humanos...”¹.
 - ii) “...En sentido material, el debido proceso es el adelantamiento de las etapas del proceso y el cumplimiento de las distintas actuaciones judiciales, con sujeción a las garantías

¹ Sentencia 007-09-SEP-CC, caso 0050-08-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 01 de junio de 2009.

constitucionales y legales, como límite de la función punitiva del Estado (noción formal más cumplimiento de los fines y derecho constitucionales) ... Hay debido proceso desde un punto de vista material, si se respeta los fines superiores como la libertad, la dignidad humana, la seguridad jurídica y los derechos constitucionales como la legalidad, la controversia, la celeridad, la publicidad, la prohibición de la reforma in pejus, y el doble procesamiento por el mismo hecho etc”².

- iii) La seguridad jurídica es “... la garantía constitucional dada a los ciudadanos y ciudadanas por el Estado, de que sus derechos no serán violados; si esto ocurriera, se los protegerá. Es la convicción, la seguridad que tiene el ciudadano y ciudadana de que su situación jurídica no será, de ninguna manera cambiada más que por procedimientos establecidos previamente. Esto quiere decir estar seguros de algo y libre de cuidados...”³.
- iv) Para que una resolución sea motivada “...se requiere que sea fundamentada, es decir que se enuncien las normas o principios jurídicos en que se basa la decisión...”⁴. Y, posteriormente ha dicho que “La motivación consiste en que los antecedentes que se exponen en la parte motiva sean coherentes con lo que se resuelve, y que nunca puede ser válida una motivación que sea contradictoria con la decisión...”⁵.

5.3. Acerca de sus facultades, la ex Corte Constitucional para el Período de Transición indicó que es intérprete único de la Constitución actual⁶, vigilante del ejercicio pleno de los derechos humanos⁷.

5.4. Sobre lo que implica el recurso de casación la ex Corte Constitucional para el Periodo de Transición mantuvo un criterio amplio, según el cual

² Sentencia dictada en el caso 002-08-CN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 1 de junio de 2009.

³ Sentencia 008-09-SEP-CC, caso 0103-09-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 1 de junio de 2009.

⁴ Sentencia 0144-08-RA, caso 0144-08-RA, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 615 de 18 de junio de 2009.

⁵ Sentencia 069-10-SEP-CC, caso 0005-10-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 372, 27 de enero de 2011.

⁶ “...La Corte Constitucional, único intérprete de la actual Constitución, está obligada a interpretar la misma en favor del ejercicio pleno de los derechos fundamentales y de los derechos humanos, como se ha determinado incluso en su propia jurisprudencia...”

⁷ Sentencia 004-09-SCN-CC, caso 0001-08-AN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 43, de 8 de octubre de 2009,

este recurso permite tanto la revisión de los hechos y del derecho, para así cumplir con la función normofiláctica y garantizadora del derecho subjetivo de las partes en litigio.⁸

Ejemplo de esto fue la sentencia 021-12-SEP-CC, dictada en el caso 0419-11-EP- en que la Corte mencionada criticó la falta de análisis probatorio⁹.

⁸ En la sentencia 003- 09-SEP-CC, caso 0064-08- EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 1 de junio de 2009, la Corte indicada, expuso que la doctrina y la jurisprudencia de la casación presentan dos corrientes: Una que circunscribe las actuaciones del tribunal a los aspectos de Derecho. Y, otra que cuestiona aún los hechos:

“En una interpretación más amplia y circunscrita al recurso de casación en materia penal. Se ha entendido que en la casación no sólo pueden revisarse cuestiones de hechos, sino que se deben revisar éstos; no hacerlo implicaría la violación a la garantía de la doble instancia en el proceso penal, reconocida en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos (por ejemplo: Art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Para sostener esta posición se utiliza la teoría alemana de la *Leistungsfähigkeit* (o agotamiento de las capacidades de revisión, que sostiene que un tribunal de casación debe revisar todo lo que le sea posible, quedando solamente excluidas las cuestiones directamente relacionadas al principio de inmediación.”

⁹ “Por otro lado, la Corte advierte que la sentencia de casación no cumplió el presupuesto previsto en el literal I del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución, relativo a la motivación, lo que está relacionado a un proceso lógico, donde el Tribunal estuvo obligado a vincular los fundamentos de hecho expuestos por las partes, de conformidad a lo previsto en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, esto es, examinar si la sentencia recurrida violó la ley, sea por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación. En este orden de ideas, las partes refirieron en el acta de acuerdo reparatorio (fs. 100 a 101) que “se produjo un accidente de tránsito en la cual lamentablemente fue atropellado un niño, producto del mismo y por golpes recibidos fallece en el lugar del accidente, sin poder determinar responsabilidades”; es más, la señora Fresia Yadira Cerruffo Santillán, en su calidad de madre sobreviviente del menor fallecido, por su voluntad propia y en la calidad que se presenta “libera de cualquier acción civil o penal al señor Iván Gonzalo Ubidia Mejía, a quien agradece el gesto humanitario que hace a su favor y por su hijo”, lo que no fue considerado en las sentencias de primer y segundo nivel. De igual forma, las aludidas sentencias no consideraron que en el parte policial y anexos, que obran de folios 127 a 140 del proceso,...según consta en el acta de la audiencia oral y pública de prueba y juzgamiento del recurrente que obra de fs. 31 a 38 vta., manifestaciones referenciales, ya que ninguno de los dos dieron fe de cómo ocurrieron los hechos que se trataban de esclarecer, pues no tenían conocimiento exacto de lo que había ocurrido, lo que enerva el valor probatorio de dichos testimonios. Para que una declaración testimonial surta efecto de prueba dentro de un proceso penal, no debe dejar dudas al juzgador que tiene que resolver a base de ellos la culpabilidad o inocencia del procesado, que tiene conocimiento exacto sobre lo que declaran y que no lo hacen por meras referencias o suposiciones.

Tampoco fue apreciada en su conjunto la declaración del imputado, quien advierte que el accidente se produce por un acto involuntario al haber explotado un neumático del vehículo que conducía, y al ser detenido por la policía fue trasladado hasta la prevención, donde le practicaron la prueba del alcoholímetro por dos ocasiones: la primera escuchó que no marcó, por lo que le practicaron una segunda; en ese momento llegó la unidad de emergencias del 911 y constatando su estado delicado de salud por las agresiones sufridas, recomendaron su traslado a una clínica. Sobre estos particulares, efectivamente se acredita del proceso que Iván Gonzalo Ubidia Mejía conducía el vehículo que produjo la muerte del menor, por la matrícula y licencia de conducir de fs. 39; que se produce la muerte del menor por atropellamiento; sin embargo, ni de la autopsia médico legal que obra de fs. 47 a 59 vta., ni del informe técnico de reconocimiento del lugar del accidente (fs. 51 a 74 primer cuaderno) se logró establecer que dicho suceso fuera intencional, ya que no se encontraron huellas (residuos de aceite), y del peritaje realizado al vehículo y de las fotografías se corrobora que el neumático anterior derecho quedó sin aire y con desgarres en sus tres tercios y el aro con deformación en sus tres tercios y que la parte frontal presenta hendiduras por el impacto de un cuerpo blando (menor atropellado).

Por otra parte, el imputado Iván Gonzalo Ubidia Mejía, según consta en el informe médico legal, fue objeto de agresión física (fs. 122 a 123), constatándose en el informe radiológico (fs. 124), lo que fue solucionado quirúrgicamente según se desprende del certificado de fs. 138 del proceso.

De igual forma, la prueba del alcoholímetro que obra a fojas 126 del proceso, si bien dio positiva, esto no fue corroborado con un examen de alcoholemia en la sangre, y sobre el supuesto estado de embriaguez no consta en el certificado médico cuando fue intervenido quirúrgicamente, ese mismo día, por las fracturas en la parte nasal, a consecuencia de la agresión física de la que fue objeto el procesado; situaciones contradictorias que no han sido

En sentencia No. 180-12-SEP-CC, 03 de mayo del 2012, caso No. 0981-11-EP, la misma Corte, indicó:

“Previamente a analizar el auto que niega el recurso de casación, la Corte debe señalar que este es un recurso previsto para garantizar un mayor grado de profesionalismo, confiabilidad y especialización en la administración de justicia, que persigue la celeridad, a la vez eficiencia y mayor grado de certidumbre jurídica para los ciudadanos, así ha conceptualizado la Corte al recurso de casación, cuando ha determinado que el mismo: ‘propende la defensa del derecho objetivo, ius constitutioni, o función normofiláctica, velando por su correcta, general y uniforme aplicación e interpretación, así como la protección y restauración del derecho subjetivo de las partes en litigio (ius litigatoris) cuando los tribunales hubieran aplicado indebidamente el derecho al caso particular sometido a su juzgamiento. El recurso de casación permite enmendar el juicio o agravio inferido a los particulares, con las sentencias de los tribunales de primera instancia, y de apelación o de alzada; entonces, la casación busca lograr varios objetivos como son la uniformidad y generalidad en la aplicación de la ley y doctrina legal en los distintos Tribunales del país, hacer justicia en el caso concreto en que una sentencia hubiere violado el derecho en perjuicio de algún litigante’...”

- 5.5. La actual Corte Constitucional, en funciones desde el 6 de noviembre de 2012, en sentencia No. 001-13-SEP-CC, dictada en el caso No.1647-11-EP, 6 de febrero del 2013, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 904, de 4 de marzo de 2013, abandonó la posición de su antecesora y ha planteado que:

“El caso *sub judice* nace de un Juicio Penal, por lo tanto se remite a los dispuesto en el Código de Procedimiento Penal, en el cual se determina que el recurso de casación será procedente cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, ya sea por contravención expresa de su texto, o por indebida aplicación o errónea interpretación. Además el pedido no

analizadas en las sentencias que juzgaron y condenaron al recurrente, de lo que deviene que han sido inmotivadas, donde no se aprecia la relación existente entre las normas aplicables al caso con los antecedentes de hecho y su explicación razonada de los principios procesales, legales y doctrinarios, así como las normas procesales que debieron ser aplicadas resultando una composición arbitraria, que denota dudas: El procesado, Iván Gonzalo Ubidia Mejía, estaba bajo los efectos del alcohol cuando condujo?, ¿Hubo o no testigo presencial del accidente de tránsito que produjo la muerte del menor? ¿La explosión de la llanta fue después del atropellamiento? ¿El accidente fue a consecuencia de la explosión de la llanta? ¿El resultado del alcocheck se produjo por la impresión que causó el accidente? ¿El menor fallecido estuvo parado dentro de la zona de seguridad? ¿El menor fallecido estaba fuera de la zona de seguridad?, dudas que no se han dilucidado en el proceso, ya que la madre del menor fallecido afirma que no se ha podido determinar responsabilidades, y los testigos señalados en el parte policial afirmaron que estuvieron dentro de sus habitaciones cuando oyeron un sonido fuerte, sonido que bien pudo ser la explosión de la llanta, ya que el arrollamiento de una persona no produce sonidos estridentes como refirieron los “testigos”.

puede fundarse en volver a valorar la prueba, conforme lo determina el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal de esta forma, se evidencia, una norma que restringe la competencia de los jueces de casación en materia penal, limitándolos únicamente hacia el análisis de la sentencia en referencia a estas tres circunstancias.

Por lo tanto, al momento de resolver el recurso se debe analizar únicamente la sentencia objetada por el recurrente, sin que los jueces tengan competencia para analizar temas de mera legalidad, que ya fueron resueltos y discutidos en las instancias inferiores, como por ejemplo el análisis de informes periciales, o la procedencia y valoración de pruebas, ya que si esto fuera así se desconocería la independencia interna de los jueces y tribunales de garantías penales garantizada en la Constitución de la República en el artículo 168 numeral 1 que reza: *“Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley”* y específicamente prevista en el Código de Procedimiento Penal en los artículos 28 y 29 en los que se les dota de la atribución de llevar acabo la sustanciación del juicio...

Ya en la etapa de impugnación, dentro de la cual, de ser el caso, se presente un recurso de casación, se debe analizar la violación de la ley dentro de la sentencia, más no otros asuntos cuya competencia como ya se dijo radica en los jueces de garantías penales...”

Disponiendo que la sentencia sea remitida al Consejo de la Judicatura y a la Fiscalía para los fines pertinentes.

Esta posición fue ratificada en la sentencia No. 008-13-SEP-CC, de fecha 2 de abril de 2013, dictada en el caso No. 0545-12-EP.

- 5.6. No es el objetivo de la casación declarar la nulidad total o parcial del proceso, tal nulidad sin embargo cabe declararla cuando, según el artículo 76.7.I) de la Constitución de la República del Ecuador, la sentencia no se encuentra motivada, o cuando, de acuerdo al artículo 330 del Código de Procedimiento Penal se tramite un recurso y el Tribunal encuentre que el juez de garantías penales o el tribunal de garantías penales hubieren actuado sin competencia, o que la sentencia no reúna los requisitos exigidos en el artículo 309 del referido Código, o que en la sustanciación del proceso se hubiere violado el trámite previsto en la ley, siempre que tal violación hubiere influido en la decisión de la causa.

Corresponde al Tribunal de casación analizar la sentencia recurrida, a efecto de determinar si se encuentra o no inmersa en lo establecido en el artículo 76.7.I) de la Constitución de la República, esto es si adolece de nulidad por falta de motivación, o si la causal procesal invocada para la nulidad es aplicable al caso o si existe acreditada alguna de las causales de casación previstas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, esto es si en ella se ha violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación, lo que implica garantizar el principio de legalidad; y, por tanto, el derecho a la seguridad jurídica.

Este Tribunal no valorará la prueba, ni revisará las actuaciones judiciales que constituyan parte de las distintas instancias¹⁰.

Sobre la materia del recurso:

La solicitud principal del recurrente en ejercicio de su derecho a impugnar las resoluciones es se case la sentencia del Tribunal de apelaciones, porque considera se ha violado la ley en tanto:

1.- Existe indebida aplicación del artículo 10¹¹ del Código Penal que distingue entre delito y contravención, y del artículo 392¹² del Código de Procedimiento Penal que establece que al juzgar una contravención y de existir un delito se juzgará la contravención y se enviará los antecedentes a la Fiscalía para la investigación del delito.

2.- Existe indebida aplicación del artículo 76 No 7 literal I) de la Constitución de la República por no encontrarse debidamente motivada la resolución del Tribunal de apelaciones.

3.- Fue vulnerado el artículo 66.18 de la Constitución donde reconoce que todas la personas tienen derecho al honor y la honra.

Reflexiones del tribunal

En el Estado constitucional de derechos y justicia ecuatoriano, toda autoridad, judicial o administrativa, tiene como obligación primigenia garantizar el ejercicio pleno de los derechos, cada uno y uno de los ciudadanos tiene derecho a la justiciabilidad de aquellos que han sido vulnerados, al respecto, en el Estado constitucional de derechos y justicia "se dota de una Constitución normativa, que sujeta todos los poderes a la legalidad, sitúa los derechos fundamentales en el centro del sistema y prevé para ellos garantías institucionales inéditas. En este sentido y a criterio de la Corte, todas las

¹⁰ Actividad que se venía realizando al amparo del criterio anterior.

¹¹ Art. 10.- Son infracciones los actos imputables sancionados por las leyes penales, y se dividen en delitos y contravenciones, según la naturaleza de la pena peculiar.

¹² Art. 392.- Remisión al Fiscal.- Si al juzgar una contravención el juez encontrare que se ha cometido también un delito, juzgará la primera y enviará el expediente al Fiscal competente para la investigación del delito.

autoridades administrativas, y en el caso sub judice las autoridades judiciales, de conformidad con lo establecido en la Constitución, deben ser garantes y operadores del cumplimiento de las normas y los derechos de las partes para la conformación de un verdadero Estado constitucional de derechos y justicia, en el que se respeten los derechos...”¹³

Este Tribunal de casación, antes de dar respuesta a las objeciones presentadas por la recurrente, con respecto a la sentencia del Tribunal de apelaciones, en cumplimiento de su rol de garante, examina el marco constitucional aplicable al caso concreto.

Es necesario remitirnos al acta del recurso de la audiencia correspondiente al recurso de apelación y nulidad. El acta de la audiencia y su valor están establecidos en el artículo 307 del Código de Procedimiento Penal:

“Art. 307.- Acta del Juicio.- El secretario debe elaborar un acta sobre el juicio que contendrá:

1. Lugar y fecha de iniciación y finalización de la audiencia, con mención de su suspensión y reanudación.
2. El desarrollo del juicio, con mención del nombre y apellido de los jueces, de las partes, testigos, peritos, traductores, los elementos de prueba producidos durante la audiencia y las grabaciones magnetofónicas, de video, o electrónicas efectuadas, que se anexarán al acta; y,
3. Las peticiones y decisiones producidas en el curso del juicio, y las conclusiones finales de las partes.

El acta debe ser firmada por el secretario.”.

El valor del acta de audiencia lo hemos señalado en otro dictamen diciendo¹⁴: “El valor del acta se da en dos aspectos. Una contiene el marco externo de la audiencia (los datos de numeral 1) y otra que contiene aspectos sustanciales como el respeto a la publicidad, a la contradicción, a la defensa, a la decisiones interlocutorias (los datos de los numerales 2 y 3).”

Si bien tal documento no se requiere para dictar sentencia ni para su validez, es importante considerarlo a efecto de establecer el desarrollo de la audiencia, es decir, entender la construcción del razonamiento del tribunal que resolvió.

El acta de audiencia de juzgamiento es el pilar fundamental para la decisión así lo señaló la ex Corte Constitucional para el Periodo de Transición“Al respecto, citamos el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal que establece: ‘Las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales penales correspondientes, salvo el caso de las pruebas testimoniales urgentes, que

¹³ La ex Corte Constitucional para el periodo de Transición en sentencia No. 035-12-SEP-CC del caso No. 0338-10-EP

¹⁴ Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala Especializada de lo Penal Proceso No. 0065- 2010 V.R. Recurso de Casación. Juez Ponente: Vicente Tiberio Robalino Villafuerte.

serán practicadas por los jueces penales. Las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción fiscal alcanzarán el valor de prueba una vez que sean presentadas y valoradas en la etapa de juicio'. Concretamente, del Acta de Audiencia Pública de Juzgamiento, que se constituye en el antecedente directo de la sentencia dictada por el Juzgado Primero de Tránsito de Esmeraldas, Acta que debió ser el pilar para la resolución emitida por la Única Sala de la ex Corte Superior de Justicia de Esmeraldas,..."¹⁵

Consta del acta de la audiencia de fundamentación del recurso de apelación, efectuada el miércoles 21 de marzo de 2012, a las 14:45, ante la Segunda Sala de lo Penal, Colusorio y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, que los presuntos hechos fueron cometidos en días y lugares diferentes, tales presuntos hechos tienen relación con violencia moral de desprecio contra una persona en razón del color de su piel y su origen étnico, dice en la referida acta, al ser preguntado el abogado Eduardo Caicedo, defensor de la querellante, por parte del Tribunal, lo siguiente:

"El acto injurioso comienza desde el momento que ella ingresa a este establecimiento que es una clínica de alcohólicos y personas que están enfermas, adictas, ahí comienzan las injurias donde se dice negra tal, negra cual, negra cuanto, y también de la agresión física y consecutivamente sin parar sin descansar, acto seguido en días posteriores comienza, concurre a los medios, o sea no se queda con ello concurre a los medios de comunicación consecutivamente, es decir, concurre días, 24, día 23 consecutivamente a dar declaraciones en este sentido, y taxativamente a decir tu eres una corrupta eres una extorsionadora...".

En la misma acta de audiencia consta que el abogado Jorge Triana, defensor del querellado, en referencia al supuesto doble juzgamiento del que su defendido, al parecer, fue sujeto, manifestó:

"Permítame la sentencia de la señorita Comisaria...en el sentido de que son hechos aislados, diferentes hechos, me voy a permitir leer el extracto...en su parte pertinente dice 'por culminar la inspección llego el denunciado Ithel Idrovo a increparme gritarme negra concha, perdón doctores con el respeto que Ustedes se merecen, desgraciada sinvergüenza te voy a pisotear lárgate negra hija de p..' ...y me juzgó a 30 días de prisión es lo que supuestamente después se denunció en la querella..."

El acto de insultar, es decir, el uso de palabras socialmente definidas como negativas, ofensivas, puede implicar en determinados casos la existencia de un trasfondo ideológico, que condiciona la elección de determinados agravios contra determinadas personas, cuando esto sucede se supera el insulto y se utiliza un lenguaje discriminatorio. "En general podemos clasificar el lenguaje

¹⁵ La ex Corte para el Periodo de Transición, sentencia 026-09-SEP-CC, del caso 126-009-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 54 de 26 de octubre de 2009

discriminatorio en tres casos: a) La discriminación léxica, debida a la elección de ciertos términos; b) La discriminación sintáctica, basada en la forma en que construimos ciertas oraciones; y c)...el lenguaje racista, por ejemplo, se identifica con relativa facilidad, por el empleo extensivo de estereotipos denigrantes”¹⁶

La discriminación racial es, de acuerdo a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de la cual Ecuador es signatario¹⁷, “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”¹⁸. De acuerdo al Comité para la Eliminación Racial de las Naciones Unidas, La discriminación racial se expresa en muchas formas, entre otras estructurales y culturales¹⁹.

En el caso, que nos ocupa la referencia al origen étnico de la Comisaria, la distinción oprobiosa en función de su raza, en un contexto de violencia, denota desprecio con el fin de anular su dignidad, constituyendo un acto discriminatorio mediante la adjetivación propio de un lenguaje de odio: “negra tal, negra cual, negra cuanto, y también de la agresión física” “negra concha, perdón doctores con el respeto que Ustedes se merecen, desgraciada sinvergüenza te voy a pisotear lárgate negra hija de p..’ ...”

La Constitución de la República en el artículo 11.2 establece que “Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.”

¹⁶ El Lenguaje y el Género <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1962/7.pdf>

¹⁷ Decreto Supremo del Ecuador 1037 Registro Oficial 140 de 14-oct-1966

¹⁸ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, artículo 1.

¹⁹ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial 79º período de sesiones 8 de agosto a 2 de septiembre de 2011 Recomendación general Nº 34 aprobada por el Comité Discriminación racial contra afrodescendientes:...5. El Comité entiende que el racismo y la discriminación racial contra los afrodescendientes se expresan en muchas formas, entre otras estructurales y culturales.

Al respecto la ex Corte Constitucional para el periodo de Transición dijo que “Generalmente, se usa la ‘no discriminación’ para referirse a la violación de la igualdad de derechos para los individuos por cuestión social, racial, religiosa, orientación sexual, razones de género o étnico-culturales, entre otros..., la discriminación negativa se concreta cuando se realiza un prejuicio, una valoración previa que contradiga las observaciones científicas o las disposiciones legales con el afán de causar perjuicio...Según Cesar Rodríguez, en su texto titulado Derecho a la igualdad, ‘los ingresos, la clase social y la raza, factores tales como el género, el origen étnico, la nacionalidad, la filiación religiosa o la ideología política’ dan lugar a las formas de discriminación... En otras palabras, la discriminación ha sido una de las principales fuentes de desigualdad, debido a que como ciertos grupos están marginados de las decisiones, se les priva de ciertos derechos fundamentales, tales como la salud, la seguridad social y la educación, entre otros.”²⁰

La violación al derecho a la igualdad y al principio de no discriminación se encuentra sancionada en el Código Penal que dice en el artículo agregado en los innumerados después del artículo 190, por la Ley reformativa al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 555 de 24 de marzo de 2009:

“Art. ...- Será sancionado con prisión de seis meses a dos años el que cometiere actos de violencia moral o física de odio o de desprecio contra una o más personas en razón del color de su piel, su raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad.

Si de los actos de violencia a que se refiere este artículo, resultare herida alguna persona, los autores serán sancionados con prisión de dos a cinco años. Si dichos actos de violencia produjeren la muerte de una persona, sus autores serán sancionados con reclusión de doce a dieciséis años.”

En el caso que nos ocupa el lenguaje de odio utilizado por el agresor estuvo acompañado de agresiones físicas, constituyéndose un todo de violencia moral de odio en razón del color de su piel, por lo que no debía enjuiciarse por injuria, es decir como un delito de acción privada, sino como un presunto delito de odio que es de acción penal pública, el cual no debe quedar impune por omisión judicial, pues la impunidad genera inseguridad y atenta contra la democracia.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial en su artículo 6 determina que “Los Estados partes asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial que,

²⁰ La Ex Corte para el periodo de Transición Sentencia No. 023-10-SEP-CC, de 11 de mayo de 2010 en el Caso No. 0490-09-EP

contraviniendo la presente Convención, viole sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación.”

En este sentido el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de las Naciones Unidas, determinó que el Estado debe (“28). Garantizar la protección de la seguridad y la integridad de los afrodescendientes sin discriminación alguna, adoptando medidas destinadas a prevenir los actos de violencia contra ellos que tengan una motivación racial; garantizar la intervención rápida de la policía, los fiscales y el poder judicial para investigar y sancionar estos actos, y asegurar que los autores, sean o no funcionarios públicos, no gocen de impunidad”²¹.

Sin embargo, por no corresponder a la Corte Nacional de Justicia, poner en conocimiento de la Fiscalía el presunto cometimiento de una infracción penal, puesto que restaría imparcialidad al prejuzgar la existencia o responsabilidad en un delito²² es lo pertinente remitir a la Defensoría del Pueblo para que vigile el debido proceso²³ al no haberse seguido el trámite que corresponde a una acción pública.

²¹ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial Recomendación general N° 34 aprobada por el Comité Discriminación racial contra afrodescendientes

²² La ex Corte para el periodo de Transición, Sentencia No. 034-10-SEP-CC, 24 de agosto del 2010, del caso No 0225-09-EP: “En el presente caso, los señores Conjueces Permanentes de la Tercera Sala de Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, doctor Gutemberg Vera Páez, y abogados: Héctor Cabezas Palacios y Marco Quimís Villegas, declaran la nulidad en el proceso penal signado en primera instancia con el N.O 062-06 y en la segunda instancia con el N.O 337-B-2006-A, desde la resolución que da inicio a la Instrucción Fiscal (fojas 999), evidencian la tergiversación de la aplicación del poder punitivo del Estado de declarar la nulidad de actuado y disponer que se impute al recurrente y a la doctora Olga Saldarriaga, luego de haber sido debidamente investigados, con un desconocimiento total de las normas procesales vigentes; esto es, declaran la nulidad con la única finalidad de que se inicie la instrucción de manera expresa en contra del “Dr. Arturo Espinoza, la Dra. Olga Saldarriaga y demás personas que estime necesario ...”. De esta manera se está prejuzgando al recurrente, lo cual es violatorio del derecho constitucional de presunción de inocencia, constante en el numeral 2 del artículo 76 de la Constitución de la República, cuando establece que se presumirá la inocencia de toda persona y será tratada como tal. En el auto que se impugna, se dispone iniciar instrucción fiscal en contra del recurrente y otra persona, no obstante que en la ya realizada, se concluyó en la inexistencia de elementos de convicción que permitieran vincular al doctor Espinoza, imputándole responsabilidad en el delito que se investigó; sin embargo, a pesar del tiempo transcurrido y de haberse cumplido con todos los requisitos que establece la Ley procesal penal, se dispone abrir otra instrucción, lo cual no es procedente constitucional ni legalmente.”

²³ Art. 215.- La Defensoría del Pueblo tendrá como funciones la protección y tutela de los derechos de los habitantes del Ecuador y la defensa de los derechos de las ecuatorianas y ecuatorianos que estén fuera del país. Serán sus atribuciones, además de las establecidas en la ley, las siguientes:

1. El patrocinio, de oficio o a petición de parte, de las acciones de protección, hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, incumplimiento, acción ciudadana y los reclamos por mala calidad o indebida prestación de los servicios públicos o privados.
2. Emitir medidas de cumplimiento obligatorio e inmediato en materia de protección de los derechos, y solicitar juzgamiento y sanción ante la autoridad competente, por sus incumplimientos.
3. Investigar y resolver, en el marco de sus atribuciones, sobre acciones u omisiones de personas naturales o jurídicas que presten servicios públicos.

Con lo expuesto al violarse el trámite previsto en la ley y haber esto influido en la decisión de la causa se ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el artículo 330.3, del Código de Procedimiento Penal²⁴, se agrega a esto que el procedimiento ha sido por varios hechos presuntamente cometidos, como se dijo, en diferentes días, lugares y medios, y que la sentencia de la Segunda Sala de lo Penal Colusorio y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas no se ha pronunciado respecto de todas las posiciones de las partes en la audiencia de fundamentación de los recursos antes indicados.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos como Godínez Cruz Vs. Honduras, párrafo 70, 71²⁵ ha dicho que los recursos formales no tienen sentido si son rechazados sin llegar al examen de la validez de los mismos, o por razones fútiles y que los procesados tienen derecho a un recurso efectivo, independientemente de su resultado: Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, párrafos 127 y 128²⁶.

DECISION.

Por lo expuesto este Tribunal de casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional del Ecuador, por unanimidad, declara la nulidad de todo lo actuado desde el inicio de la causa, a costa de los jueces que intervinieron durante todo el proceso.

4. Ejercer y promover la vigilancia del debido proceso, y prevenir, e impedir de inmediato la tortura, el trato cruel, inhumano y degradante en todas sus formas.

²⁴ Art. 330.- Causas de nulidad.- Habrá lugar a la declaración de nulidad, en los siguientes casos:

1. Cuando el juez de garantías penales o el tribunal de garantías penales hubieren actuado sin competencia;
2. Cuando la sentencia no reúna los requisitos exigidos en el artículo 309 de este Código; y,
3. Cuando en la sustanciación del proceso se hubiere violado el trámite previsto en la ley, siempre que tal violación hubiere influido en la decisión de la causa.

²⁵ “70. En cambio, al contrario de lo sostenido por la Comisión, el mero hecho de que un recurso interno no produzca un resultado favorable al reclamante no demuestra, por sí solo, la inexistencia o el agotamiento de todos los recursos internos eficaces, pues podría ocurrir, por ejemplo, que el reclamante no hubiera acudido oportunamente al procedimiento apropiado.

71. El asunto toma otro cariz, sin embargo, cuando se demuestra que los recursos son rechazados sin llegar al examen de la validez de los mismos, o por razones fútiles, o si se comprueba la existencia de una práctica o política ordenada o tolerada por el poder público, cuyo efecto es el de impedir a ciertos demandantes la utilización de los recursos internos que, normalmente, estarían al alcance de los demás. En tales casos el acudir a esos recursos se convierte en una formalidad que carece de sentido. Las excepciones del artículo 46.2 serían plenamente aplicables en estas situaciones y eximirían de la necesidad de agotar recursos internos que, en la práctica, no pueden alcanzar su objeto”.

²⁶ “127. El Tribunal ha señalado que el recurso efectivo del artículo 25 de la Convención debe tramitarse conforme a las normas del debido proceso establecidas en el artículo 8.1 de la misma, todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1) . Por ello, el recurso de protección de garantías planteado ante la Corte de Apelaciones de Santiago debió tramitarse respetando las garantías protegidas en el artículo 8.1 de la Convención.

128. El artículo 25.1 de la Convención ha establecido, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley”

Remítase copia simple del proceso a la Defensoría del Pueblo con la finalidad señalada. Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente a la autoridad de origen. **NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.** Dr. Vicente T. Robalino Villafuerte **JUEZ NACIONAL PONENTE** Dr. Johnny Ayluardo Salcedo **JUEZ NACIONAL** Dra. Aída Palacios Coronel **CONJUEZA NACIONAL.- Sigue la notificación y certificación, lo que le comunico para los fines de ley.-**

Dra. Martha Villarroel Villegas
SECRETARIA RELATORA (e)