

No. 351-2006

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA TERCERA
SALA DE LO PENAL

Quito, 7 de agosto del 2007; a las 11h00.

VISTOS: El sentenciado José Claudio Tenezaca Alvarez, interpone recurso de casación contra la sentencia pronunciada el 19 de abril del 2006; a las 08h30 por el Tercer Tribunal Penal de Pichincha, mediante la cual se le impone la pena de seis años de reclusión menor ordinaria, por considerarlo autor responsable del delito de tráfico ilegal de migrantes, tipificado y sancionado en el Art. 440-A del Código Penal. Oportuna y debidamente fundamentado el recurso de casación; se corrió traslado con el mismo al señor Ministro Fiscal del Estado, quien contestó, de conformidad con lo que establece el Art. 355 del Código de Procedimiento Penal. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.-** Esta Sala Tercera de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de la designación efectuada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia el 21 de noviembre del 2006, así como por la creación de la Sala prevista en la Ley Orgánica Reformativa a la Ley Orgánica de la Función Judicial, y por el sorteo de ley respectivo. Así mismo, el Dr. Raúl Rosero Palacios avoca conocimiento del proceso en su calidad de Conjuez Permanente y en virtud del oficio No. 1494-SP-CSJ de fecha 1 de agosto del 2007, suscrito por el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia.- **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad; por lo que este Tribunal de alzada declara la validez de esta causa penal.- **TERCERO: ANTECEDENTES PROCESALES.-** 1.- Mediante auto resolutivo de fecha 13 de enero del 2005, el Juez Octavo de lo Penal de Pichincha, dispuso llamar a juicio a José Claudio Tenezaca Alvarez y Alberto Oyola, contra quienes se determinaron presunciones graves de responsabilidad penal como autores del delito tipificado y sancionado por el Art. 440- A del Código Penal, ordenando su detención en firme. 2.- Posteriormente, en fecha 19 de abril del 2006, el Tercer Tribunal Penal de Pichincha, judicatura en que se radicó la competencia del presente juicio, dictó sentencia condenatoria mediante la cual se le impone la pena

de seis años de reclusión menor ordinaria al ciudadano José Claudio Tenezaca Alvarez, por considerarlo autor responsable del delito de tráfico ilegal de migrantes.- Sentencia de la que el acusado interpone recurso de casación. **CUARTO: FUNDAMENTACION DEL RECURSO.-** El sentenciado alega que al momento de dictarse sentencia por parte del Tercer Tribunal Penal de Pichincha, se violaron los Arts. 2, 4, 11, 32, 33 y 36 del Código Penal; Arts. 1, 11, 12, 14, 70, 81, 83, 87, 88, 90, 91, 110, 112, 220, 250 y 304-A del Código de Procedimiento Penal; y los Arts. 1, 3 numeral 2, 16, 18, 23 numerales 3, 4, 26 y 27; 24 numerales 1, 8, 10, 13 y 17; 163, 192 y 194 de la Constitución Política de la República, pues la sentencia carece de motivación, incumple las garantías del debido proceso y la seguridad jurídica; no consideró las atenuantes justificadas; no existió certeza de la existencia de la infracción ni de su responsabilidad penal; interpretó erróneamente el Art. 143 del Código Adjetivo Penal al no considerar a su declaración como prueba a su favor y medio de defensa. Agrega que la sentencia es incoherente, contradictoria, incongruente y equívoca, ya que para comprobar la materialidad de la infracción se sustentó en tres recibos de los cuales se ha practicado el examen grafológico, pero que aquellas pruebas no son atinentes al tráfico de personas; y que, para demostrar su responsabilidad penal, la única prueba de cargo es del propio acusador particular quien manifiesta que el verdadero coyote es ALBERTO OYOLA por ser quien realizó las gestiones para tratar de sacar del país a la presunta ofendida, ya que la otra declaración es del recurrente, la misma que, de conformidad a lo que determina el Art. 143 del Código de Procedimiento Penal debe ser considerada como medio de defensa y de prueba a su favor, por lo que, en este caso se ha aplicado erróneamente la ley. Finalmente agrega que al no haberse comprobado la existencia de la infracción, así como la responsabilidad penal que se le imputa, solicita se case la sentencia recurrida. **QUINTO: DICTAMEN FISCAL.-** El señor Ministro Fiscal interviniente, al contestar la fundamentación del recurso de casación interpuesto, manifiesta: 1.- Que el Tribunal ha declarado que se encuentra comprobada la existencia material de la infracción con los actos precisados en el considerando tercero del fallo: a) Tres recibos: el primero de febrero del 2004, por la cantidad de \$ 2.500,00; el segundo de 21 de febrero del 2004 por la cantidad de \$ 1.000,00; y, el tercero de 5 de mayo del 2004 por \$ 2.800,00, todos ellos que demuestran que José Claudio Tenezaca recibió dichos dineros, constando su firma de recibí conforme; b) El testimonio del Teniente de Policía Paúl Salazar Acosta, perito quien efectuó el análisis grafotécnico de las firmas y manuscritos obrantes en dos recibos y en una hoja blanca de cuatro líneas, determinando que la firma constante en los tres recibos corresponden a las del acusado. 2.- En cuanto a la responsabilidad punitiva del recurrente

José Claudio Tenesaca Alvarez, el Juzgador analiza los testimonios de: a) El acusador particular Mariano Paute Domínguez quien manifiesta que como padre de Zoila Nancy Paute Encalada, entregó al acusado la cantidad de \$ 12.000,00 en diferentes fechas, con la finalidad de que ayude a su hija a salir del país, con rumbo hacia Estados Unidos, comprometiéndose el acusado a hacerlo de forma legal y que para tal efecto le entregó un pasaporte obtenido en la ciudad de Cuenca, unas fotos tamaño carnet y más documentos de soporte que le permitan obtener la visa de la República Dominicana, dirigiéndose a Guayaquil, desde donde ha salido vía aérea hasta dicho país, lugar en el que un individuo le ayudaría a cruzar el Canal de la Mona hacia Puerto Rico, lugar en el que terminaría el compromiso del acusado; dice que José Claudio lo engañó al asegurarle que su hija se encontraba en Puerto Rico, exigiéndole el pago del dinero que faltaba para completar los \$ 12.000.00, sin embargo de lo cual la verdad era otra, pues su hija nunca llegó a Puerto Rico y que por el contrario fue abandonada a su suerte en República Dominicana por Alberto Oyola y deportada al Ecuador después de cuatro meses y medio, luego de pasar detenida en dicho país; afirma que una vez que llegó su hija le reclamó el dinero a Tenezaca Alvarez, quien se comprometió a intentarlo nuevamente, trayendo a Zoila Nancy Paute Encalada desde la ciudad de Cuenca hasta la ciudad de Quito, hospedándola en un hotel, embriagándola y luego violándola; b) El testimonio del propio acusado José Claudio Tenezaca Alvarez, quien dice que su participación en el hecho se limitaba a recomendar el nombre de Alberto Oyola para que ayude a la hija de Mariano Paute a salir del país, todo ello porque le ha indicado cuál fue la manera que le permitió que sus hijos viajen a los Estados Unidos; afirma que es verdad que llevó a Zoila Paute a la ciudad de Guayaquil para que emprenda su viaje previamente programado, pero que la dejó y regresó a Cuenca; acepta además haber recibido el dinero de manos del acusador, y de cuyas cantidades existe como constancia los recibos que constan del proceso, pero que no fueron recibidos como pagos, sino a pedido de Mariano Paute para mandar giros por Western Unión, a lo que él accedió; dice que las firmas que constan en los recibos le pertenecen y que se vio obligado a firmarlos porque Mariano Paute en compañía de unos hombres de color llegaron a su casa con amenazas de muerte. 3.- Con este precedente el juzgador, soberano en la apreciación de la prueba, valora estos testimonios de acuerdo a las reglas de la sana crítica, la misma que considera al testimonio del acusado y concluye manifestando que con la prueba incorporada a juicio, se justifica la materialidad de la infracción, así como la responsabilidad del mismo, razón por la cual la afirmación del recurrente en el sentido de que no se consideró su testimonio como medio de defensa, carece de fundamento. Que el recurso de casación de acuerdo al Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, es aplicable cuando en

sentencia se ha violado la ley por contravenir expresamente su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella, ya por haberla interpretado erróneamente. En la causa, las pruebas presentadas en la etapa del juicio y que cumplen los principios de oralidad, inmediación y contradicción, le dan la certeza al Tribunal de que se ha comprobado la existencia del acto antijurídico tipificado y sancionado en el Art. 440-A del Código Penal, por cuanto se solicitó una cantidad de dinero para facilitar la migración de personas nacionales, para lo cual el acusado utilizó medios ilegales y como consecuencia de estos, la ofendida fue abandonada a su suerte en República Dominicana por el contacto del acusado en dicho país con Alberto Oyola y deportada al Ecuador después de cuatro meses y medio, en que pasó detenida. Por otro lado, se aprecia que la prueba fue pedida, ordenada, practicada e incorporada a juicio conforme al Código Adjetivo Penal, respetando las normas del debido proceso; y, con la facultad que le concede al Juzgador el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal, llega a la certeza de que el acusado Tenezaca Alvarez es el autor del delito de tráfico ilegal de migrantes, tanto más cuanto que al rendir su declaración, acepta haber recibido el dinero por parte del acusador y que recomendó el nombre de Alberto Oyola para que ayude a la hija de Mariano Paute a salir del país, conduciendo a Zoila Paute a la ciudad de Guayaquil para que emprenda su viaje previamente programado, razón por la cual las alegaciones de que se violaron las normas constitucionales carecen de fundamento. 4.- De la revisión de la sentencia, dice el señor Ministro Fiscal, se aprecia que esta guarda coherencia entre los hechos que describe el Tribunal en la parte expositiva, con lo resuelto en la parte resolutive y las disposiciones aplicadas, por lo que considero que no se ha vulnerado las normas legales citadas por el reo y que se refieren a la falta de motivación de la sentencia. 5.- Finalmente el Art. 72 del Código Penal manda, como requisito para la modificación de la pena, que haya dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante no constitutiva o modificatoria de la infracción, dejando a criterio del juzgador la regulación de la pena, la misma que deberá guardar proporcionalidad con las circunstancias del acto antijurídico y la alarma social causado por este. Al respecto, el Juzgador afirma que no procede conceder atenuantes al acusado, pues este actuó con alevosía, astucia, disfraz, fraude, abusando de la amistad o confianza; del examen de la sentencia no existe constancia de que el recurrente haya actuado conforme lo establece el Art. 30 del Código Penal, el mismo que detalla las agravantes no constitutivas de la infracción. Consecuentemente solicita a la Sala declarar procedente el recurso interpuesto por el sentenciado, por cuanto el Tribunal hizo una falsa aplicación de los Arts. 72 y 30 del Código Penal; por lo que deberá enmendar el error de derecho en el cual incurrió el Juzgador. **SEXTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.-** 1.- La

casación penal es un medio extraordinario de impugnación, de efecto suspensivo, contra sentencias en las que se hubiere violado la ley, ya por contravenir expresamente su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella, ya en fin, por haberla interpretado erróneamente o como señala Fabio Calderón Botero en su obra "Casación y Revisión en Materia Penal" que el recurso de casación **"es un juicio técnico jurídico, de puro derecho sobre la legalidad de la sentencia (errores in iudicando) o sobre el proceso en su totalidad o en diversos sectores del mismo (errores in procedendo); de ahí que la casación, como un juicio sobre la sentencia que es, no puede entenderse como una instancia adicional, ni como potestad ilimitada para revisar el proceso en su totalidad, en sus diversos aspectos fácticos y normativos, sino como una fase extraordinaria, limitada y excepcional del mismo"**. 2.- En el caso que nos ocupa la Sala está imposibilitada de reexaminar las pruebas, así como tampoco juzgar los medios intelectivos por los cuales el juzgador llega al convencimiento de la responsabilidad del imputado, pues, existe constancia plena de la materialidad de la infracción y el Juez realiza previamente una valoración racional de las pruebas, en base de la lógica del raciocinio, esencia misma de la sana crítica. 3.- El señor Fiscal General del Estado, en base de la descripción de las pruebas actuadas y que han servido para que el Tribunal dicte la sentencia respectiva, ha manifestado que se encuentra probada la existencia del delito, así como la responsabilidad del procesado José Claudio Tenezaca Alvarez, quien acepta haber recibido el dinero de parte del ciudadano Mariano Paute Domínguez, padre de la víctima, a fin de que se pague los valores para que su hija Zoila Paute Encalada pueda viajar a los Estados Unidos, claro está, de manera ilegal; pues, ni el acusado, ni el prófugo Alberto Oyola, quien supuestamente era el enlace para esta acción ilícita, tienen la calidad de funcionarios consulares, ni estaban autorizados a conceder visas u otro cualesquiera de los trámites propios para migrar a otros países. 4.- Lo que sí sorprende a la Sala, es la manera irresponsable y negligente del Tercer Tribunal de lo Penal de Pichincha, al haber dictado una diminuta sentencia, cuyos errores podrían haber dado lugar a la impunidad, pues, en los numerales 1 y 2 del considerando tercero que se refiere a la existencia del delito, hacen relación a la entrega de dinero al procesado, así como a la experticia grafológica de unos recibos, sin hacer relación a que dichos valores fueron entregados a este para pagar el ofrecimiento de sacar a una persona fuera del país. Manifiestar que se entregó dinero y que aquel hecho fuera aceptado como cierto por el imputado, no es suficiente argumento que pruebe el tráfico ilegal de migrantes, sin embargo, en subsidio, consta la aceptación del propio imputado de que aquel dinero era para pagar el viaje al exterior de Zoila Paute Encalada, por medios fraudulentos,

sin que este hecho de trascendencia procesal, haya sido mencionado por el inferior, motivos por los que, se amonesta severamente a los Dres. Marco Maldonado Castro, Gladis Terán Sierra y Juan Pazmiño Andrade, miembros del Tribunal Tercero de lo Penal de Pichincha, de lo cual deberá dejarse constancia en los libros de esta Sala. En cuanto a la responsabilidad penal del acusado, no existe duda alguna, no solamente por lo expresado anteriormente, sino porque este no ha desvirtuado, por medio alguno, la verdad de los hechos a él imputados, en este caso, el viaje furtivo, fraguado e ilícito de Zoila Paute Encalada, con destino a los Estados Unidos, país al que no pudo llegar por haber sido detenida en República Dominicana, lugar en el que luego de pasar algunas semanas detenida, fue deportada al Ecuador. 5.- De igual manera, el Tribunal de lo Penal, ha realizado una subjetiva y curiosa interpretación de la conducta del procesado, no ha considerado las atenuantes demostradas por este, aplicando indebidamente los Arts. 30 y 72 del Código Penal. **SEPTIMO: RESOLUCION.-** Por las consideraciones antes expuestas, la Tercera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, de conformidad a lo que establece el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, aceptando parcialmente el recurso de casación interpuesto por José Claudio Tenezaca Alvarez, casa la sentencia recurrida y considerando las atenuantes producidas en juicio, le condena a **TRES AÑOS DE PRISION CORRECCIONAL**. Una vez ejecutoriado este fallo, devuélvase el proceso al Tribunal de origen para la ejecución de la sentencia. Por licencia del Secretario Titular de la Sala, llámese a la Dra. Carmen Simone, Secretaria Relatora de la Sala de lo Fiscal, para que actúe dentro de la presente causa. Notifíquese y publíquese.

Fdo.) Dres. Guido Garcés Cobo, Hernán Ulloa Parada, Magistrados Jueces y Raúl Rosero Palacios, Conjuez Permanente.

Certifica.- f.) Dra. Carmen Simone, Secretaria Relatora (E).

Certifico: Que las ocho copias que anteceden son iguales a su original.- Quito, 20 de septiembre del 2007.- f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.