



VIOLACION

Expediente de Casación 1083
Registro Oficial Suplemento 440 de 15-may-2013
Estado: Vigente

VIOLACION. Expediente 1083, Registro Oficial Suplemento 440, 15 de Mayo del 2013.

No. 1083-2009-VS

JUEZ PONENTE: DR. LUIS MOYANO ALARCON (Art. 141 COFJ).

En el juicio penal que sigue JONATHAN ALEXANDER ELIZALDE ROSALES en contra de ROBINSON VICENTE VINUEZA ANDRANGO, se ha dictado lo siguiente:

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

PRIMERA SALA DE LO PENAL

Quito, 02 de marzo de 2011; las 08h30.

VISTOS: El sentenciado Jonathan Alexander Elizalde Rosales, interpone recurso de casación de la sentencia de condena dictada por la el Primer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, el 09 de julio del 2009, a las 09H00, mediante la cual, se declara autor del delito de violación previsto en el Art. 512 numeral 3 y sancionado en el art. 513 del Código Penal, y se le impone la pena de DIECISEIS AÑOS DE RECLUSION MAYOR EXTRAORDINARIA. Concedido el recurso viene a la Sala por sorteo legal, el cual en auto de fecha 20 de agosto del 2009, se dispone que el recurrente fundamente para los efectos del Art. 352 del Código Adjetivo Penal aplicable al caso.- El recurrente cumpliendo con el mandato de la Sala, fundamenta su recurso de casación alegando lo siguiente: Que en la sentencia se violentó lo establecido en el Art. 32 del Código Penal, relativo a la culpabilidad ya que él no ha obrado con conciencia y voluntad, que del testimonio de los peritos psicólogos y psiquiátrico se desprende que tiene síndrome de dependencia a la cocaína, marihuana, alcohol y benzodiacepinas, por tanto cuando ocurrieron los hechos éste ha actuado sin conciencia y voluntad por haber estado bajo los efectos de la droga. Que aquello lo corrobora el propio Tribunal cuando en la parte resolutive de la sentencia, luego de condenarlo como autor del delito, dice que "se dispone también que este sentenciado reciba, por parte del CONSEP, tratamiento especializado hasta su total rehabilitación por haberse comprobado que es consumidor de droga". Con lo cual, el mismo Tribunal acepta que tiene adicción a las drogas y que fue en ese estado que cometió el delito; Que de igual manera se violentó el Art. 37 y 38 del Código Penal, referente a la intoxicación por sustancias estupefacientes y psicotrópicas que en el numeral 1 del Art. 37 se establece que si la embriaguez, que derive de caso fortuito o fuerza mayor, privó del conocimiento del autor en el momento en que cometió el acto, no habrá responsabilidad, circunstancia que dice se aplica a este caso, pues al momento de los hechos se encontraba intoxicado con drogas y alcohol por lo que perdió su conciencia y voluntad, la cual la ha retomado cuando se encontró en la Policía; Que se ha violentado los Art. 4 del Código Penal relativo al principio IN DUBIO PRO REO, "la duda beneficia al reo". Ya que en este caso hay duda de su responsabilidad por encontrarse el recurrente bajo efectos de las drogas y el alcohol. Hay UNA DUDA RAZONABLE. Finalmente dice el casacionista, que se han infringido los artículos 79, 80, 83, 84, 85, 87, 88, 89,90 del Código de Procedimiento Penal, referente a la prueba y su valoración, que se la deberá interpretar doctrinariamente en el beneficio del recurrente. Concluye solicitando que se acepte su recurso de casación, se corrija el fallo y se dicte sentencia absolutoria a su favor.- En providencia del 08 de septiembre del 2009.- a las 10H00, se dispone poner en conocimiento del señor Fiscal General del Estado, para los efectos del Art. 355 del Código de Procedimiento Penal, ante lo cual, el Dr. Washington Pesantez Muñoz, Ministro Fiscal General del Estado, contesta la fundamentación del recurso de casación y manifiesta: Para



determinar si en la sentencia se ha violado la ley por cualquiera de las formas determinadas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, el recurrente debe cumplir con las causa o motivos expuestos en la norma invocada. El considerando cuarto de la sentencia dictada por el Tribunal Primero de Garantías Penales de Pichincha describe las pruebas aportadas por las partes en la audiencia de juicio con las cuales el Tribunal ha llegado a la certeza tanto de la existencia material de la infracción como de la responsabilidad del acusado, y las de las pruebas analizadas y apreciadas por el Tribunal de acuerdo a las reglas de la sana crítica, se establece que entre las siete y diez horas del día martes 15 de julio de 2008, en el bosque ubicado en el sector de la Av. Machala y la calle Leonardo Arteta de la ciudad de Quito, ha sido abusada sexualmente varias veces, tanto vaginal como anal, la menor de 16 años de edad Priscila Estefanía Vinuesa Aguas por el acusado Jonathan Alexander Elizalde Rosales, configurándose de este modo la infracción de violación tipificada en el Art. 512 numeral 3 y sancionada 513 del Código Penal. Además señala que el recurrente, acepta de forma expresa su participación en el hecho que se juzga; sin embargo de ello manifiesta que en la sentencia se ha violado la ley por una falsa aplicación del Art. 32 del Código Penal, por cuanto él ha actuado sin conciencia ni voluntad en la comisión del delito, ya que estaba bajo la influencia del alcohol y la droga, por lo que debió haber sido absuelto. Al respecto, y puntualmente en relación con la causal que alega el recurrente, la Fiscalía expresa que los peritos psicólogo y psiquiátrico, al rendir sus testimonios como consta del literal h) considerando cuarto de la sentencia impugnada, dicen que se ha llegado a establecer que se trata de una persona de inteligencia normal, con capacidad para entender y razonar correctamente, que está mal adaptado al medio social, y que tiene dependencia a la cocaína, marihuana, alcohol y benzodiazepinas. Bajo estas circunstancias dice el recurrente, no pudo haber actuado con conciencia y voluntad. Sobre esto la Fiscalía cita a la doctrina del Derecho Penal en la que se ha reconocido como la imputabilidad, a la capacidad de comprender la ilicitud del comportamiento y la de determinarse de acuerdo con tal comprensión. Así en nuestra legislación se prevé esta situación, cuando se establece como causas de inimputabilidad la enfermedad mental y la minoría de edad (menos de 18 años), situación en las que no se encuentra el recurrente, pues se trata de un mayor de edad, y que como hemos visto de los testimonios de los peritos psicológico y psiquiátrico, el señor Jonathan Elizalde es una persona de inteligencia normal, con capacidad para entender y razonar correctamente. Sobre lo que el recurrente manifiesta que no se encontraba en la capacidad de entender y querer, por su dependencia a las drogas y el alcohol, la Fiscalía sostiene que durante el proceso no se ha comprobado que al momento de cometer el delito haya actuado bajo influencia de estas sustancias, y si no fuera así tampoco sería una causa de inimputabilidad, pues nuestra legislación ha previsto particularmente en los artículos 37 y 38 la responsabilidad de las personas que han delinquirado bajo los efectos del alcohol o la droga, la cual sólo es causa de inimputabilidad cuando la intoxicación ha sido por caso fortuito o fuerza mayor, hecho que en ningún momento ha sido alegado y menos comprobado por el hoy sentenciado, y más bien de las pruebas se conoce que se trata de un consumidor habitual, para quienes en el numeral quinto del Art. 37 no sólo que no les exige de responsabilidad sino que lo considera como una agravante del delito. Por todas estas circunstancias, considerando que en la sentencia no se observa vicios o errores de derecho que faculden la anulación de la sentencia vía casación, el representante de la Fiscalía General del Estado, concluye solicitando a la Sala se deseche el recurso de casación interpuesto por el acusado Jonathan Alexander Elizalde Rosales, por improcedente.- Fenecida la sustanciación de la causa y siendo el estado procesal el de resolver, para hacerlo se considera: PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.- Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto de conformidad con lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1; Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador publicada en el R.O. No. 449 de 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; la Resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre de 2008, publicada en el R.O. No. 511 del 21 de enero del 2009 y el sorteo de ley respectivo y en nuestras calidades de Jueces Nacionales y Conjuez Permanente llamado a integrar esta Sala, mediante oficio No. 1168-SG-FLL-2010 de fecha 10 de noviembre de 2010, suscrito por el señor Presidente de la Corte Nacional, Dr. José Vicente Troya Jaramillo, avocamos conocimiento del presente juicio. SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- La presente causa penal se ha tramitado de conformidad con las reglas que le son propias y no existe razón alguna que



pueda anular el proceso, por lo que se declara su validez. TERCERO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.- 1.- En cuanto a la admisibilidad del recurso de casación, se debe observar lo siguiente: el recurso de casación, según la concepción de Leone, citado por Jorge Vásquez Rossi, es "El medio de impugnación por el cual una de las partes, por motivos específicamente previstos, pide a la Suprema Corte de Casación la anulación de una sentencia que le es desfavorable"¹⁶. Conforme ha concebido esta Sala, este recurso es extraordinario y un instrumento protector de los derechos y garantías fundamentales, calidad que según Orlando Rodríguez Chocontá se produce "Porque se surte por fuera de las instancias en tanto no plantea una nueva consideración de lo que fue objeto de debate en ellas, sino un juicio de valor contra la sentencia que puso fin al proceso, esencialmente, por haberse proferido con violación de garantías fundamentales, materializado a través de una demanda que no es de libre elaboración porque cabe ceñirse a rigurosos parámetros lógicos, a causales taxativas y sólo procede contra sentencia de segundo grado."¹⁷ El autor al determinar los elementos de la proposición jurídica y particularmente a la postulación de un cargo, sostiene que "Se debe construir un argumento lógico, coherente, completo y correcto. (...) El razonamiento lógico-jurídico se debe desarrollar o argumentar sobre un esquema básico, so pena de quedar insuficientemente demostrado ante el Tribunal de Casación. No tendría trascendencia que se estructuraré una proposición jurídica y no se desarrollará la tesis con razones de hecho y de derecho de que permitieran dirigir la argumentación al desquiciamiento, derrumbamiento o modificación de la sentencia impugnada"¹⁸.- Estos elementos descritos por el autor colombiano, son más rigurosos cuando se trata de la violación indirecta, pues debe señalarse "el sentido de la transgresión de la ley, concretar el tipo de desacierto en el que se funda, individualizar el medio o medios de prueba sobre los que se predica el yerro, e indicar de manera 16 Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Rubinsal-Culzoni Editores, Tomo II, 2004, P. 488 17 Casación y Revisión Penal, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2008, p. 23 18 Idem p. 60 objetiva su contenido, el merito atribuido por el juzgador, la incidencia en él en las conclusiones del fallo, y en relación de determinación la norma de derecho sustancial que mediatamente resultó excluida o indebidamente aplicada y acreditar cómo, de no haber ocurrido el yerro el sentido del fallo habría sido sustancialmente distinto y opuesto a lo impugnado, integrando de esta manera la proposición del cargo y su formulación completa"¹⁹.- 2.- El principio de limitación impide al Tribunal de Casación conocer un recurso extraordinario, el que en concordancia con el principio de taxatividad, de trascendencia y de presunción de acierto, constitucionalidad y legalidad de la sentencia, inhabilitan la impugnación cuando no se han observado aquellos presupuestos. En la legislación ecuatoriana, además se debe determinar cuál es la regla inaplicada o mal aplicada, pues no cabe un vicio por interpretación errónea en la violación indirecta; igualmente, se debe establecer cuál es la norma que exige tal o cual regla de valoración, el vicio concreto, el artículo de la alegación, el medio de prueba excluido o indebidamente admitido, la foja del proceso de la instancia donde este se encuentra, la relación causa efecto y cómo debía aplicarse según el criterio del casacionista. La descripción de todo el universo probatorio no cumple con los presupuestos de admisibilidad del recurso de casación, mucho menos cabe una aprobación o acogimiento de los argumentos realizados ex ante, pues la eficacia de los actos procesales, sólo se produce cuando han sido presentados dentro de los espacios que la ley ha previsto para aquello; consecuentemente, lo que se haga o se diga antes o después del término concedido para la fundamentación, se ha de tener por no escrito en virtud de su prematura o extemporánea formulación.- Según el profesor uruguayo Enrique Tarigo, la casación "Es un recurso extraordinario por cuanto él exige, para su interposición la alegación de causales específicas, preestablecidas por la ley por un lado, y, por otro, porque el Tribunal de Casación no puede pronunciarse sobre la totalidad de la cuestión litigiosa, sino solamente sobre aquellos aspectos sobre los que versa el recurso."²⁰ Complimentando estas definiciones del recurso de casación, el profesor Eugenio Florián, nos aclara que la casación "tiene por fin promover y procurar el nuevo examen de las sentencias exclusivamente desde el punto de vista jurídico" y al respecto se debe observar que en materia penal no existe el error in procedendo, porque para la revisión de las formas existe el recurso autónomo de nulidad, a diferencia de lo que ocurre en materia civil o en otras legislaciones que no tienen este tipo de recursos autónomos. Por tanto, las alegaciones respecto de la omisión de las normas constantes en el Derecho Procesal Penal y en la propia Constitución de la República, no tienen asidero en este tipo de recursos, pues solo caben las alegaciones de violación directa o indirecta de la norma material, jurídica o constitucional, en cualquiera de los tres supuestos previstos en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal. 3. La violación es un delito por el cual se produce "el acceso carnal, con



introducción total o parcial del miembro viril por vía oral, anal o vaginal; o la introducción por vía vaginal de los objetos, 19 Idem p. 64 20 Lecciones de Derecho Procesal Civil, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, Cuarta Edición actualizada, 2007, pp. 269 y 260 dedos u órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo,..." Esta conducta protege la libertad sexual como bien jurídico principal, pues también se protegen otros bienes como la dignidad, la salud y la libertad en sí misma. La característica o elemento normativo del tipo es que aquella conducta se realice o con violencia; o con amenaza; o con intimidación y para su realización, según los profesores españoles Alfonso Serrano Gómez y Alfonso Serrano Maíllo, "es necesario que concurren elementos objetivos y subjetivos. Los primeros consisten en la conducta de carácter sexual realizada en el cuerpo de otra persona sin su consentimiento. Además, es necesario un elemento subjetivo del injusto caracterizado por la finalidad lubrica que persigue el sujeto activo, el animus libidinoso. Este animus, en principio se presume en todo caso, de lo que se desprende que es suficiente con que el sujeto conozca que realiza un acto sexual sin consentimiento del sujeto pasivo."21 Los profesores españoles sostienen además que debe mediar una relación de causalidad entre la violencia o intimidación y la conducta del sujeto y que el delito se consuma "con la realización de los actos que el sujeto lleva a cabo sobre el cuerpo de la víctima con fines libidinosos, No es necesario que el sujeto consiga la satisfacción lúbrica o deseo sexual que persiga", pues el bien jurídico protegido es la autodeterminación sexual y no la satisfacción sexual. Teniendo en cuenta que el recurrente reconoce la conducta imputada, la Sala esté exenta de analizar sus elementos de forma singular, reconociendo obviamente que ésta conducta y su correspondiente subsunción se adecua al atipo de la violación establecido en el fallo de instancia. 4.- La imputabilidad, constituye una condición del sujeto activo del delito para ser responsable subjetivamente, esto es, para atribuirles un acto realizado con dolo o con culpa. Para esto, el Código Penal en el art. 32 exige como presupuestos, un comportamiento voluntario y consiente, conciencia que el Código Penal presume iuris tantum; sin embargo, se de tener presente que aquella concepción de nuestra legislación es fruto de un sistema causalista que trascendió hasta la Escuela Neokantiana con su máximo representante, el profesor Edmundo Mezger; pero en un sistema finalista que aún con una normativa causal, ha sido acogido en todas las Cortes de Justicia de los distintos países, particularmente, Alemania, Italia, España y los Países Iberoamericanos, aquella concepción va más allá de la simple conciencia y de la simple voluntad, pues no basta con querer y saber, sino que es necesario que el sujeto a quien se le atribuye una conducta típicamente antijurídica, comprenda la misma y pueda auto determinarse, tal es caso del esquizofrénico y del paranoico, que en el primer caso, quiere hacerlo pero no comprende aquella antijuridicidad, porque no tiene conciencia de la ilicitud "una cosa es conocer y otra comprender"; y en la segunda hipótesis, puede el sujeto comprender pero no puede auto determinarse, es decir, se ve obligado a22 realizar la conducta porque la paranoia hace que conciba una persecución que se vea forzada actuar, lo cual obviamente atenta contra el elemento sustancial de la culpabilidad, que es la exigibilidad de otra conducta, la que 21 Derecho Penal, Parte Especial, Editorial Dykynson, Décima tercera edición, Madrid, 2008, p. 217 22 Los "Inimputables" frente a las causales de justificación e inculpabilidad, Editorial Temis S.A., Cuarta edición, Bogotá 2007, p. 30. según la concepción del profesor Heinrich Henkel, será fundamento de la imputación de culpabilidad, límite inmanente de la norma del deber, o, por el contrario, la "no exigibilidad" será una excepción a la norma de deber, cuya validez excluiría."23 Al referirse a este elemento volitivo, el profesor Nodier Agudelo Betancur, sostiene: "el enfermo puede tener conciencia de la violación y ser impotente para frenar los impulsos de su voluntad." En el caso sub iudice, esto dos elementos de la imputabilidad (intelectivo y volitivo) están determinados, establecidos, demostrados y concebidos por parte del Tribunal de la instancia; consecuentemente, no se puede admitir una eximente de la antijuridicidad alegada, por ser contrario a su naturaleza y a la norma del art. 24 del Código Penal. 5.- Las reglas que refiere el recurrente, respecto del art. 37 del CP tampoco son aplicables, pues sólo en la primera, esto es, cuando el comportamiento humano realizado en un estado de embriaguez o intoxicación que como fruto de una imprevisión privó del conocimiento de su conducta al autor, cabe una exclusión de la antijuridicidad a consecuencia de su inconsciencia fortuita, esto es, cuando el sujeto que creyendo tomar una gaseosa de manera equivocada ingiere licor o una bebida con alguna sustancia estupefaciente o psicotrópica a consecuencia de lo cual pierde la razón. El profesor Agudelo Betancourt nos ilustra: la "Imputabilidad es capacidad de valorar el comportamiento o hecho que se realiza y de dirigir la conducta según las exigencias del derecho. A contrario sensu, inimputabilidad es incapacidad para valorar la trascendencia del comportamiento o hecho que se



realiza y/o la incapacidad de regular la conducta según las exigencias del derecho debido a inmadurez psicológica o trastorno mental."24 Como se observa de la concepción del profesor de la Universidad Externado de Colombia, de manera taxativa nuestra legislación y otras legislaciones han previsto las causas que conllevan a la inimputabilidad, la que solo se produce por una inmadurez psicológica o por un trastorno mental, lo cual no ocurre en el caso sub judice; como si esto fuese insuficiente, nuestra legislación no considera otros factores que los enunciados y no solo aquello, sino que la embriaguez no derivada del caso fortuito, ni excluye ni atenúa, ni agrava la responsabilidad; pero cuando esta embriaguez es premeditada, ora con el fin de cometer la infracción, ora para preparar una disculpa, ora cuando esta embriaguez es habitual, es una circunstancia agravante, de ello deviene que la pretendida disculpa alegada por el recurrente es improcedente. 6.- Reiterando en aquella capacidad, se debe recalcar que la inimputabilidad es un fenómeno "residual", lo que implica un estudio que permita al Juez asegurarse de la existencia de la acción típica, que no exista causales de justificación o de inculpabilidad, de cuyo análisis el profesor Agudelo concluye que "la inimputabilidad se plantea solo cuando no existe en el caso causales de atipicidad, ni justificantes ni disculpantes", lo que deviene que "La incapacidad de comprender la ilicitud o de determinarse según las prescripciones del derecho debe provenir exclusivamente de inmadurez o de trastorno mental. Y esto es importante tenerlo en cuenta porque 23 Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo, Buenos Aires, Editorial B de F, Traducción directa del Dr. José Luis Guzmán Dalbora, 2008, p. 52 24 Los "Inimputables" ... p. 28. debido a una equivocada representación (error) sobre una situación fáctica o normativa, el sujeto puede no saber que está ejecutando un comportamiento o hecho dañoso, error de tipo; o puede errar sobre la permisión de su conducta, sabe lo que hace, pero cree que le está permitido, error de prohibición; o bien puede un sujeto ser coaccionado. En aquellas hipótesis, error de tipo o error de prohibición, falta la comprensión de la ilicitud del comportamiento y en el caso de coacción falta la libre voluntad, la libre determinación. Sin embargo, en estos casos no se plantean problemas de inimputabilidad. Esto quiere decir que las causales de inimputabilidad son taxativas y que fenómenos distintos a la inmadurez o psicológica o al trastorno mental pueden cuestionar cualquier otro elemento del delito pero no el de la imputabilidad que, se insiste, solo puede provenir de inmadurez psicológica o de trastorno mental."25 Por estos fundamentos, esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, HACIENDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el casacionista Jonathan Alexander Elizalde Rosales.- Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada, Milton Peñarreta Alvarez, Jueces Nacionales.

Certifico. f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

CERTIFICO: que las cuatro copias que anteceden son iguales a su original.- Quito, 25 de abril del 2011.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, SECRETARIO RELATOR..