

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador
Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho Procesal

El recurso de casación en materia penal

Autor: Álvaro Ojeda Hidalgo

Tutor: Ernesto Albán Gómez

Quito, 2015



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Álvaro Vinicio Ojeda Hidalgo, autor de la tesis intitulada “El recurso de casación en materia penal”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister en Derecho Procesal, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 17 de diciembre de 2015

Firma:

Resumen

El tema central y alcance de la presente tesis de maestría está circunscrito al actual recurso de casación penal, contenido en los artículos 656 y 657 del Código Orgánico Integral Penal. La perspectiva teórico-metodológica utilizada ha sido de tipo documental y dogmática, recurriendo primariamente a textos legales, doctrina y jurisprudencia actualizada.

El concepto principal que sigue esta tesis es que actualmente se ha disuelto la pretensión original del fin político de la casación, pues no se puede seguir pensando en términos de una teórica justicia absoluta abstracta, sino más bien en ir hacia una justicia razonable del caso concreto.

Por tanto la idea que debe guiarnos es que la protección del sistema jurídico se ha ampliado a la efectiva protección de los derechos y garantías fundamentales, lo cual termina contorneando la casación penal de una manera muy diferente a la originalmente diseñada para su funcionamiento.

En el capítulo primero se realiza un análisis histórico de la casación, con su "fin político o *Ius constitutionis*", esto es las funciones nomofiláctica y la uniformadora, y la creciente importancia del "fin procesal o *Ius litigatoris*" esto es la función dikelógica. Se analiza las características y principios de la casación penal. Y la llegada y desenvolvimiento de dicha institución procesal penal en nuestro país.

En el capítulo segundo, se realiza un análisis de la correcta conceptualización de los conceptos de *error in procedendo* y *error in iudicando*, y dentro de éste último el error de derecho (*in jure*) y el error de hecho (*in facto*). Se resalta el tema del *error de juicio in iudicando in factum*, esto es la problemática del segundo inciso del Art. 656 del COIP, que bien puede ser la parte más importante de esta tesis.

En el capítulo tercero se analiza la técnica de casación penal; y se hace un análisis de los titulares del recurso, de su admisión, de la audiencia pública de fundamentación; así como de la sentencia de casación.

Las palabras claves de esta tesis serían: casación penal; violación de la ley; *in iudicando in factum*; fiscalización de la motivación.

Tabla de contenido

Capítulo uno: Aspecto histórico y conceptualización del recurso de casación penal

1. Aspecto histórico de la casación penal y su recepción en el Derecho ecuatoriano.....5
2. Características y principios de la casación penal.....9

Capítulo dos: La violación de la ley

1. La correcta conceptualización de los conceptos de error *in procedendo* y error *in iudicando*..... 15
 - 1.1. Contravención expresa de su texto 16
 - 1.2. Aplicación indebida..... 18
 - 1.3. Interpretación errónea..... 20
2. Los errores de juicio *in iudicando in factum*. La Problemática del segundo inciso del Art. 656 del COIP 23

Capítulo tres: El procedimiento

1. Los titulares del recurso de casación penal..... 41
2. La admisión del recurso 47
3. La fundamentación del recurso 51
4. La resolución del recurso 55

Conclusiones..... 62

Bibliografía..... 64

Capítulo uno

Aspecto histórico y conceptualización del recurso de casación penal

1. Aspecto histórico de la casación penal y su recepción en el Derecho ecuatoriano

La voz "casar", del vocablo latino *cassare*, derivado de *cassus* (vano, nulo), significa anular, abrogar, derogar; por su origen etimológico entonces, la "casación" implica una ruptura, o la acción de anular y declarar sin ningún efecto una resolución judicial, y procede en los casos estrictamente previstos en la ley.

El artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal¹ nos dice que:

“El recurso de casación es de competencia de la Corte Nacional de Justicia y procederá contra las sentencias, cuando se haya violado la ley, ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente.

No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba.”.

La casación penal tiene raigambre constitucional, por estar consagrada en la Constitución de la República, al determinarse que son funciones de la Corte Nacional de Justicia el conocer los recursos de casación.²

El auténtico origen de la casación se encuentra en el derecho francés, que en plena Revolución Francesa instituye el Tribunal de Casación en el año de 1790, cuyo objetivo primordial es prevenir las desviaciones del contenido literal de la ley por parte de los jueces; toda vez al ser la ley un valor filosófico-político de máxima jerarquía los jueces debían seguir fielmente la letra de la misma, pues lo contrario implicaría una injustificada intromisión del poder judicial en el ámbito del poder legislativo.

El Tribunal de Casación francés resolvía la nulidad de las sentencias que contradijeran expresamente el texto de la ley, ya de de oficio o mediante recurso del interesado, sin ingresar al fondo del asunto pues le estaba vedada toda función de interpretación, y más bien reenviaba el caso para que se instaure un nuevo juicio,

¹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 180 (10 de febrero de 2014). En adelante se cita este Código como *COIP*.

² Ecuador, *Constitución de la República* [2008], tít. IV, “Participación y organización del poder”, cap. 4, Función judicial y justicia indígena, art. 184, numeral 1 (Quito: Ediciones Legales, 2012): 111.

dándose, más bien, una especie de función de censura y fiscalización de los jueces, resultando en una jurisdicción casacional negativa, por la cual sí se casa la sentencia impugnada pero se dispone el reenvío del proceso al competente en las instancias ordinarias, para que prosiga la sustanciación y vuelva a sentenciar con los parámetros dados, pero el tribunal de casación no soluciona de fondo el litigio.

Ahora bien, el Tribunal de Casación francés, que originalmente estaba ubicado como una rama del poder legislativo fue apropiándose ya en la práctica de una auténtica función jurisdiccional, lo cual era lógico, y a través de su jurisprudencia instituyó que no sólo la inobservancia del texto legal autorizaba casar una sentencia, sino que además podía interponerse el recurso cuando se hubiere agraviado el espíritu de la ley. El Tribunal de Casación pasa entonces a llamarse Corte de Casación en 1803, concediéndosele así función jurisdiccional.

En el año de 1837 se dicta una ley que insta la eficacia de la interpretación de la Corte, por lo que ésta obtiene, además de la función *nomofiláctica* de velar por el cumplimiento del Derecho objetivo, la función *uniformadora* de unificar la jurisprudencia, deviniendo así en una auténtica Corte Suprema de Justicia moderadora de la interpretación jurisprudencial, al afirmar la vigencia uniforme del derecho objetivo, dándose entonces una Jurisdicción casacional positiva por la cual el tribunal de casación, tras casar la decisión impugnada, sí termina tomando la decisión de fondo que corresponde, pues no procede ya al reenvío.

El proyecto jacobino quiso controlar a los jueces y ejecutar tal fin desde el poder legislativo, por lo que tal control más que ser ejercido a través de un acto judicial normal, como lo sería una sentencia de apelación, lo sería más bien a través del acto técnico-jurídico-político de la resolución de casación que pretendía ser un examen técnicamente refinado de interpretación judicial de la ley.

Por ello el recurso de casación se concibió originalmente con dos finalidades armónicas muy claras: controlar el cumplimiento del derecho objetivo, esto es proteger la integridad de la ley (función *nomofiláctica*), y tender a la uniformidad de la jurisprudencia, esto es a la manera de interpretar la ley (función *uniformadora*), por tanto se daba primacía al "fin político o *Ius constitutionis* " de la casación, antes que al "fin procesal o *Ius litigatoris*" como tal, esto es la búsqueda de la justicia en el caso

particular concreto (función dikelógica). Indudablemente en la actualidad debe lograrse que el fin político de la casación penal sea compatible con el fin procesal del recurso.

El *Ius constitutionis* constituyó la finalidad tradicional de la casación, dando prevalencia a los objetivos generales sobre los particulares o privados; por tanto aquí se analiza la existencia y significado de la ley en abstracto, volviéndose un tanto indiferente ante el mérito de la sentencia impugnada, respondiéndose a una exigencia de mera legalidad, siéndole indiferente la justicia del caso concreto, siendo la ley un fin en sí mismo.

El *Ius litigatori*, en cambio, se centra en la búsqueda de protección de los derechos de las partes implicadas en el litigio concreto, quienes vendrían a tener una especie de último recurso jurisdiccional; buscándose a través de la función dikelógica una reconstrucción judicial lógica del hecho acontecido y la aplicación de la ley a ese acontecimiento nuevamente obtenido, la búsqueda de una decisión final que incida en el mérito del asunto y se alcance así la pretensión de justicia en el caso concreto, no abstracto.

El tribunal y el recurso de casación fueron ideados inicialmente entonces, para avalar la recta interpretación de la ley dictada por la naciente Asamblea salida de la Revolución Francesa; para ser un instrumento del legislativo en el poder judicial, que defienda y consolide el poder de dicha Asamblea Nacional francesa frente al no tan confiable, por políticamente realista y conservador, estamento de los jueces. Sin duda el recurso de casación sirvió en su momento para afianzar el camino hacia la democracia y hacia la futura República, mediante el fortalecimiento del único órgano representativo de la voluntad de todos los franceses: la Asamblea Nacional.

La casación se desplegó durante el siglo XIX a otros países europeos, y especialmente por su recepción en el código italiano de 1913 llegó a nuestro país con la Ley reformativa del 5 de octubre de 1928, Registro Oficial (R.O.) No.761, para ser aplicada solamente en materia penal, dejándose en claro que la casación confiada a la competencia de la Corte Suprema se confinaba al estudio de aspectos de derecho sustantivo de la sentencia, sin acometer el análisis de cuestiones adjetivas, precautelándose así la seguridad jurídica y la unificación de la jurisprudencia, reconociéndose también a este interés político de la casación, el fin procesal privado de hacer cesar el ultraje que ocasiona a las partes una sentencia violatoria de la ley.

Desde esa fecha todos los códigos de procedimiento penal han considerado el

recurso extraordinario de casación, hasta que en el año de 1975 se lo suprimió mediante decreto No. 192 de 17 de marzo de tal año, publicado en el R.O. No. 763; para posteriormente ser reintroducido en el anterior Código de Procedimiento Penal (CPP) de 4 de junio de 1983 hasta nuestros días, en los artículos 656 y 657 del actual Código Orgánico Integral Penal.

En la Constitución de la República aprobada mediante referéndum de 28 de septiembre del 2008, en su artículo 184 numeral 1, se sigue otorgando atribución a la Corte Nacional de Justicia (antes Corte Suprema de Justicia), para que siga conociendo los recursos de casación.

Es menester tener en cuenta que hasta el 19 de octubre del 2008 habían tres Salas de lo Penal en la Corte Suprema de Justicia, y evidentemente esto afectaba a la función uniformadora de la jurisprudencia, dado que podrían darse fallos contradictorios sobre un mismo punto de derecho entre las salas; aspecto que no se solucionaba con el hecho de que a partir del 20 de octubre del 2008 existían dos Salas en esta materia; aunque ello se corrigió parcialmente en el año 2009 conforme lo manda el Código Orgánico de la Función Judicial³, que en su Art. 183 disponía que exista una sola Sala Especializada de lo Penal en la Corte Nacional de Justicia, otra de Adolescentes Infractores, y otra Sala de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, cuyas competencias estaban señaladas en los Arts. 186, 187 y 188 del COFJ respectivamente.

Posteriormente, en el año 2103, mediante Ley Orgánica Reformatoria⁴ del COFJ se sustituye su artículo 183 de integración de las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, supimiéndose las Salas Especializadas de Adolescentes Infractores, y la de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, creándose una sola que actualmente se llama Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito (en lo sucesivo en este trabajo al referirse a ella se lo hará con el acrónimo **SPCNJ**); siendo correcto que haya una sola Sala Especializada en materia penal, pues conforme el artículo 185 de la Constitución de la República⁵ las sentencias emitidas por dicha sala

³ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 544 (de 9 de marzo de 2009). En adelante se cita este Código como *COFJ*.

⁴ Ecuador, *Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 38 (de 17 de julio de 2013).

⁵ "Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o sí ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria. (...)".

especializada, que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de Derecho, serán remitidas al pleno de la Corte Nacional a fin de que éste delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o sí se ratifica el criterio, esta opinión constituirá "jurisprudencia obligatoria".

2. Características y principios de la casación penal

La casación penal es un recurso *extraordinario*, pues se lo presenta luego de terminadas las etapas comunes del proceso penal ordinario: que son la instrucción, la de evaluación y preparatoria de juicio, y la de juicio.⁶ La casación, al no dar lugar a una instancia como sí sucede con el recurso de apelación, es considerado un recurso extraordinario, pues debería estar limitado a los casos en que la importancia del litigio por su naturaleza o su valor lo justifique.

Esa limitación tiene tres aspectos principales, primeramente, en cuanto a las sentencias que puedan ser objeto de él, pues sólo se concede para las dictadas por tribunales superiores en segunda instancia; segundo, en cuanto a las causales que sirven para que estas sentencias puedan ser revocadas o rectificadas, las cuales están taxativamente señaladas; y, tercero, en cuanto a las facultades de la SPCNJ como Corte de Casación en el examen y resolución del recurso, pues no puede examinar errores de la sentencia impugnada que el recurrente no acuse, ni por causales que la ley no contemple.⁷

En la casación penal se examinan únicamente las conclusiones a que llega la sentencia y si las disposiciones legales utilizadas son las que atañen a la aplicación del derecho; para ello, obviamente, se debe constatar si se mantiene o no una sistematización lógica entre las conclusiones y los hechos aceptados como verdaderos dentro del proceso.

Constitución de la República del Ecuador [2008], tít. IV, "Participación y organización del poder", cap 4, Función judicial y justicia indígena, art. 185 ([Quito]: Edit. Ediciones Legales, 2012): 111. (En igual sentido el *COFJ*, 182).

⁶ *COIP*, 589.

⁷ Hernando Devis Echandia, *Teoría General del Proceso*, tomo II, (Buenos Aires: Ed. Universidad, 1985), 642-643.

Así pues este recurso extraordinario se remite solamente a los *vicios in iudicando* o errores de derecho existentes en la sentencia impugnada, por lo que no puede considerarse que se empieza una nueva instancia. Es por ello que la doctrina sostiene que la casación mira primeramente al interés de la observancia de la ley, por lo cual se inspira en un interés público preeminente y diverso al de la parte agraviada que lo propone, el interés privado se reconoce hasta donde coincida con el público, que es su fundamento.

El principio de *taxatividad* determina que la casación puede ser presentada solamente por las causales que explícitamente consagra la ley adjetiva penal, sin que existen causales distintas. Una de las características de la casación, que la diferencia de la apelación, es que aquella sólo tiene viabilidad en caso de que exista un motivo legal o causal para interponerlo, no siendo suficiente el simple interés para así hacerlo, sino que se precisa que el defecto o error que se le imputa a la sentencia de la Corte Provincial esté expresamente tipificado –objetivado– en la ley, actualmente en el artículo 656 del COIP, que señala un *numerus clausus* de motivos en que la casación necesariamente ha de fundarse, los cuales ni son ampliables en número ni puede extenderse por analogía.

La doctrina señala que conforme el principio de *limitación* la Corte de Casación no puede rebasar la propuesta estipulada por el recurrente, por lo que debe atenerse a las razones y reproches invocados, quedándole vedada la eventualidad de suplir, reformar o complementar las incoherencias, ambigüedades o equivocaciones detectadas, o considerar una causal diferente a la propuesta. Por ello, si la sentencia sujeta al recurso contiene vicios, pero el recurrente no invoca el motivo o causal preciso autorizado por la ley, la misma quedaría vigente.

Empero nuestra casación penal en buena parte rompe el principio de limitación, al contemplarse en artículo 657 numeral 6 del COIP que: “El recurso de casación podrá interponerse por los sujetos procesales, de acuerdo con las siguientes reglas: ...6. Si se observa que la sentencia ha violado la ley, aunque la fundamentación del recurrente sea equivocada, de oficio se la admitirá.”.

Considero que la norma mencionada es correcta, pues debe tenerse en cuenta que hay límites constitucionales para quien recurre y para quien resuelve, por lo que la corte de casación sí podría casar la sentencia de oficio, por ejemplo, por violación de garantías constitucionales fundamentales.

Para el recurrente, por tanto, sigue siendo una exigencia la aplicación del principio de limitación en su escrito del recurso, pero para la SPCNJ este principio actualmente se ha relativizado. Lo cual por otra parte empata perfectamente con la función *nomofiláctica* de la casación de cumplimiento del Derecho objetivo, por lo que la SPCNJ no debe necesariamente amoldarse a lo dicho por las partes, sino sobre todo a la realidad jurídica de la sentencia recurrida, porque lo que realmente interesa es que se de la justa aplicación de la ley penal, conjuntamente con las garantías del debido proceso.

La casación penal es *técnica*, porque se solventa con la formulación de una proposición jurídica coherente y completa. La casación, como fase extraordinaria del juicio penal, permite deliberar jurídicamente la legalidad de la sentencia dictada por las salas penales de las Cortes Provinciales del país (tribunal *ad-quem*), desarrollándose la controversia con base en la fundamentación del recurso, manifiesto en el cual debe fijarse con precisión los preceptos sustanciales que se afirma han sido transgredidos en la sentencia de instancia, exponiéndose los fundamentos de derecho que le sirven de apoyo, para verificarse si en el fallo que ha recibido impugnación se ha incurrido o no en violación de la ley por error de derecho.

Es importante señalar que se *suspende* los efectos de la sentencia impugnada mientras la casación se resuelve, pues la interposición de un recurso suspenderá la ejecutoria de la decisión⁸, o sea que se mantiene la presunción constitucional de inocencia.

Por otra parte, este recurso tiene alcances *extensivos*, porque si se casa y se declara la inexistencia del delito, sus efectos se extienden a todas las personas imputadas por el delito mal atribuido sin serlo, pues cuando en un proceso existan varias personas procesadas el recurso interpuesto por una de ellas beneficiará a las demás, siempre que la decisión no se funde en motivos exclusivamente personales. Este beneficio será exigible aunque medie sentencia ejecutoriada que declare la culpabilidad, evitándose así la posibilidad de sentencias diversas en el mismo proceso.

Es además *personal* y sólo quien tiene legitimidad puede proponerlo. Si son varios los sentenciados lo puede plantear uno o varios de ellos, aduciendo sus propias motivaciones y la injusticia de fondo que se encuentra en la sentencia condenatoria, la que debe ser rectificada por la sentencia de casación; por lo que no existe adhesión al

⁸ COIP, 652, numeral 6.

recurso de casación.

El principio de *autonomía o no contradicción*, reivindica la lógica, y coherencia de la fundamentación jurídica propuesta; pues no se puede pretender casar la sentencia planteando que la violación de la ley se ha dado, concurrentemente, por indebida aplicación y por errónea interpretación de una misma norma legal; la lógica que rige este recurso impone la petición y la sustentación de cada una de las causales de manera autónoma.

El principio de *la presunción de acierto*, establece que la sentencia casada está amparada por la doble presunción de legalidad y certeza, incumbiéndole al casacionista la carga procesal de desvirtuarlas con su proposición jurídica, que demuestre tanto el error en que se ha incurrido, como la trascendencia del mismo; esto es que la sentencia en particular impugnada es desacertada e ilegal o inconstitucional.

Esto es así porque con la decisión del tribunal de apelación se agota la fase ordinaria del proceso; por tanto esa sentencia tiene carácter terminante, sin que ello implique ejecutoriada, y está amparada por tal doble presunción. Es decir estamos ante una presunción *iuris tantum* que por tanto puede ser invalidada con razonamiento en contrario, toda vez el Estado ya condenó y es el recurrente el llamado a abrogar la doble presunción que protege a la sentencia.

Por el principio de *trascendencia* razonamos que el error *in iudicando* en sí mismo no es causal de casación, sino en cuanto provoca un efecto significativo o substancial sobre la sentencia. De manera que tal error no es cualquiera, porque en el trabajo cotidiano de la actividad judicial se pueden cometer errores, que no tienen el realce ni la importancia para ser recurridos en casación. Incluso existiendo errores graves, algunos pueden no afectar a la sentencia.

Por lo tanto, el recurrente, en la conceptualización de la proposición jurídica contenida en su recurso, necesariamente para que ésta sea completa, debe identificar y mostrar la trascendencia del error *in iudicando* cometido, y sus nocivos efectos en los resultados de la sentencia impugnada. Debería considerarse con el sustento de la realidad procesal, que la sentencia adolece de inconstitucionalidad o ilegalidad, por haber incurrido los jueces de instancia en errores de tal importancia, que si no hubieren acaecido, otros serían entonces los resultados en la sentencia.

Por el principio de *inescindibilidad de la sentencia* se considera que la sentencia

confirmatoria de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia, debe entenderse como una unidad con la sentencia del Tribunal de Garantías Penales, porque tienen una intención complementaria, y por ello su estudio debe hacerse de manera compuesta. El análisis y razones y de la realidad probatoria realizadas por el Tribunal Penal se entienden incorporados a la sentencia confirmatoria expedida por la Corte Provincial, aún cuando tales argumentaciones no se hayan reiterado ante la SPCNJ.

Por tanto es necesario para la correcta formulación de la proposición jurídica, tener en cuenta la inescindibilidad de las sentencias conformes de primer y segundo grados, porque es menester atacar los efectos de ambas, pues en tal caso deben considerarse una unidad conceptual, salvo que la Corte Provincial se haya pronunciado en sentido contrario, es decir una absolutoria y la segunda condenatoria, o a la inversa; pues “si el *ad quem* no se pronuncia sobre unos hechos o medios de prueba que fueron objeto de consideración en el fallo del *a quo*, conforme a la unidad de la sentencia el actor, debe referirse a lo que dijo el juzgador de primer grado. Cuando el juzgador de segundo grado no disiente de las decisiones del *a quo*, estas quedan vigentes.”⁹.

En virtud del principio de *inoponibilidad*, no se puede divergir ni contender la ratio decidendi de la sentencia impugnada. Toda vez los juzgadores ya realizaron los adecuados pronunciamientos de instancia, y por ello no sería factible que la parte procesal quiera atribuir su personal discernimiento de la forma y sentido en que se debió resolver el asunto, sino que debe plantear y fundamentar un cargo que efectivamente corresponda a un error *in iudicando* y a un desenlace jurídico de fondo propuesto a la Corte de Casación, precaviendo así las infructuosas confrontaciones argumentativas con los casacionistas por lo ya juzgado por las cortes provinciales de apelación; en definitiva, se impide que el actor pueda reactivar cuestiones propuestas y originadas en las instancias anteriores respectivas, quedando su trabajo delimitado a demostrar que en la sentencia existe un error sustancial que afecta la constitucionalidad o legalidad de la misma, lo cual es conceptualmente otro tema.

Con relación a su finalidad, el recurso de casación penal surge como el eslabón final de la cadena procesal que debe enmendar el error jurídico sustancial, y es por ello un medio extraordinario de impugnación con efecto suspensivo, por las causales

⁹ Jaime Garcés Velázquez, *Técnica de la Casación y de la Revisión en lo Penal*, 2ª. ed., (Bogotá: Leyer, 2001), 23.

expresamente señaladas en la ley, contra sentencias definitivas de apelación que revelan errores de juicio, para que la SPCNJ las case, esto es enmiende la violación de la ley a efecto de salvaguardar la realización del derecho objetivo y unificar la jurisprudencia, así como subsanar el agravio inferido al particular; por lo que su finalidad es predominantemente de carácter público, de utilidad social, por encima de pretensiones individuales de contenido privado.

Sin duda la casación penal enriquece el Derecho penal con la correcta interpretación legal y unificación jurisprudencial consecuente. Es, por tanto, un instrumento de control, que tiende a restablecer el orden jurídico fracturado por el fallo inconstitucional o ilegal, aplicando bien la norma legal o constitucional que regule el caso, protegiendo también así las garantías constitucionales del debido proceso.

La unificación de la jurisprudencia es de vital importancia para lograr que la ley sea interpretada del mismo modo en un espacio y tiempo determinados, avalando así los principios de igualdad frente a la ley y la seguridad jurídica; sin que ello entrañe, obviamente, trancar la dinámica del pensamiento jurídico. Pero ello implica que la propia SPCNJ no debería poder implantar cambios a sus decisiones sin la apropiada justificación, y que las y los jueces nacionales no pueden desviarse por su mera voluntad de las interpretaciones que sobre similar asunto haya ya sentado cátedra en la SPCNJ, a efectos de alcanzar así que se constituya jurisprudencia obligatoria conforme los artículos 185 de la Constitución de la República en concordancia con el artículo 182 del COIP.

Capítulo dos

La violación de la ley

1. La correcta conceptualización de los conceptos de error in procedendo y error in iudicando

Dice el artículo 656 COIP que:

“Procedencia.- El recurso de casación es de competencia de la Corte Nacional de Justicia y procederá contra las sentencias, cuando se haya violado la ley, ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente.

No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba.”.

Los vicios *in procedendo* suceden cuando por el quebrantamiento de normas procesales, aparecen menoscabados los requisitos a los que se halla sujeta la validez de una sentencia o la de los actos que la antecedieron, y tuvieron incidencia en el pronunciamiento. Aquí no se cuestiona la injusticia de la sentencia impugnada, sino la alteración del procedimiento que condujo a su expedición; empero, en el país quedan excluidos como motivo de casación tales vicios *in procedendo*, pues en materia penal el recurso de casación se refiere solamente a los errores *in iudicando*, pudiéndose considerar que éstos son más importantes en el procedimiento penal, donde se busca la verdad material y no meramente la formal.

Debemos tener presente que para tratar los errores *in procedendo* existe la acción de nulidad, que usualmente se la ejerce conjuntamente con el recurso de apelación; por lo que en la casación penal no se consideran como causal aparte los errores de procedimiento o de trámite, pues eso es materia de nulidad conforme el artículo 652, numeral 10 del COIP.¹⁰

¹⁰ COIP, 652: “La impugnación se regirá por las siguientes reglas: ...10. Si al momento de resolver un recurso, la o el juzgador observa que existe alguna causa que vicie el procedimiento, estará obligado a declarar, de oficio o a petición de parte, la nulidad del proceso desde el momento en que se produce la nulidad a costa del servidor o parte que lo provoque. Habrá lugar a esta declaratoria de nulidad, únicamente si la causa que la provoca tiene influencia en la decisión del proceso. Para los efectos de este numeral, serán causas que vicien el procedimiento: a) La falta de competencia de la o el juzgador, cuando no pueda subsanarse con la inhibición. b) Cuando la sentencia no reúna los requisitos establecidos en este Código. c) Cuando exista violación de trámite, siempre que conlleve una violación al derecho a la

Además de que para entrar a analizar los errores de procedimiento se requieren pruebas y en materia de casación penal las mismas no pueden ser solicitadas, lo que devendría muchas veces en impracticable la demostración de la nulidad alegada.

Los vicios *in iudicando*, en cambio, que son aquellos a los que se refiere el artículo 656 del COIP, son aquellos que afectan al contenido sustancial de una sentencia, a la que por tal motivo se tilda de injusta. Por tanto, si la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia no concuerda con la voluntad efectiva de la Ley ese fallo deviene injusto, porque si bien se practicaron los pasos procesales debidos, la corte incurrió en un error de juzgamiento durante el desarrollo de su actividad intelectual al momento de arribar a sus conclusiones en la sentencia respectiva, produciéndose así el error de derecho por violación de la ley, por: a) contravención expresa de su texto, b) por la aplicación indebida, y c) por la interpretación errónea de una norma legal, al atribuirle un sentido que no tiene. Es importante tener en cuenta, por otra parte, que no es suficiente con que se de únicamente una violación de norma jurídica, sino que es necesario que tal quebranto sea el determinante de la sentencia expedida, que constituye la eficacia causal del error in iudicando.

1.1. Contravención expresa de su texto

Involucra una *falta de aplicación o exclusión evidente*, porque deja de aplicar al caso la norma sustantiva que lo regula; el texto llamado a resolver el conflicto existe, pero no se le hace actuar para la situación concreta que debe regir. Se da por tanto un error de omisión, pues dada una circunstancia fáctica por probada, el juzgador no aplica la norma jurídica correspondiente.

“Implica la comparación de la narración con el supuesto fáctico. Hay que señalar que cuando se alega esta causal, lo que el recurrente indica es que una norma del ordenamiento jurídico no ha sido aplicada por el juzgador; es por ello, que en este sentido, se debe hacer una comparación entre la narración de los hechos que hace el juzgador y el supuesto fáctico de la norma, si ambos coinciden y la norma jurídica no

defensa.”.

fue considerada para resolver se encontrará configurado el error.”.¹¹

La o el juez no resuelve el asunto sometido a su conocimiento con fundamento en la normativa que legalmente le corresponde, por muchas razones, como por ejemplo: no la conoce, no siendo tan raro, lamentablemente, que con una legislación tan frondosa y cambiante como la que tenemos actualmente el juzgador ignore la norma sustancial, por no encontrarse por ejemplo en el COIP y tratarse de una ley penal impropia, “así se pueden calificar aquellas normas (o más concretamente determinados artículos de una ley) que teniendo un carácter claramente penal se encuentran, sin embargo, incluidas dentro de cuerpos legales que se refieren a muy diversas materias no penales. Este tipo de normas dejan dudas acerca de su verdadera naturaleza y, por lo tanto, de la jurisdicción competente.”¹² causando confusión en la o el Juez; cree que ha sido derogada, declarada inconstitucional, que no ha empezado a regir o no se percata que ha dejado de regir por una *vacatio legis* ya terminada.

La violación de la ley por contravención expresa de su texto, se da cuando el juzgador indiscutiblemente ha ignorado la existencia de una norma jurídica aplicable al caso *sub iudice*; se presenta sin consideraciones intermedias entre el raciocinio del juez y la norma sustantiva. Por tanto este tipo de violación de la ley sustancial se da cuando el juzgador se equivoca en la selección del precepto citado para a resolver el conflicto.

El juez comete este error cuando la norma que aplica al caso es inexistente o inválida, en el tiempo o en el espacio, por lo que la omite o la desdeña, cuando en realidad es la aplicable. De manera que el juzgador sí realizó un correcto estudio de la situación fáctica y apreciación probatoria, pero se equivoca en la elección de la norma y aplica una incompatible al caso.

Este error el juzgador lo puede cometer de dos maneras:

1) *Por error de existencia*, esto es el juez se vale de una norma que no tiene existencia jurídica, porque ha sido declarada inconstitucional, o ha sido derogada. Es decir, el juez desconoce la norma que de manera indefectible rige para el asunto concreto, y con base en ese desconocimiento se aplica una norma que no tiene ya

¹¹ Ecuador: Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito [Sentencia 942-2013, en el recurso de casación 508-2013].

¹² Ernesto Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General*, tomo I, (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2005), 80.

vigencia o que nunca la tuvo. Se puede dar el caso también de que la norma no puede aplicarse aún por tener un período de vacancia legal.

2) *Por inaplicación de la norma*, cuando el juzgador dejó de aplicar la norma vigente que indudablemente se ajusta al caso concreto, o a uno de sus aspectos principales. Existiendo una norma precisa, que ciertamente es la aplicable a la situación discutida, el juzgador la ignora. Evidentemente al así hacerlo tampoco da solución a la situación juzgada mediante la empleo de la norma que efectivamente utiliza.

Efectivamente parecería que se trata de una aplicación indebida, pero se la clasifica dentro de la falta de aplicación toda vez a que el juzgador ignora la existencia de la norma que se niega a aplicar; en realidad no se trata de la elección entre dos normas vigentes, sino de la inaplicación de la apropiada por desconocimiento de su existencia.

1.2. Aplicación indebida

Es un error *de selección o subsunción*, se resuelve el caso con fundamento en una norma que no es aplicable a la controversia. El juzgador resuelve el caso concreto apoyado en una o varias disposiciones que no fueron creadas para ello.

A una situación fáctica se le adjudica una o varias normas alejadas del supuesto de hecho que juzga. Es una falla en la selección del precepto, en la escogencia de la norma ajustable al caso; constituye por tanto un error de pertinencia, “la indebida aplicación es el yerro que comete el juzgador al aplicar una norma jurídica cuyo supuesto de hecho no corresponde a la narración fáctica de la conducta que se intenta juzgar en el fallo. Al igual que el error anterior, se debe hacer una contraposición de estos dos elementos, si la norma jurídica no se adecúa a la narración del juzgador, y pese a esto, él la ha aplicado para resolver, la vulneración se habrá configurado.”¹³ En definitiva, el juez selecciona una norma, pero no la adecua correctamente al caso, es decir yerra en el proceso mental de adecuación típica, pues ha decidido erradamente que la conducta del procesado se subsume en un tipo legal, dentro del cual aquella realmente no entra.

¹³ Ecuador: Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, [Sentencia 942-2013, en el recurso de casación 508-2013].

Sucede la indebida aplicación cuando se hace actuar la norma para una circunstancia no sistematizada por ella. El error se ubica en la elección de la norma, que se entiende abstractamente de manera correcta, pero los hechos inferidos del proceso no corresponden con los de la hipótesis legal elegida. Se trata de un error de subsunción de unos hechos en una disposición legal que no los abarca.

Una hermenéutica legal correcta implica averiguar si una conducta concreta, encaja o no dentro de los lineamientos de un determinado tipo penal, con todas sus características; es decir que se dé una "adecuación típica" dentro del proceso por la cual el juez encaja un proceder de una persona natural dentro de una determinada descripción de los tipos de la parte especial del COIP u otras normas de carácter penal en otros cuerpos normativos, acatándose así el modelo legal al envolver los elementos estructurales descriptivos, normativos y subjetivos de la relación conceptual norma-conducta en un todo relacionado hermeneúticamente.

El juzgador al expedir la sentencia la basa en una norma que no es la aplicable al caso, dejando de emplear la que corresponde. De manera que el error recae en el ajuste de la norma al caso determinado, al aplicarse una norma que no lo regula; y en sentido contrario se inaplica la norma sustancial que propiamente corresponde. El juzgador, por tanto, efectuó una falsa adecuación de los hechos probados a los supuestos que considera la norma, omitiéndose el precepto que efectivamente está llamado a ser utilizado. La norma aplicada aunque válida, simplemente no abarca los hechos probados y juzgados, porque éstos no se ajustan a ella.

Téngase en cuenta de que no se trataría de que una ley oscura fue interpretada en el sentido menos acorde a su auténtico significado, sino simplemente que un texto, cuyo tenor nadie contiene, ha sido acomodado a un caso que le es ajeno o se le ha hecho suscitar efectos no contemplados en la norma.

Se podría entender también que el juzgador le dio, a fin de cuentas, una extensión impropia a la ley sustancial, pues la norma aplicada y que tiene validez dentro del sistema jurídico, en realidad no regula ni absorbe los hechos juzgados, pues estos no se ajustan ni le atañen a ésta.

No pasará desapercibido que, en general, tácitamente, la falta de aplicación de la ley establecida para el caso, implica en contrapartida la utilización incorrecta de otra norma no prevista para resolver el mismo, por eso la falta de aplicación casi siempre

entraña aplicación indebida, y viceversa, es decir hay correlación entre estas dos formas de infracción de la ley.

1.3. Interpretación errónea

A diferencia de las dos situaciones de error anteriores, aquí la o el juez sí selecciona correctamente la norma aplicable, y también la adecua fielmente al caso concreto, pero la interpreta de manera errónea atribuyéndole un sentido que no tiene, e incluso contrario a su verdadero contenido. Al aplicarse una norma pertinente, pero con alteración de su real contenido legal, se está dando una falsa interpretación de la ley.

La errónea interpretación “implica el análisis del sentido y alcance de las consecuencias jurídicas de la norma; este error se diferencia de los anteriores, no se provoca en la adecuación de la narración fáctica que hace el juzgador con el supuesto de hecho de la norma; cuando el recurrente alega esta causal, se acepta que la norma utilizada por el juez es la correcta, empero, se impugna la manera en la que éste ha interpretado el sentido y alcance de sus consecuencias jurídicas.”¹⁴ Por ello se afirma que el juez no viola el texto de la ley, sino su contenido.

Es un error de comprensión o de interpretación desacertada de la norma elegida, que le da más o menos significación de la que efectivamente tiene, o inclusive le da consecuencias que le son contrarias.

Se considera así que este error es contrario a Derecho, que la sentencia debe ser casada porque declara una falsa voluntad de la Ley, y por tanto resulta imperativo que la SPCNJ, en calidad de Corte de Casación Penal, enmiende tan grande agravio al particular perjudicado, como a la sociedad toda.

Es cierto que el Derecho no es algo terminado y ya precisado al punto de poder aplicarlo literalmente, obviamente no, y nunca se podrá así interpretarlo porque las circunstancias sociales que regula están siempre en continuo cambio; pero la perfección interpretativa de la norma es algo que debe ser perennemente buscada e investigada, toda vez el Derecho busca la aplicación correcta y uniforme de la norma a la pretensión particular para resolver así el conflicto social puesto a conocimiento del juzgador.

Las leyes son una generalización indicativa para la búsqueda de la satisfacción de

¹⁴ *Ibíd*, [Sentencia 942-2013, en el recurso de casación 508-2013].

pretensiones concretas en conflicto, son una pista más para examinar en cada caso particular lo que verdaderamente deviene en "Derecho" propiamente dicho; interpretar una norma jurídica es ante todo establecer su sentido con relación a un caso concreto.

Y si el juzgador tiene la obligación de inquirir cuál es la extensión de una disposición legal, para concretar la eventualidad de aplicarla al conflicto que se le ha sometido a su decisión, ha de hacerlo sin extravíos o incorrecciones, lo cual lamentablemente no siempre se logra, y el juzgador termina dándole a la norma que aplica un sentido que en realidad no tiene.

No es que el juez no haya elegido apropiadamente la norma respectiva; no es, incluso, que esta no sea la aplicable al caso, sino que la interpreta erróneamente, en una clara defección a su sustancia; la norma bien seleccionada por el juzgador ha sido mal ponderada por ella o él en sus alcances, o disminuida en ellos, por un desacertado entendimiento.

Entonces en esta clase de error se puede incluso elegir la norma pertinente al caso concreto, pero se yerra en su interpretación al darle a la misma un sentido jurídico o alcance que no tiene, o se le arrojan consecuencias extrañas a su contenido. El error de interpretación de una norma como cargo de casación, puede originar complicaciones en su concepción, toda vez que al ser función esencial del juzgador la de interpretar la norma sustancial, resultan frecuentes discrepancias de criterio entre jueces de instancia y de casación.

Las normas jurídicas se producen para responder a la realidad histórica de un momento dado, lo cual implica que más allá de seguir expidiendo leyes, las ya existentes deben adaptarse en la medida que sea factible, afianzarse, con la realidad que les corresponde regular, esto es, deben dinamizarse y justamente coadyuvar a dicha labor le compete a la o al juez de casación de manera protagónica.

Esta actividad hermenéutica es tan compleja, la verdad, que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional da ocho métodos y reglas de interpretación jurídica¹⁵ que pueden ser tenidos en cuenta para resolver las causas que se

¹⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, en *Registro Oficial, Segundo Suplemento*, No. 52 (de 22 de octubre del 2009), art. 3. En adelante se cita esta Ley como LOGJYCC.

sometan a conocimiento del juzgador, los cuales pueden ser utilizados conjuntamente dependiendo del caso, como lo son:

las reglas de solución de antinomias, que determinan que cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior; *el principio de proporcionalidad*, esto es que cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad; *la ponderación*, por la cual se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada, teniéndose en cuenta, en todo caso, que cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro; *la interpretación evolutiva o dinámica*, por la cual las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales; *la interpretación sistemática*, por la cual las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía; *la interpretación teleológica*, que prescribe que las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo; *la interpretación literal*, cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar los otros métodos de interpretación ya señalados; y, *otros métodos de interpretación* como los principios generales del derecho y la equidad, así como los principios de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación.

A estos métodos de interpretación legal deben acudir los jueces en su complejísima labor de aplicar el derecho en el siglo XXI, teniéndose en cuenta, además, que de esos mismos métodos pueden también servirse las partes cuando plantean su impugnación por errónea interpretación.

En verdad, hoy más que nunca, el juez en sus sentencias está obligado a escrutar por el orden justo, y por tanto la sana crítica tiene marcada importancia en su pensamiento. No cualquiera puede hoy ser juez, se requieren unos atributos intelectuales

y de recta conciencia muy particulares.

2. Los errores de juicio *in iudicando in factum*. La Problemática del segundo inciso del Art. 656 del COIP

Dice el segundo inciso del artículo 656 COIP que: “*No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba.*”.

Cierto es que, en estricto sentido, solamente al tribunal juzgador de instancia le concierne la valoración de la prueba, porque conforme a los principios de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción de la prueba, participó como órgano receptor de la misma en el juicio o en el análisis de la apelación. Fueron ellos los que entraron en contacto con los sujetos procesales, testigos y peritos, etc, a los cuales se examinó y contra-examinó, tuvieron contacto directo, en definitiva, con las fuentes de prueba.¹⁶

Pero evidentemente tampoco debe olvidarse que una cosa es que no se pueda volver a valorar la prueba, y otra muy diferente que no se pueda analizar si existen o no vicios lógicos en la resolución recurrida, si es incoherente el relato de los hechos ya probados con las conclusiones a las que llegó el juzgador, en definitiva si están o no motivadas las sentencias de la Sala Penal de la Corte Provincial.

En realidad en el recurso extraordinario de casación penal no se juzgan hechos, sino la conformidad a Derecho de la sentencia judicial impugnada. Es verdad que los tribunales de instancia son autónomos en la determinación de los hechos, pero ello no puede llevar a criterios extremos como considerar que tienen una especie de *soberanía* en la apreciación de los mismos, que incluiría el que incurran impunemente en error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, pues la casación se propone corregir precisamente las infracciones legales cometidas en la sentencia.

De la Rúa, quien mantenía una posición tradicional con respecto a la casación, no dejó de advertir que en realidad el punto más arduo, el problema central y más difícil de

¹⁶ COIP, 454: “Principios.- El anuncio y práctica de la prueba se regirá por los siguientes principios: 1. Oportunidad.- Es anunciada en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio y se practica únicamente en la audiencia de juicio. Los elementos de convicción deben ser presentados en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio. Las investigaciones y pericias practicadas durante la investigación alcanzarán el valor de prueba, una vez que sean presentadas, incorporadas y valoradas en la audiencia oral de juicio...”

la casación es la distinción entre hecho y derecho¹⁷, que “la distinción entre hecho y derecho es el concepto más importante de la casación, que se puede y debe hacer, más allá de las objeciones que se le puedan formular desde un punto de vista lógico.”¹⁸

Resulta pertinente reflexionar en el hecho de que la limitación de la casación a las cuestiones de derecho tiene que ver con su origen histórico, cuando prevalecía su función política que era asegurar vigencia uniforme del derecho, esto es el fin “nomofiláctico” de la casación, ocupando un plano secundario el dar la solución justa al caso concreto; pero ese fin político es irrealizable: primero, porque en el Estado constitucional de derecho no existe temor al alejamiento de la ley por parte de las y los jueces como existía en la Francia de la Revolución; y, en segundo lugar, porque la diferenciación entre hecho y derecho es, en realidad, lógicamente imposible de realizar, es prácticamente imposible separarlas nítidamente dado que las leyes no se aplican “en abstracto”, sino siempre con relación a un “caso concreto”.

No hay duda que una falsa valoración de los hechos acarrea una incorrecta aplicación del derecho. Por lo que es preciso distinguir entre la existencia de los hechos, la calificación jurídica de los hechos, y los efectos de los hechos. En la determinación de la existencia de los hechos se podría pensar que los jueces y tribunales son autónomos (*soberanos*); pero la calificación y efectos de los mismos que hace el juez o tribunal serían censurables en casación.

En realidad nos debemos dar cuenta de la diferencia que hay entre enunciados *inferenciales* (derivados) y enunciados de *inmediación* (los que provienen de una percepción),¹⁹ pues aunque ambos son similares dado que tienen por base un razonamiento, se distinguen en que en los de *inmediación* se expresa la relación entre un hecho externo y el sujeto que lo percibe, mientras que en los *inferenciales* realmente se está formulando la interpretación personal que se realiza respecto de un hecho externo, en donde el mismo no es ya lo percibido por un sujeto sino lo que este sujeto *dice* haber percibido, por lo que contrario a lo que se quiere creer la relación no es entre sujeto y percepción sino entre enunciados que expresan percepciones. Hay por tanto tres niveles a considerar: los hechos externos, los hechos percibidos, y los hechos interpretados.

¹⁷ Fernando De La Rúa, *La Casación Penal*, (Buenos Aires: Depalma, 1994), 52.

¹⁸ *Ibid.*, 54.

¹⁹ Gabriel Pérez Barberá y Hernán Bouvier, *Casación, Lógica y Valoración de la Prueba*, en Luis Miguel Reyna Alfaro, director, *La Prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*, 549-571, (Lima: Jurista Editores, 2007), 564-568.

Quisieramos pensar que se pasa de una manera natural de los hechos externos a lo percibido, y que no se los interpreta por el juzgador de instancia, pero lo cierto es que hay un constante proceso de re-interpretación de los mismos, no por intermediación sino principalmente por inferencia. Una sentencia se encuentra colmada de enunciados sobre los hechos en los cuales realmente no se expresan las premisas implícitas que los fundamentan o justifican. La idéntica forma en que los enunciados inferenciales y los de intermediación se presentan en la sentencia, dificulta identificar cuándo nos encontramos frente a un enunciado que puede o no ser revisado por el tribunal de casación.

En los enunciados inferenciales, que en realidad son la mayoría, la premisa que se ha hecho explícita y el argumento del que forma parte como afirmación puede ser contrastada con el resto de las premisas y argumentos que se encuentren en la sentencia, de modo tal de averiguar si es consistente con el resto de las afirmaciones del tribunal, si es apoyada por aquellas de manera suficiente, débil o nula.

“En esta tarea no hay más que una operación de tipo lógica o argumentativa. Se evalúa si una cierta relación entre premisas y conclusiones es exitosa o no lo es. Tanto la tarea de hacer explícitas las premisas que se encontraban implícitas como el cotejo de la relación que esas premisas y la conclusión detentan con el resto de las afirmaciones hechas por el tribunal, es una tarea que nunca estuvo ni estará vedada al tribunal de casación”,²⁰ pues la misma consiste simplemente en determinar y evaluar una cierta relación entre enunciados, entre argumentos, entre premisas y conclusión. Tarea que es lógicamente independiente de la intermediación o percepción de los hechos de la audiencia. Para evaluar si existe una contradicción o cualquier otro defecto lógico en un conjunto de enunciados, no es imprescindible haber asistido al debate sino, sencillamente, estar en condiciones de leer y comprender bien la sentencia recurrida.

Los enunciados de intermediación en la práctica se presentan en la sentencia de la misma manera en que aparecen los argumentos inferenciales, esto es como afirmaciones axiomáticas o últimas, que no se justifican necesariamente con premisas expresas que las respalden dentro de la sentencia impugnada. “Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con los enunciados inferenciales, los enunciados de intermediación no pueden ser tratados como conclusiones de argumentos, o como enunciados que encubren premisas, sino sólo como enunciados que expresan una cierta

²⁰ Ibid., 568.

percepción por parte del juez.”²¹

La aplicación de la norma al hecho no es una maniobra mecánica que deja intocados a la norma y al hecho, más bien al contrario la norma sirve al bosquejo de los perfiles más importantes del hecho, y éste sirve para esclarecer los significados posibles de la norma: la norma y el hecho se juntan y se componen el uno al otro, simplemente no se pueden entender el uno sin el otro a menos que se pretenda conocerlos como cascarones vaciados de significado real y práctico.

Efectivamente, la cabal exigencia de una inflexible distinción entre cuestiones de hecho y de derecho a los fines del recurso de casación penal ignora la enorme dificultad que como regla ofrece esa distinción, especialmente cuando la objeción se centra en el juicio de subsunción, esto es en la determinación de la relación específica trazada entre la norma y el caso particular; e igualmente se pasa por alto también el hecho de que en casi todos los casos, la propia descripción de los presupuestos fácticos del fallo resulta condicionada ya por el juicio normativo que postula.²²

Ahora bien, no podemos dejar de mencionar que doctrina muy autorizada ha cuestionado que realmente, conceptualmente, se pueda separar las cuestiones de derecho de las de hecho, "en la práctica judicial, pues históricamente nadie ni nada han conseguido evitar que un tribunal de casación, más allá de las limitaciones de la ley, se introdujera en la cuestión de hecho, cada vez que lo quisiera —y esto rige de forma tan universal como indiscutible, hecho bien sabido por cualquiera que se haya aproximado, aun superficialmente, a ver que hay dentro de las decisiones de los tribunales de casación"²³, dado que el control de la logicidad de la motivación de la sentencia nos permite apreciar la imposibilidad de separar con rigor tales cuestiones.

Igualmente se ha dicho que si bien es cierto que la Casación debe ceñirse al control del derecho, tal condición no ha de exagerarse ante un desafortunado juicio de hecho, pues hechos y derecho terminan siendo inescindibles, dado que el control de los hechos implica una correcta aplicación jurídica; propugnándose un modelo más útil y discrepando de aquella irrealista posición que pretende ver los hechos y el derecho en abstracto, sin conexión concreta entre aquellos y las normas, debiendo darse un registro

²¹ *Ibid.*, 568.

²² Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez y otros, (Madrid: Trotta, 1995), 54.

²³ Daniel R. Pastor, *La Nueva Imagen de la Casación Penal*, (Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001), 77.

intermedio: *no* en general a los hechos, pero *sí* cuando el desvío de lo juzgado en el núcleo de la prueba tiene gruesas fallas lógicas y la evaluación de los medios llega a los resultados y sentido insostenibles por absurdos o arbitrarios, momento en el cual la revisión deviene ineludible para que la solución jurídica sea correcta y finalmente justa; téngase en cuenta, que “por más vueltas que demos en este sempiterno punto álgido de la casación, habida cuenta que la tesis que luce predominante (en voz baja) confiesa que lo anterior no debe significar la absoluta prohibición de contacto con el material fáctico, porque este se produce cuando se lleva a cabo el control de la motivación fáctica y de la logicidad del juicio.”, y ello es así porque no se trata de que la corte de Casación realice un nuevo juicio de hecho, sino de que determine si el realizado cuenta con los requisitos mínimos exigibles en lo referido a su construcción y enlace lógico; si es racional y lógicamente sostenible; sólo “entonces será posible que la Corte de Casación efectúe su tarea más noble, la normativa o reguladora de la jurisprudencia, desde la perspectiva de la finalidad *ius unitoria*.”²⁴

Resulta por tanto imperioso que se entienda, que una cosa es volver a valorar la prueba actuada dentro del proceso, y otra muy diferente determinar si las conclusiones expresadas en el fallo recurrido, se relacionan lógicamente y racionalmente con los hechos relatados y aceptados con certeza como verdaderos, lo cual evidentemente la SPCNJ sí puede hacer, pues está precautelando así la sustancia misma del proceso penal.

Augusto M. Morello defendía, idea con la que estoy completamente de acuerdo, el ensanchamiento del ámbito de la casación, afirmando que “sustentar que la Corte de Casación es un juez del derecho y no de los hechos es predicar una verdad a medias y, por tanto, aseveración falsa; sostener que sólo la norma aislada (incontaminada de lo fáctico) es perfecta, justa y excluyente de los hechos reales, es aprehenderla como una isla”, pues los hechos forman parte del derecho, el cual los presupone y los contiene, que resulta un contrasentido que un tribunal de casación ceda ante una supuesta soberanía de los jueces inferiores, encarcelado o subordinado a una incorrecta e insostenible construcción motivadora, lo cual constituiría un sin sentido a lo que la parte impugnante desmitificó al demostrar insuperables vicios lógicos.²⁵

²⁴ Augusto Morello, “La Casación Civil: ¿Realidad o ilusión?”, en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, No. 2 [pgs. 509-517], (Marzo de 1998): 516.

²⁵ Augusto Morello, *La Casación. Un Modelo Intermedio Eficiente*, (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993), 505.

No puede olvidarse que cuando se viola la ley por falta de aplicación o por indebida aplicación de una norma legal, esto puede suceder también por una infracción legal denominada "mediata o indirecta", que se presenta cuando entre la actividad decisora del juez y el quebrantamiento de la norma sustancial se interpone un error probatorio. "De ese modo el legislador considera que este error va contra el derecho, que por tal la sentencia impugnada declara una falsa voluntad de la ley y que por esto debe ser enmendada por La Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia; así tenemos la causal de falsa aplicación de su texto, la infracción directa y la interpretación errónea de una norma legal o su violación indirecta mediante la valoración falsa de una prueba determinada.”.²⁶

E igualmente se debe considerar que “si bien es cierto que el juez de sentencia no debe dar razones de por qué elige una prueba y no otra, no es menos cierto que se entrega al control del tribunal de casación porque de las constancias de la causa surgen cuáles son las pruebas arbitrariamente no incorporadas o no mentadas y por ello su ilegal discrecionalidad es perfectamente confrontable.”.²⁷

Es menester resaltar el hecho de que la conceptualización de *violación indirecta* se refiere también a errores *in iudicando in jure*, y que no se está volviendo a valorar la prueba nuevamente, porque lo que ha sucedido es que el juzgador ha dado a las pruebas legalmente producidas un sentido fáctico contradictorio del que lógicamente tienen, cuando a pesar de considerarla legal y oportunamente incorporada, al puntualizar su contenido se la distorsiona, asignándole un mérito persuasivo que trasgrede los principios de la sana crítica, lo cual ocasiona que se dé un falso raciocinio; o no las tomó en cuenta, como cuando prescinde de considerar unos hechos con sus pruebas que sí consta en el proceso; o peor aún, a la inversa, se decide en base a supuestos hechos y pruebas que se cree existen, sin que las misma consten en el proceso; y puede darse también que a una prueba se le ha concedido una estimación diferente de la que le asigna la ley; o sí se le da el mismo que le ha sido atribuido, pero al margen de la situación o sin las circunstancias que la misma ley requiere para que se le considere así.

²⁶ José García Falconí, *El Recurso de Casación Penal, La Amnistía, El Indulto, La Ley de Gracia y sus Trámites*, (Quito: Edic. Rodín, 2009), 143.

²⁷ María Cristina Barberá de Riso, *Los Recursos Penales, Lineamientos*, 2ed., (Córdoba, Mediterránea, 2006), 68.

En tal sentido acertadamente se ha señalado que corresponde demostrar al casacionista la trascendencia de tal error, señalando cual debe ser la aplicación correcta de las pruebas que cuestiona y que habría dado lugar a proferir un fallo esencialmente distinto y disímil al dictado, dándose los siguientes casos: “1. El resultado del proceso hubiere sido otro si no se hubiere omitido la apreciación de pruebas existentes legalmente dentro del proceso; 2. No se hubieren supuesto pruebas que no fueron producidas en el proceso; y, 3. Por haber dado a las pruebas legalmente producidas un sentido fáctico contrario del que naturalmente tiene. O sea, para que proceda la casación por pruebas, la doctrina señala que se debe demostrar: 1. Que se le dio a la prueba un valor que la ley no le confiere; 2. Que apreció las pruebas cuando existían ilegalidades en su producción que impedían su consideración, esto es se viola el principio de integridad judicial, señalado en el Art. 76 numeral 4 de la Constitución de la República; y, 3. Que se apartó ostensiblemente de la sana crítica.”²⁸

Se lo quiera admitir o no, lo que con frecuencia se hace en casación es reexaminar los hechos a través de la fiscalización de la logicidad de la motivación, lo cual implica ya una intensificación del ámbito de lo revisable en casación que trasciende la mera cuestión jurídica en sentido estricto y desciende al examen también de la determinación de los hechos. "Aquí funciona, no ya el silogismo judicial (premisa mayor: la norma; premisa inferior: el hecho; conclusión: la decisión), sino el silogismo probatorio que está dentro del judicial (premisa superior: las reglas de la experiencia; premisa inferior: el dato a probar; conclusión: el hecho probado). En este segundo silogismo, la lesión de las normas utilizadas para la apreciación probatoria puede ser fiscalizada en casación."²⁹

Se sigue entonces como técnica principal de casación penal fundamentalmente “*la teoría de los dos niveles de valoración*”, según la cual la cuestión de hecho de la sentencia penal se fracciona en dos momentos: el de la fijación de los hechos probados, que es distintivo del tribunal de instancia, pues incumbe a la inmediatez (primer nivel de valoración), y el de la estructura racional de la apreciación de las consecuencias procesales que se manifiestan de esas pruebas, operación que está presidida por normas lógicas, científicas y empíricas (segundo nivel de valoración). Esta perspectiva parte del concepto de sentencia ante todo como un silogismo, y basa en la concepción de que

²⁸ García Falconí, *El Recurso de Casación Penal...*, 146-147.

²⁹ Pastor, *La Nueva Imagen...*, 60.

dichas valoraciones son distinguibles, lo cual implica separar el juicio histórico (primer nivel de valoración) y el juicio lógico (segundo nivel de valoración).³⁰

En realidad a través de la motivación de la sentencia y el examen de su logicidad por parte de la SPCNJ se casan sentencias injustas también por motivos de hecho, pues en la realidad así se controla las conclusiones a las que arribó el juez de instancia respecto al material fáctico sobre el que se apoya la aplicación del derecho sustantivo y, más importante aún, la razonabilidad del procedimiento de adquisición y apreciación de las pruebas sobre las que se asienta el convencimiento sobre tales hechos.

El juicio penal es un proceso de conocimiento de hechos conforme a reglas normativas y principios constitucionales cuya correcta utilización no puede dejar de ser juzgada en casación, toda vez que el tema de la fijación de los hechos deviene en un sistema de aplicación de normas del razonamiento, de la lógica y de la experiencia, en definitiva de la sana crítica, por lo que la Corte de Casación no puede evitar quedar, ya en la práctica, en una situación de tener que examinar las reglas de la sana crítica en la examinación de las pruebas que llevaron a la determinación de los hechos.

Sería muy difícil negar que el juicio sobre la motivación de la sentencia constituye un todo con el juicio de legalidad, y el control sobre la coherencia del razonamiento probatorio es una unidad a su vez con la garantía de legalidad. Así que el examen de "la motivación permite la fundamentación y el control de las decisiones tanto en derecho, por violación de ley o defectos de interpretación o subsunción, como en hecho, por defecto o insuficiencia de pruebas *o bien por inadecuada explicación del nexo entre convicción y prueba*"³¹, pues al ser la casación penal *un juicio sobre el juicio* (es decir sobre la motivación) se da un entrelazamiento entre el derecho material y la equivocada fundamentación de las decisiones judiciales, que no puede ser dejado de lado.

Son por las consideraciones anteriores respecto a lo que la doctrina llama "*fiscalización de la motivación*" en la casación penal, que ha surgido otra interesante teoría, llamada "*teoría del máximo rendimiento*", la cual ha partir de las dificultades para distinguir entre cuestiones de derecho y de hecho propone un nuevo criterio de distinción: lo revisable y lo irrevisable.

Se considera que la SPCNJ debe extremar esfuerzos por revisar todo lo que pueda revisar, quedando su actividad expedita para la revisión de todos las violaciones legales

³⁰ *Ibid.*, 78.

³¹ Ferrajoli, *Derecho y Razón...*, pg. 623.

que tornen incorrecta la sentencia recurrida, deponiendo la separación cuestión de hecho-cuestión de derecho. Pero, se deja en claro que tal control tiene un límite lógico que procede de la estructura misma del procedimiento en casación, en el sentido de que revisable es todo lo que se puede revisar en tanto no se afecten sobre todo los principios constitucionales de oralidad e inmediación, que no impidan la revisión.

Esta teoría alemana ("Leistungsfähigkeit", traducida al castellano como teoría "de la potencialidad o capacidad de rendimiento", concebida por Fezer en 1974)³², efectúa una segmentación de las responsabilidades: la Corte de Casación es responsable por el control de todo aquello para lo cual tenga capacidad de revisión por sus propios medios, sin necesidad de rehacer nuevamente el juicio del Tribunal de Instancia, de modo que las verificaciones fácticas que dependen de la inmediación y la oralidad son las únicas que permanecen reservadas exclusivamente al Juez de Garantías Penales, al Tribunal de Garantías Penales o a la Sala de lo Penal de la Corte Provincial.

Por lo que lo único que la Corte de Casación no podría revisar es el producto directo de la inmediación, pero téngase en cuenta que no todo lo concerniente con la inmediación es incontrolable en casación, sino sólo los aspectos del juicio sobre la prueba que derivan de la percepción y que, asimismo, requieren centralización entre esa percepción y la expedición de la sentencia; por lo que sí serían revisables aquellos errores que el juez pueda examinar sin efectuar nuevas pruebas. Así, "Krause y Roxin ejemplifican con el caso siguiente en relación con la regla sustantiva que agrava las lesiones que desfiguran el rostro: si el juez de casación hubiera tenido que haber visto personalmente al ofendido para poder juzgar si está desfigurado, entonces no tendría sentido alguno la impugnación en casación; si, por lo contrario, de los fundamentos de la sentencia se puede inferir que el juez de mérito ha considerado como desfiguración a un rasguño, la casación sería procedente."³³

No hay motivo entonces para que la Corte de Casación valore, conforme su propio criterio, el tenor de testimonios y documentos que estén reproducidos en la sentencia impugnada. Así, la Corte tiene el "poder en potencia" para revisar y excluir de la sentencia condenatoria todos aquellos errores cuya demostración no dependa de la inmediación propia del juicio oral, por lo que la clasificación de un vicio como fáctico o jurídico ya no deberá retraer lo casable de lo no casable, sino que, más bien, todo error

³² Pastor, *La nueva Imagen...*, 72-7.

³³ *Ibid.*, cita # 172, 76.

de derecho o de hecho sería materia del recurso de casación penal, porque la prohibición de no valorar la prueba no sería ya tan tajante.

No es, en definitiva, sostenible la objeción que esta revisión es incompatible con el juicio oral, por parte de los que sostienen y magnifican lo que es puro producto de la inmediación; aunque esto sólo puede establecerse en cada caso concreto, lo cierto es que en general no es demasiado lo que presenta la característica de conocimiento exclusivamente proveniente de la inmediación. En general buena parte de la prueba se halla en el propio expediente escrito, sea ésta documental o pericial, la principal cuestión en debate generalmente queda circunscrita a los testigos, aspecto éste que puede ser controlable por las actas y hhabaciones respectivas; “lo no controlable es la impresión personal que los testigos pueden causar en el tribunal, pero de la cual el tribunal debe dar cuenta circunstanciada si pretende que se la tenga como elemento fundante válido, pues a este respecto también el tribunal de casación puede revisar criterios; no sería admisible, por ejemplo, que el tribunal se basase en una mejor o peor impresión que le cause un testigo por mero prejuicio discriminatorio respecto de su condición social, de su vestimenta, etcétera.”³⁴

Se sostiene, que esta teoría permite así que se de total sindéresis entre *el principio constitucional de inocencia*³⁵ y la casación penal. Que no debe magnificarse lo que es producto de la inmediación, porque en realidad lo único no controlable es la impresión personal que los testigos puedan ocasionar al tribunal, el resto de la prueba consta en el proceso y esta registrada por escrito, incluidas las declaraciones de los testigos. Por lo que, en realidad, prácticamente toda la prueba es controlable en casación.

Esta “teoría del máximo rendimiento” considera que seguir entendiendo la casación penal de manera “tradicional”, restrictiva, en su versión napoleónica, esto es excluyendo el análisis de las cuestiones de hecho y de la prueba es en realidad ilegal y contraria al Derecho Constitucional actual, que propende a una concepción amplia del recurso de casación penal en observancia del principio *in dubio pro reo*.³⁶ Sustentar lo

³⁴ Barberá de Riso, *Los Recursos Penales...*, 155.

³⁵ *Constitución de la República*, art.76: "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada."

³⁶ "Conectado con esta problemática está la cuestión del *in dubio pro reo*, que, a pesar de ser normativa, muchas veces ha sido desplazada del control en casación porque ese principio ha sido considerado extraño al orden constitucional o íntimamente ligado a las apreciaciones inmediatas de la prueba,

contrario sería reducir injustificadamente los alcances de de la casación penal a un refinado concepto teórico pero de escasa consecuencia práctica, con subordinación de la justicia a la forma.

Recordemos que la ex Corte Constitucional para el Periodo de Transición mantuvo un criterio amplio, por el cual el recurso de casación penal permitiría tanto la revisión del derecho como de los hechos, lo cual conforme se ha sostenido en este capítulo es correcto. Así, la Corte Constitucional mantenía que efectivamente existen dos líneas doctrinarias al respecto, una que circunda las actuaciones del tribunal únicamente a aspectos de Derecho, y otra que entra a contender 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."³⁷ (lo inclinado me pertenece).

La actual Corte Constitucional, que entró en funciones el 6 de noviembre de 2012, ha cambiado radicalmente su perspectiva, abandonando la posición de la Corte precedente y ha sostenido que la SPCNJ sólo puede efectuar la revisión del derecho y no de los hechos:

"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 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

exclusivas del tribunal de mérito. Sin embargo, en la mejor teoría se ha impuesto categóricamente la idea de que ya como «cuestión de derecho» la aplicación del principio in dubio puede ser reprobada y controlada por vía del recurso de casación.", Pastor, *La Nueva Imagen...*, 63-64.

³⁷ Ecuador: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, [Sentencia 003-09-SEP-CC, en el caso 0064-08-EP], en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 602, 1 de junio de 2009.

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 a cabo 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 [...].³⁸ (lo inclinado me pertenece).

Esperemos que este criterio restringido cambie en el futuro, y se vuelva a la línea jurisprudencial amplia de la ex Corte Constitucional para el Periodo de Transición, mantenida en la sentencia 003-09-SEP-CC, publicada en el Registro Oficial 602, Suplemento, de 1 de junio de 2009, ya mencionada.

En la Corte Nacional de Justicia se está discutiendo actualmente este tema, y se ha dicho que de acuerdo con una línea jurisprudencial sobre el tema desarrollada en los dos últimos años por la Corte Constitucional, la SPCNJ se encontraría totalmente impedida de valorar la prueba ya que esta es una potestad *soberana* del juzgador de instancia, por lo que si las y los jueces de casación lo hacen ello devendría en una actividad arbitraria por falta de competencia; además de que las y los jueces penales en casación se encontrarían impedidos, *también*, de calificar los hechos y por tanto determinar la calificación del tipo penal.

Si esto fuese así, entonces cabría preguntarse que mismo se espera que hagan las y los jueces de la SPCNJ, ¿para que serían necesarios?, es más ¿serviría la casación penal para algo más que constatar que las y los jueces provinciales, al señalar el articulado del COIP, redactaron las normas correctamente? De ser así, la Casación penal sería una de las instituciones jurídicas más distantes a los postulados materiales de la Constitución de la República, pues sería simplemente un procedimiento formal que analizaría solamente la conformidad de la sentencia con el derecho objetivo sin tomar en cuenta

³⁸ Ecuador: Corte Constitucional, [Sentencia 001-13-SEP-CC, en el caso 1647-11-EP de 6 de febrero de 2013], en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 904, 4 de marzo de 2013. (Criterio ratificado en la sentencia 008-13-SEP-CC, en el caso No. 0545-12-EP, de 2 de abril de 2013.).

los hechos del caso concreto.

Las apreciaciones de la Corte Constitucional podrían ser correctas desde un perspectiva decimonónica de la Casación, pero realmente no lo son a la luz de los nuevos desarrollos de la institución en el derecho comparado y de los principios del estado constitucional de derechos y justicia. Pues aunque la Casación nació como un instrumento de protección de la ley y su compromiso inicial era con el derecho objetivo y no con la justicia, hoy en día se acepta que la Corte de Casación tiene una doble obligación, esto es velar por la correcta aplicación e interpretación de las leyes, y afirmar la constitucionalidad de las normas jurídicas que utilizan en el ejercicio de sus competencias.

Lo cual implica que la defensa del derecho objetivo en un Estado Constitucional de Derechos y justicia solo es factible una vez que el juez haya examinado la validez material de las decisiones de los jueces de instancia. Por tanto la SPCNJ al momento de hacer una revisión de una sentencia impugnada no solo se debe fijar en la correlación de la sentencia con la ley, sino que debe analizar su enlace con el contenido material de la Constitución.

Dado que en el vicio in iudicando se pueden dar errores en relación con la supuesta contravención al texto de la ley, y en relación a la subsunción de los hechos a una norma sustantiva y con su calificación, ello no puede dejar de implicar la realización por parte de la SPCNJ de un juicio fáctico, lo cual “ha sido dejado de lado inexplicablemente por la Corte Constitucional en la mayoría de sus sentencias sobre Casación, pues solo reconoce la competencia de los jueces de casación para controlar los errores de los jueces de instancia a la hora de aplicar la ley, pero olvida que esta se extendió a los hechos que se declaraban probados en la sentencia a fin de compararlos con la ley aplicada y con la que se decía que debía haberse aplicado”, por lo que la Corte Constitucional no distingue entre examinar los hechos y valorar los efectos jurídicos de la no aplicación o indebida aplicación del derecho probatorio en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva. Y se concluye diciendo que “no hay duda que la Casación de hoy permite la apreciación de fondo de las cuestiones debatidas en el juicio de instancia, y que por lo tanto es necesario adecuar los juicios de validez sobre la casación a las nuevas realidades sociales y jurídicas.”. Que en ese contexto, sin querer desconocer el carácter definitivo de las sentencias de la Corte Constitucional, la interpretación restrictiva que hasta ahora ha realizado tal Corte de las

facultades de la Corte Nacional en materia de Casación, no es conforme al desarrollo actual de la institución y no se ajusta a los lineamientos del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, siendo necesario que la Corte Constitucional modifique su jurisprudencia atendiendo estas críticas.³⁹

Hay actualmente autorizadas posiciones doctrinales nacionales muy duras al respecto, así la del profesor Vaca Andrade:

“Para concluir, advirtiéndolo que nuestro criterio no es compartido por muchos, y menos aún por algunos que con méritos o no, accedieron al más alto tribunal de justicia ecuatoriano, *consideramos que el recurso de casación si permitiría analizar aspectos relativos a la prueba*, como los siguientes: sentencias que asignaron valor de prueba a la que no lo tiene; arbitrariedad o abuso en la valoración de la prueba; atribución de valor de prueba a lo que no puede tener ese carácter o esa eficacia, por la ilicitud de la prueba en sí o en su obtención, por la infracción en la valoración de las reglas legales de la prueba material, testimonial documental, atribuir valor determinante a las presunciones; violación de las reglas de la sana crítica; fallos basados en simples sospechas o meras conjeturas. Ciertamente que para analizar estas cuestiones que pueden ser demasiado complicadas para algunos se necesita conocimientos especializados y, fundamentalmente, un compromiso fuerte e insoslayable de impartir justicia más allá de las simples formalidades o superficialidades; *en otras palabras, analizar cuestionamientos de fondo es muy complicado, toma más tiempo, meditación y requiere conocimientos, de los que se carece, aunque se presume de tenerlos: más fácil y cómodo es simplemente decir que no se ha violado la ley en la sentencia cuestionada.*”⁴⁰ (lo inclinado me pertenece).

Definitivamente debe tomarse en cuenta las líneas más actuales que se van dando en el Derecho Procesal Penal comparado, así en el español, que nos indica que:

“En efecto, según el TC, el recurso de casación en su concepción originaria y en sus modificaciones realizadas antes de la vigencia de la CE se anclaba en un rígido formalismo, que rechazaba cualquier posibilidad de revisión probatoria que no fuese derivada, con carácter excepcional, del contenido de un documento que evidenciase, sin contradicción alguna, el error en que había incurrido el juzgador en la instancia. *Ahora bien, éste ya no es el modelo actual. La Constitución y la LOPJ, en el artículo 5.4, han abierto una amplia expectativa a la revisión probatoria...* En efecto, nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de las cuestiones jurídicas y formales y que sólo permite revisar las pruebas en el restringido cauce que ofrece el artículo 849.2. En virtud de lo previsto en el artículo 852, el recurso de casación puede interponerse en todo

³⁹ Juan Montaña Pinto, “Casación y Justicia”, Reportaje Jurídico en el *Boletín Institucional de la Corte Nacional de Justicia*, No. 19, septiembre-octubre 2015, (Ecuador: Corte Nacional de Justicia, imprenta Gaceta Judicial, 2015), 16-17.

⁴⁰ Ricardo Vaca Andrade, *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano. Según el Código Orgánico Integral Penal*, tomo 1, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 661.

caso fundándose en infracción de precepto constitucional de modo que, a través de la invocación de los derechos y garantías fundamentales del artículo 24.2, fundamentalmente del derecho a la presunción de inocencia, *es posible que el TS controle, tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas*. Con la alegación de este motivo se puede cuestionar, pues, como reiteradamente ha señalado el TC, no sólo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. La CE y la LOPJ han abierto, desde esta perspectiva, una amplia expectativa a la revisión probatoria.”⁴¹ (lo inclinado me pertence).

En realidad no hay duda que deben aplicarse las normas que garanticen el debido proceso en todas las etapas o fases respetándose, especialmente en el caso de la casación penal, “*el principios del debido proceso respecto a la fundamentación de los fallos*”, - dado que los otros principios como la presunción de inocencia, la inmediación, contradicción, derecho a la defensa, igualdad de oportunidades de las partes procesales, e imparcialidad del juzgador, ya han sido respetados dentro del proceso que llevaban los juzgadores anteriores-, pero éste principio de la motivación, que consta actualmente en el COIP⁴², en concordancia con la Constitución de la República⁴³, no puede ser dejado de lado, por ninguna circunstancia, por parte de la SPCNJ, casi me permitiría decir que en este principio de la motivación está, precisamente, la razón misma de ser de la casación penal; además de que la SPCNJ tiene también una función de garante del debido proceso, debiendo por ejemplo censurar toda prueba inconstitucional acogida por el juzgador, lo cual forzosamente incluiría a la cadena causal de resultados inmediatos y mediatos que deriven de ella, lo cual se recoge en el artículo 454 numeral 6

⁴¹ Ágata Sanz Hermida, “*El Recurso de Casación en el Sistema España: La Casación Penal*”, ponencia en el seminario internacional: “El Recurso de Casación en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, en Quito del 21 al 22 de marzo de 2013, *El Recurso de Casación en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia*, (Ecuador: Corte Nacional de Justicia, imprenta Gaceta Judicial, 2013), 226.

⁴² COIP, art. 5, numeral 18: “Principios procesales.- “El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:... 18. Motivación: la o el juzgador fundamentará sus decisiones, en particular, se pronunciará sobre los argumentos y razones relevantes expuestos por los sujetos procesales durante el proceso.”

⁴³ *Constitución de la República*, art. 76, numeral 7, literal 1): "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: 1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados."

del COIP ⁴⁴ en correlación con el artículo 76 numerales 1 y 4 de la Constitución de la República. ⁴⁵

Motivar es, como ha señalado reiterativamente la Corte Constitucional, encontrar la justificación por la cual se pronunció de una manera determinada la o el juez que resolvió la causa puesta a su conocimiento, la cual debe darse de manera razonada atendiendo a las circunstancias particulares del caso y apegada a los preceptos constitucionales y legales.

Tres son elementos principales que debe contener una sentencia para considerarse constitucionalmente motivada: *razonabilidad, lógica y comprensibilidad*.

La razonabilidad consiste en la observancia y aplicación de las normas jurídicas y las fuentes del derecho en el caso concreto, *una resolución es razonable cuando se adecúa a lo que el derecho establece para determinada circunstancia fáctica*; en una resolución motivada deben enunciarse las normas o principios jurídicos que la sustentan, en definitiva la razón del juez se fundamenta en el derecho, sea en las normas constitucionales o infraconstitucionales, en las normas internacionales de derechos humanos, en la jurisprudencia o en la doctrina.

El segundo requisito es la lógica, expresada como *la apropiada y coherente relación entre las premisas que establece el juzgador en su sentencia, con la conclusión a la que llega luego de su análisis argumentativo*.

Finalmente la comprensibilidad se refiere a *la claridad en el uso del lenguaje que los jueces aplican en su sentencia* con miras a su fiscalización por los ciudadanos en general y particularmente por las partes procesales involucradas en la causa; la comprensibilidad tiene mucha importancia como garantía de la motivación dado que garantiza que los operadores de justicia no hagan uso de expresiones o frases obscuras que impidan comprender adecuadamente la razón de su sentencia o los motivos jurídicos

⁴⁴ COIP, art. 454, numeral 6: "Principios.- El anuncio y práctica de la prueba se regirá por los siguientes principios: 6. Exclusión.- Toda prueba o elemento de convicción obtenidos con violación a los derechos establecidos en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos o en la Ley, carecerán de eficacia probatoria, por lo que deberán excluirse de la actuación procesal.

⁴⁵ Constitución de la República, art. 76: "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria."

que consideraron para emitir determinada decisión.⁴⁶

Por tanto, la SPCNJ no puede dejar de examinar si los hechos declarados por el tribunal de instancia como probados han sido debidamente encasillados dentro del precepto legal correspondiente, para en caso contrario rectificar el error de derecho en que se ha incurrido en la sentencia impugnada, rectificación que tiene que hacerse inclusive de oficio; puesto que la sentencia debe basarse en la certeza, es decir en la convicción razonada y positiva de que los hechos existieron y ocurrieron de cierta manera y no de otra, pues en casación se debe controlar que el proceso lógico seguido por el tribunal de instancia en su razonamiento, respecto a la aplicación o no del sistema probatorio establecido por la ley, fue o no correcto.

Por tanto, lo dicho anteriormente no tiene nada que ver con volver a valorar las pruebas, sino con analizar si las conclusiones que se derivó de lo elementos ya probados (que efectivamente no se discuten, se encuentran ya probados) se relacionan lógicamente con tales hechos relatados; si ello no es así, entonces la Corte de Casación no puede dejar de observar ese hecho, y casar la sentencia, pues, finalmente, no es discutible que el artículo 76, numeral 7, literal l) de la Constitución de la República, manda que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso en el que se incluirá la garantía básica de que las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas.

El maestro Luigi Ferrajoli nos enseña igualmente que la motivación de la sentencia que resulta del *reexamen* del juicio, proferida por el juez de apelación, es susceptible de control en casación en dos aspectos fundamentales: la legalidad de la decisión y la congruencia de la motivación con el hecho.

Con respecto al control de la motivación fáctica de la decisión judicial en casación, Ferrajoli diferencia el *juicio de apelación* del *juicio de casación* con el fin de desvirtuar el argumento que sostiene que el control sobre la prueba forma una unidad únicamente con la *quaestio facti*, y nos dice que “la apelación es un juicio ‘sobre el hecho’, el juicio de casación es un ‘juicio sobre el juicio’, particularmente sobre la motivación. Como tales, ambos juicios no son fungibles en absoluto: ni el juicio sobre la logicidad de la argumentación probatoria puede sustituir el doble examen, ni

⁴⁶ Ecuador: *Corte Constitucional para el período de transición*, [sentencia No. 0227-12-SEP-CC]. En igual sentido la *Corte Constitucional*, [Sentencia 0016-13-SEP-CC].

viceversa...”.⁴⁷

En casación se examina *ex post* la *justificación* de la decisión para establecer su corrección y verificar si se trata de una decisión justa, conforme a derecho y de acuerdo con lo que se haya probado en el proceso. El control en casación no implica reformular el juicio de hecho sino establecer si la decisión está sustentada en una argumentación racionalmente aceptable, es decir, es un control de la validez racional de la justificación de acuerdo con el contexto en el cual ha sido proferida.⁴⁸

Según Taruffo, en relación con el *juicio de hecho* el control de casación tiene límites en cuanto no se trata de reexaminar la situación fáctica ni de repetir el juicio, pero se plantean dos consideraciones con respecto a sus implicaciones.

Una primera consideración es que este control tiene como punto de partida la versión sobre el hecho que se ha estimado verdadera en la sentencia impugnada, y está dirigido a verificar si tal afirmación está racionalmente justificada con base en las pruebas disponibles; el control en casación no tiene por objeto las pruebas sino el razonamiento justificativo sustentado en los medios probatorios que fueron considerados por el juez en la sentencia.

La segunda consideración con respecto al control del juicio de hecho es que en casación se debe verificar que se haya aplicado correctamente la norma, lo cual presupone que no haya errores en el juicio del hecho.

La legalidad de la decisión, es decir la corrección en la aplicación de la norma, tiene como condición necesaria que se haya determinado correctamente la versión sobre los hechos, que sirven de base para la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en la norma seleccionada como criterio de decisión. Se reconoce, entonces, una conexidad entre la corrección del juicio de hecho con la corrección de la aplicación de la norma, pues el primero constituye la premisa del juicio de derecho; por tanto, “...cuando se admite el control del juicio de derecho es razonable admitir también el control sobre la motivación del juicio de hecho...”.⁴⁹

⁴⁷ Luigi Ferrajoli, “Los valores de la doble instancia y de la nomoflaquia.”. En: Revista “Nueva Doctrina Penal”. Buenos Aires: Del puerto, 1996.

⁴⁸ Michele Taruffo, “El vértice ambigüo. Ensayos sobre la Casación civil.”. Lima: Palestra, 2006, pg. 194.

⁴⁹ *Ibid.*, 180, 182.

Capítulo tres

El procedimiento

Dispone el artículo 657 del COIP: “Trámite.- El recurso de casación podrá interponerse por los sujetos procesales, de acuerdo con las siguientes reglas:

1. Dentro de los cinco días hábiles contados a partir de la notificación de la sentencia. La o el juzgador remitirá el proceso a la Corte Nacional de Justicia, en el plazo máximo de tres días hábiles, una vez ejecutoriada la providencia que la conceda.

2. El tribunal designado por sorteo, dentro del plazo de tres días convocará a audiencia. De rechazar el recurso, ordenará su devolución a la o al juzgador de origen. De estas decisiones, no hay recurso alguno.

3. El recurso se sustanciará y resolverá en audiencia que se realizará dentro del plazo de cinco días contados desde la convocatoria. El recurrente deberá fundamentar su pretensión y los otros sujetos procesales se pronunciarán sobre la misma.

4. El recurso interpuesto por la o el fiscal, lo fundamentará en audiencia la o el Fiscal General del Estado o su delegada o delegado.

5. Si se estima procedente el recurso, se pronunciará sentencia enmendando la violación a la ley. De estimar improcedente, se declarará así en sentencia.

6. Si se observa que la sentencia ha violado la ley, aunque la fundamentación del recurrente sea equivocada, de oficio se la admitirá.

7. La sentencia se notifica dentro de los tres días de finalizada la audiencia.

8. El proceso se devolverá a la o al juzgador o tribunal respectivo para la ejecución de la sentencia.”.

1. Los titulares del recurso de casación penal

El recurso de casación penal se lo interpone dentro del término de cinco días posteriores a la notificación de la sentencia de la Corte Provincial, ya sea en procesos penales de acción pública o de acción privada, debiéndose remitirse el expediente de todo el proceso a la Corte Nacional de Justicia en el plazo máximo de tres días hábiles una vez ejecutoriada la providencia que la conceda.

Es de las sentencias de las Salas Penales de las Cortes Provinciales que se interpone el recurso de casación penal, y no de las sentencias que expidan los Tribunales de Garantías Penales, es decir no hay la casación *per saltum*; aunque

también se ha sostenido que sí podría darse⁵⁰ pues el artículo 656 del COIP sólo se refiere a que el recurso “procederá contra las sentencias”; empero me parece que tal criterio resultaría insostenible bajo el principio constitucional de la doble instancia, como parte del derecho a la defensa dentro del debido proceso, reafirmado en el artículo 76 numeral 7 literal m) de la Constitución de la República que determina que las personas tiene derecho a recurrir del fallo, debiéndose entender que en lo penal se refiere a un recurso ordinario como la apelación.

Sobre el derecho a recurrir, la ex Corte Constitucional, para el Período de Transición⁵¹, mencionó que el derecho a la tutela judicial efectiva y expedita previsto en el artículo 75 de la Constitución de la República debe ser entendido como el derecho de toda persona a que se le haga justicia, mediante un proceso que reconozca un conjunto de garantías básicas, como son, entre otros, el concurrir ante los tribunales de justicia y a obtener de ellos una sentencia útil; acceder a una instancia judicial ordinaria y a lograr un control judicial suficiente sobre lo actuado; a la eliminación de las trabas que impidan u obstaculicen el acceso a la jurisdicción, evitándose incurrir en hermenéuticas ritualistas (*in dubio pro actione*); a que no se desestimen aquellas pretensiones que padecen de defectos que pueden ser subsanados; a la no aplicación en forma retroactiva de nuevas pautas jurisprudenciales con relación a los requisitos de admisibilidad, a fin de evitar situaciones de desamparo judicial; a petitionar y obtener tutela cautelar para que no se torne ilusorio el derecho que se defiende; al cumplimiento de todas las etapas del procedimiento legalmente previsto, el cual deberá asegurar la posibilidad del justiciable a ser oído, y a ofrecer y producir la prueba pertinente antes de dictarse sentencia; a una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas.

Bajo estos enunciados, se requeriría necesariamente acceder a un recurso de apelación previo a interponerse el recurso de casación penal, pues efectivamente la sentencia del Tribunal de Garantías Penales no es definitiva por sí misma; resultando

⁵⁰ José García Falconí, *Análisis Jurídico Teórico-Práctico del Código Orgánico Integral Penal*. Tomo 3. (Quito: Indugraf, 2015), 193.

⁵¹ Ecuador: Corte Constitucional para el Período de Transición, [Sentencia 035-10- SEP-CC, en el caso 0261-09-EP], en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 294, 6 de octubre de 2010.

claro, por ejemplo, que de admitirse la casación a trámite contra las sentencias de primer nivel, que han ratificado el estado de inocencia, y de revocarse las mismas como consecuencia del recurso, la persona condenada no podría ejercer su derecho a impugnar de la primera condena, es decir, no se llegaría al doble conforme, lo cual no es constitucionalmente aceptable.

Ahora bien, dicha sentencia ha de referirse a un delito y no a una contravención, pues es pertinente la interposición del recurso de casación contra las sentencias dictadas por los tribunales de apelación, en todos los procedimientos por delitos, mas no contra sentencias dictadas en procesos por contravenciones comunes, de tránsito, de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, ni cometidas por adolescentes, conforme la Resolución No. 3-2015 expedida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia⁵², por fallos de triple reiteración⁵³.

En caso de fuero de Corte Nacional por delitos de acción pública, y que por tanto se iniciaron en la propia Corte Nacional de Justicia, el recurso de casación será conocido en la misma CNJ por un tribunal designado por sorteo.⁵⁴

Conforme la parte introductoria del artículo 657 del COIP, éste recurso podrá ser interpuesto por los sujetos procesales⁵⁵, que son:

a) La persona procesada;⁵⁶ esto es la persona, natural o jurídica, contra la cual la o el fiscal formuló cargos. Resulta interesante considerar que el procesado tendrá, evidentemente, interés en recurrir cuando se le imponga una sentencia condenatoria. Pero podría eventualmente darse el caso de que aún con sentencia absolutoria interponga el recurso, cuando en la parte considerativa de la sentencia impugnada se hagan aseveraciones que ella o él consideren que ponen en duda la certeza de su inocencia.⁵⁷

b) La víctima;⁵⁸ concepto amplio en el COIP, por el cual debe entenderse

⁵² Ecuador: Registro Oficial, Cuarto Suplemento, No. 462, de 19 de marzo de 2015.

⁵³ *COFJ*, art. 180 numeral 2: “Al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde: 2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración;”.

⁵⁴ *COFJ*, art. 192 numeral 4.

⁵⁵ *COIP*, 439.

⁵⁶ *COIP*, 440.

⁵⁷ García Falconí, *Análisis Jurídico...*, 200.

⁵⁸ *COIP*, 441.

principalmente a las personas naturales, pero también a las jurídicas, e incluso a otros sujetos de derechos de índole colectiva no considerados exactamente en las dos categorías anteriores, que hayan sufrido algún daño a un bien jurídico de manera directa o indirecta como consecuencia de la infracción.

Es necesario tener en cuenta que la víctima, para ser titular del recurso de casación, debe haber presentado previamente su acusación particular, pues “no existe la posibilidad de que la víctima pueda interponer recursos sin que hubiere presentado acusación particular: sin embargo tiene derecho a ser notificada...”.⁵⁹

Podrá interponer el recurso de todas las sentencias absolutorias; e incluso de las condenatorias, cuando éstas no le condenen al procesado a pagar los daños y perjuicios causados por el delito, pues las indemnizaciones de daños materiales e inmateriales se refieren a la compensación por todo perjuicio que resulte como consecuencia de una infracción penal y que sea evaluable económicamente, siendo en la mayoría de casos la parte más importante de la reparación integral,⁶⁰ constituyendo dicha falta de restitución un derecho y una garantía suficiente para interponer el recurso de casación para lograr recibir las compensaciones adecuadas en proporción con el daño sufrido. Al respecto, autorizada doctrina nos enseña que:

“Pero no solamente las disposiciones constitucionales y legales pueden modificar el tratamiento de la víctima y el reconocimiento de sus derechos. La mirada hacia la víctima reclama un cambio cultural que siempre es más importante que los cambios legislativos... El delito es un conflicto social, ante el cual la respuesta del Estado ha sido tradicionalmente la persecución y el castigo de los responsables, a través del proceso penal,... En ese contexto, el procesado o imputado era el eje o el protagonista del proceso, pero hoy ese protagonismo ha girado hacia la víctima, a quien se le otorga cada vez mayores derechos, y le convierte en un sujeto procesal principal aunque todavía tiene ciertas limitaciones, por lo que se justifica el cambio cultural que se menciona. Al respecto, Luis Rodríguez Manzanera se pregunta si ‘efectivamente el Estado tiene interés por las víctimas’, ya que en múltiples casos la víctima llega a ser el fracaso del Estado en la misión de otorgar seguridad, protección y tutela de los intereses de la sociedad. La realidad es que el proceso penal ha sido configurado para establecer la existencia del delito y la responsabilidad de los partícipes en ese hecho; y en lo que se refiere a la reparación de daños producidos por efecto del delito, se tenía como una materia ajena al debate procesal, mas hoy con la normatividad vigente en el país, la reparación es consecuencia directa de la

⁵⁹ Mariana Yépez Andrade, *La Víctima en el Código Orgánico Integral Penal*, en Ávila Santamaría Ramiro, compilador, *Código Orgánico Integral Penal, Estado, Hacia su mejor comprensión y aplicación*, Serie Estudios Jurídicos de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, No. 37, (Quito: Corporación Editora Nacional, 2015), 175.

⁶⁰ COIP, arts. 77, 78.

sentencia condenatoria.”⁶¹

Otra interesante cuestión es si la víctima puede interponerlo con el fin de que se agrave la pena impuesta al procesado. Soy de la opinión que si se podría, toda vez la Corte de Casación podría determinar que precisamente sí se violó la ley, mediante una indebida aplicación o por errónea interpretación, como cuando la norma da una sanción mayor y se aplicó una menor, confundiendo, digamos en forma muy gráfica, por ejemplo la sanción del homicidio con la de asesinato, cuando debió condenarse por este último, o se condena con atenuantes, cuando estas en realidad no existían o no se daban en el proceso, habiendo en definitiva un error de subsunción normativa.

Ahora bien, diferente es el caso en que el único proponente del recurso de casación es el acusado, entonces la Corte de Casación no podrá agravar la situación del acusado-único recurrente, pues “El tribunal de alzada, al conocer la impugnación de una sanción, no empeorará la situación jurídica de la persona sentenciada cuando sea la única recurrente.”⁶², aún cuando efectivamente se hubiese violado la ley en su favor.

El tema sin embargo no es claro, así en un primer momento se manifestó en contra García Falconí: "La respuesta es NO, en atención a lo señalado en el Art. 77 numeral 14 de la Constitución de La República, que dispone 'Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre...', y esto tiene su razón de ser pues en este caso carecería de legitimación para interponer este recurso, por lo que en este caso se estaría buscando una venganza privada, lo cual está excluido del Código Penal, obviamente siempre y cuando el Tribunal de Garantías Penales haya aplicado la pena a base del principio de proporcionalidad." ⁶³

El Dr. García Falconí posteriormente modera su posición, sin dar ya tan rotundo “NO”, y señala que: “pero también se dice que no podría interponer casación para que se le aumente la pena al procesado porque en estos casos estaría ejerciendo venganza y no justicia, ya que por el hecho de ser sentencia condenatoria implica el pago de la reparación integral; de todos modos, estas cuestiones deberán ser resueltas por la jurisprudencia que dicte la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia y luego el Pleno de la misma.”⁶⁴

⁶¹ Yépez Andrade, *La Víctima...*, 175-76.

⁶² COIP, 652 numeral 7.

⁶³ García Falconí, *El Recurso de Casación Penal...*, 206.

⁶⁴ García Falconí, *Análisis Jurídico...*, 201.

La complejidad de este tema, en realidad estriba, nuevamente, en la forma como se entiende el inefable segundo inciso del artículo 656 del COIP, al cual ya nos hemos referido largamente en el punto dos del capítulo segundo; empero, me gustaría adicionar que si el tribunal superior equivocó en el señalamiento de la pena en cuestión, a mi entender debería rectificar tal situación, pues bien se podría decir que prácticamente se estaría hablando de los tres cargos de violación a la ley señalados en el artículo 656 del COIP, dándose algo así (al concurrir los tres en mayor o menor grado) como un *error en la conclusión*, que más que de un error jurídico, parecería tratarse de un error de lógica, puesto que en realidad el vicio se manifiesta por la *ilegitimidad* de un juicio que no *deriva naturalmente* de las premisas que son su obligado supuesto; resultaría los miembros del tribunal percibieron bien el sentido de la norma y su aplicabilidad al caso concreto, pero sufrieron de una lamentable equivocación al deducir sus *consecuencias jurídicas*, esto es, al determinar su alcance, en relación con el contenido y el *propósito real* de la norma aplicable.⁶⁵

Por otra parte, si la víctima recurrente no concurre a la audiencia de fundamentación ello daría lugar a que se declare el abandono de su recurso.⁶⁶

c) La Fiscalía;⁶⁷ que dirige la investigación preprocesal y procesal penal, e interviene hasta la finalización del proceso, debe entender que "su misión" no es necesariamente la de "acusar a toda costa", y que por tanto "debe" presentar este recurso extraordinario cada vez que su acusación no ha tenido éxito y se da una sentencia absolutoria. Indudablemente la Fiscalía debe perseguir al delincuente procesándolo y buscando su justo castigo, pero asimismo debe defender al inocente buscando su absolución. Recordemos que:

No es posible dejar de lado la reflexión de que el principio de oportunidad es una garantía para poner fin a la cultura de descalificación y estigmatización social, pero que no se opone al castigo a los culpables, pues tiende a poner en funcionamiento la administración de justicia ante los hechos de trascendencia, y no los que carecen de importancia, que solo provocan desgaste, desperdicio de trabajo y acumulación en los despachos de los fiscales, quienes desvían su atención a casos sin relevancia... Ya lo dijo Montesquieu, que toda pena que no provenga de la absoluta necesidad es tiránica, y todo

⁶⁵ Manuel De La Plaza, *La Casación Civil*, (Madrid: Gráfica España, 1944), 152-4.

⁶⁶ COIP, 652 numeral 8.

⁶⁷ COIP, 442.

acto de autoridad de hombre a hombre que no derive de la absoluta necesidad es tiránico²⁰⁴. Esto es así porque el fundamento que justifica la pena es la realización de una conducta considerada delictiva por la ley, pero que lesione un bien jurídico en forma real.”⁶⁸

Siendo La Fiscalía una institución de Derecho Público que representa a la sociedad y dirige, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal, y durante el proceso ejerce la acción pública, con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, debe dirigir con objetividad⁶⁹ y ética la investigación del delito, lo cual implica acusar a nombre de la sociedad únicamente de hallar mérito para así hacerlo, prestando especial atención al interés público en juego y a los derechos de las víctimas en particular.⁷⁰

Téngase en cuenta que "el acusado o procesado" no es todavía "el condenado", pues este último no podría presentar casación, sino el recurso de revisión⁷¹.

Debe resaltarse que en la fase de casación, el recurso es fundamentado en audiencia no por la o el fiscal que lo interpuso, sino por la o el Fiscal General, que podría a su vez delegar al mismo fiscal proponente, pero tal delegación debe ser oficial al efecto.

d) La Defensoría Pública;⁷² que debe garantizar el pleno e igual acceso a la justicia y protección de sus derechos, de las personas que por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no pueden contratar los servicios de una defensa

legal privada. En estricto sentido no vendría a ser una parte procesal autónoma, pues intervendrá usualmente por la persona procesada, pero podría también hacerlo por la víctima.

2. La admisión del recurso

Es verdad que resulta problemático numeral segundo del artículo 657 del COIP que dice: *2. El tribunal designado por sorteo, dentro del plazo de tres días convocará a*

⁶⁸ Mariana Yépez Andrade, *Principio de Oportunidad en Ecuador*, (Quito: Fundación Andrade & Asociados, 2010), 168-69.

⁶⁹ COIP, 5 numeral 21.

⁷⁰ *Constitución de la República*, 195.

⁷¹ COIP, 658: "Procedencia.- El recurso de revisión podrá proponerse en cualquier tiempo, ante la Corte Nacional de Justicia, después de ejecutoriada la sentencia condenatoria...".

⁷² COIP, 451.

audiencia. De rechazar el recurso, ordenará su devolución a la o al juzgador de origen. De estas decisiones, no hay recurso alguno.

El Dr. Ricardo Vaca A., al respecto manifiesta que “por la forma en que está redactada la segunda parte del N° 2 da la impresión que el tribunal penal de la Corte Nacional puede rechazar el recurso sin tramitarlo, y devolverlo al juzgado de origen, lo cual sería ilegal e inconstitucional porque afectaría el derecho de impugnación garantizado en la Constitución.”.⁷³

Sin embargo reconoce también que “habría sido muy útil y conveniente que se aclare que en el mismo escrito de impugnación a la sentencia, en el que se interpone el recurso de casación, también conste al menos la enunciación de los fundamentos en que se sustenta, sin perjuicio de que, luego, se amplíe y desarrolle *in extenso* en la audiencia oral, pública y contradictoria en la que se va a resolver sobre la procedencia o no de este recurso, con la finalidad de que los jueces que integran el tribunal de alzada sepan sobre qué motivos va a ser sustentada la impugnación.”.⁷⁴

Efectivamente comparto el criterio de que habría sido muy pertinente que se obligue, a que en el escrito de interposición del recurso de casación, se enuncie los fundamentos en que se sustenta, sin perjuicio de que luego, en la audiencia, se los amplíe y explique con mayor precisión; empero, el COIP no lo dispuso así, bastando con que se presente un simple escrito en el cual se diga que se está interponiendo el recurso de casación, dentro de los cinco días hábiles contados a partir de la notificación de la sentencia de la sala penal de la Corte Provincial, y se sostenga que la fundamentación del mismo se lo hará en la audiencia respectiva conforme el artículo 657 numeral 3 del COIP.

Esta problemática no es nueva, pues ya en el sistema anterior al COIP y a las reformas de 24 de marzo del 2009 al CPP, se exigía que la fundamentación del recurso debiera realizarse en el escrito de interposición del recurso; sin embargo, a partir de la fecha indicada, conforme a una determinada forma de apreciar el principio de oralidad, se exigió que la fundamentación del recurso sea necesariamente oral dentro de una audiencia pública y contradictoria al efecto. El COIP ratifica tal procedimiento en el numeral 3 del artículo 657, que dispone “*El recurso se sustanciará y resolverá en audiencia que se realizará dentro del plazo de cinco días contados desde la*

⁷³ Vaca Andrade, *Derecho Procesal Penal...* 676.

⁷⁴ *Ibid.*, 677.

convocatoria. El recurrente deberá fundamentar su pretensión y los otros sujetos procesales se pronunciarán sobre la misma.”.

Así las cosas, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia emite la Resolución No. 10-2015⁷⁵ por fallos de triple reiteración, con 18 votos a favor y 3 en contra, en la cual se resuelve, en el segundo inciso de su artículo 1, que: “Recibido el recurso de casación, en la Corte Nacional de Justicia, corresponde al tribunal designado por sorteo, determinar si el escrito de interposición cumple con los requisitos de admisibilidad, conforme lo establecido en el Código Orgánico Integral Penal, artículo 657.2, en caso de cumplirlos se convocará a audiencia de fundamentación del recurso, caso contrario, declarada la inadmisibilidad se devolverá el expediente al tribunal de origen, de esta declaratoria no habrá recurso alguno.”.

En el informe que dio lugar a esta Resolución No. 10-2015, se recomienda y concluye que el COIP respecto del recurso de casación permite la admisibilidad solo en el evento de que el recurrente cumpla con todas las exigencias de fondo y de forma; pero en el caso de que se incumplan dichos parámetros, al solicitarse en la interposición escrita, pedidos de revisión de los hechos del caso concreto y/o nueva valoración de la prueba, se lo deberá inadmitir y ordenar su devolución al tribunal de origen [como vemos siempre está subyacente en esta institución el tema del *error in facto*].

Que dado que el recurso de casación penal es extraordinario, técnico y eminentemente formal, lo que deberá cuidar el tribunal juzgador, precisamente para garantizar las normas del debido proceso, debiendo en la argumentación del recurrente indicarse el sustento de derecho de su pretensión, para que ésta pueda ser conocida por la contraparte, con la debida anticipación, a fin de que prepare y produzca la contradicción en forma técnica, evitándose la sorpresa judicial o la improvisación, fomentando de esta forma la lealtad procesal.

Pero más allá de tales criterios expuestos para sustentar la Resolución, se concluye afirmando que la fase de admisión debe ser una auténtica criba en elevado porcentaje de los recursos de casación presentados; aliviando así ante todo a la SPCNJ del conocimiento de aquellos incursos en las causas legalmente previstas.

En definitiva, se dice, que el fin es reducir el número de los que ameritan ser sustanciados y sentenciados; por lo que la inadmisión debe ser acordada mediante auto

⁷⁵ Ecuador: Registro Oficial No. 563, (12 de agosto de 2015).

debidamente motivado, contra el que no cabe recurso alguno. Sólo admitido el recurso de casación, se señalará día para audiencia pública, donde el recurrente fundamentará oralmente su pretensión.⁷⁶

Aunque el fin que anima a la resolución 10-2015 indicada es comprensible (reducir el número de los que ameritan ser sustanciados en casación y sentenciados), hay sin duda el peligro de que en un exceso de formalismo se inadmitan la mayoría de recursos presentados, bajo el argumento de que éstos aluden en el escrito de interposición a que se revean los hechos del caso concreto, o en ellos se mencione alguna prueba, lo cual podría dar lugar para que sean inadmitidos en el acto sin ningún análisis real de fondo.

En tal sentido basta leer en el informe referido, al mencionar el juicio penal No. 212-2015, la posición que orienta la mencionada Resolución al decirse “*que cualquier cargo -que de forma directa o indirecta-, tenga como finalidad alterar el relato de los hechos litigiosos que se han considerado probados en la sentencia impugnada, implicará una inmediata vulneración del inciso segundo, del artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, sancionable con la inadmisión del cargo respectivo*”⁷⁷.

Sin duda difícil debe ser, me digo, fundamentar un recurso de casación penal sin hacer alguna alusión, aunque sea breve, a los hechos y a la apreciación probatoria dada en la sentencia impugnada.

Se ha señalado, con excesiva frecuencia a mi entender, que el recurso de casación es eminentemente formalista, imponiéndole al recurrente una serie de requisitos estructurales en su demanda que son llamados en forma genérica “exigencias de la técnica de la casación”, al punto que el olvido de ellas acarrea el rechazo del recurso aún *in limine*.

Al respecto Devis Echandía menciona que “es un recurso exageradamente formalista, lo cual debe reformarse para atemperarlo con criterio contemporáneo, a efecto de no sacrificar la justa decisión por ritualidades exageradas en la calificación de los cargos y de las variedades del genérico por violación de la ley sustancial.”⁷⁸, lo cual lleva a pensar a Guasch Fernández, y estoy de acuerdo, que en realidad ello tiene que

⁷⁶ Informe de la Unidad de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigación Jurídica de la Corte Nacional de Justicia, adjunto a la Resolución No. 10-2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, 21-2.

⁷⁷ Ibid., 16.

⁷⁸ Devis Echandía, *Teoría General...*, 643.

ver con el deseo de evitar la siempre espinosa cuestión de la distinción entre la cuestión de hecho y la de derecho, situación ésta que influyó en el aumento del formalismo en casación:

“Las normas que permitían ese rigor formal fueron una manera de defender a la casación del control del caso concreto. La simple elección del motivo era tan peligroso para el letrado recurrente que se exponía a la desestimación *ipso facto* del recurso. Lo que debía ser una ventaja tanto para el propio TS (Tribunal Supremo) como para los recurrentes en cuanto a la claridad de exposición, argumentación y conocimiento; se convirtió en una auténtica restricción del acceso al derecho a la impugnación...Ciertamente, la casación debe revestir un cierto formalismo, incluso puede ser cierto que ello acentúa su prestigio. Sin embargo ... su exceso ha dado lugar a situaciones de auténtica indefensión para el recurrente. Por un simple error de forma, el TS (Tribunal Supremo) ha llegado a desestimar recursos cuando de todo su conjunto se deducía claramente el motivo que debía haber elegido el recurrente. Así, pues, si por un lado, ha existido una influencia totalmente negativa sobre la casación por creación jurisprudencial de un exacerbado formalismo, la forma hay que concebirla como una garantía del correcto desarrollo del proceso.”⁷⁹

3. La fundamentación del recurso

La casación no tiene que ver con la existencia material del delito sino con las cuestiones de derecho, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, lo que revela que la violación es en la sentencia, y no de una violación de la ley al proceso; por tal motivo la proposición jurídica por la cual se lo propone debe ser rogada y limitada, y se interpone y sustenta por medio de un escrito en el que se censura⁸⁰ una sentencia y contiene una propuesta jurídica para que la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia avoque su conocimiento por admisión, y una vez tramitada, acoge o rechaza la pretensión, casando o no casando la sentencia.

La exigencia de la proposición jurídica le da entidad de recurso extraordinario y por antonomasia le quita el carácter de ser una tercera instancia, pues lo correcto es que los procesos judiciales solo consten de dos instancias, esto es primero ante el Tribunal

⁷⁹ Sergi Guasch Fernández, *El Hecho y el Derecho en la Casación Civil*, (Barcelona: Ed. Bosch, 1998), 82-84.

⁸⁰ “Censura es la expresión asignada por la ley para los motivos que ella considera que pueden producir el quebrantamiento de una sentencia de segunda instancia; y en el lenguaje que se ha ido conformando entorno a la casación, a cada acusación de violación legal que se dirige contra la sentencia atacada, se le denomina, indistintamente, cargo, reproche o censura. Por lo tanto, es antitécnico e impropio denominar causal, lo que es cargo, reproche, o censura”, Garcés Velásquez, *Técnica de...*, 17-18.

de Garantías Penales, y por apelación ante la Sala Penal de la Corte Provincial respectiva.⁸¹

La proposición jurídica es una carga procesal para el impugnante, que debe patentizar y exponer el error judicial atribuido del juzgador de instancia, y a partir de la causal legal construir un argumento de sustentación para que la Corte de Casación realice el control legal (y constitucional) de la sentencia impugnada, señalando los cargos dentro de la causal legalmente prevista, anunciando su repercusión en la sentencia, las normas jurídicas lesionadas, directa o indirectamente, y la solución correcta del caso.

El impugnante propone entonces una propuesta coherente, completa y correcta, en la que trace al juez de casación la ruta argumentativa que se debe seguir para que su recurso prospere. La correcta construcción estructural conceptual de la proposición jurídica constituye lo que se denomina técnica de casación, aplicable a las diferentes hipótesis, conforme a los errores que se pueden presentar en la sentencia impugnada.

Los errores en la disertación del recurrente pueden ser de variada índole, como por ejemplo: que mencione el error y señale las normas jurídicas violadas, pero no establece su trascendencia y como por tanto afectó a la sentencia; menciona el error y demuestra su trascendencia en el fallo, pero no menciona completas las normas jurídicas violadas; sí cita las normas jurídicas completas transgredidas analiza que hubo una sentencia desacertada, pero olvida mencionar el error con claridad; menciona el error, demuestra su trascendencia, cita las normas jurídicas de manera completa, pero éstas no son aplicables al caso. Evidentemente ni que decir que no se pueden mezclar las causales de casación, pues cada una de ellas tienen una naturaleza diferente y alcances distintos, exigiendo un planteamiento autónomo.

Valga mencionar que el abogado que redacta el recurso extraordinario de casación penal para su cliente afectado, debe tener claro (o bastante claro) la diferenciación conceptual entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*. Una de las disparidades significativas entre el derecho legislado y el derecho jurisprudencial consiste en que, mientras el primero es redactado conforme a un principio implícito de economía lingüística, el

⁸¹ *Constitución de la República*, art. 76, numeral 7, literal m): "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: m) *Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.*"

segundo, es un derecho abundante y argumentativo. Esta densidad argumentativa de la sentencia hace que, con cierta frecuencia, sea difícil extraer el punto resolutivo exacto que el juzgador parece estar estableciendo en un caso concreto.

Es posible diferenciar, muy sintéticamente, entre la parte resolutive (*decisum*), la *ratio decidendi* (fundamentos de soporte; esto es la formulación más general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica) y el *obiter dictum* (dicho de pasada).⁸²

Sin duda hay que distinguir al preparar el recurso extraordinario de casación penal y dar argumentos válidos a la Corte Nacional, entre aquellas partes de la sentencia observada que son sustanciales o de fondo y aquellas otras que tienen un valor meramente auxiliar. ¿Qué parte de la sentencia es sustancial?

La respuesta es doble: poseen tal carácter algunos apartes de las sentencias en forma explícita y otros en forma implícita; obviamente que es explícita la parte resolutive de la sentencia, pero la parte implícita son aquellos conceptos de la parte considerativa que guarden una unidad de sentido con la parte resolutive de la sentencia, de tal forma que no se pueda captar ésta sin la alusión a aquella, pues al tener un nexo causal con la parte resolutive, son también sustanciales.⁸³

La *ratio decidendi*, esta dado por aquellos considerandos que fijan el principio general de la decisión tomada, que retienen una unidad de sentido con la parte considerativa de la Sentencia, o que están inseparablemente unidos con la parte resolutive de la misma. Todos aquellos otros razonamientos o elaboraciones que no constituyen *ratio decidendi* en una sentencia puede ser estimados *obiter dictum*, esto es aspectos expositivos que por la profusión argumentativa típica del derecho jurisprudencial, se mencionan cosas “de pasada” o complementariamente, sin que constituyan el fondo del asunto jurídico que se está decidiendo; temas estos a veces abundantes, incluso doctos, pero de mera referencia, que no tienen relación directa con

⁸² Diego Eduardo López Medina, *El Derecho de los Jueces: Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, 2ª. ed., (Colombia: Legis, 2006), 216-220.

⁸³ “...Para apreciar el alcance de la sentencia, se tendrá en cuenta no sólo la parte resolutive, sino también los fundamentos objetivos de la misma.” Ecuador, *Código de Procedimiento Civil*, art. 297 segundo inciso, en *Código de Procedimiento Civil (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011): 48*. En adelante se cita este Código como *CPC*.

la parte resolutive (*decisum*) de la sentencia.

Por tanto, cualquiera que sea la causal invocada, la demanda de casación no es de libre preparación porque debe evidenciar ciertos requisitos de técnica de casación penal, como citar las normas que se consideren quebrantadas, determinar la clase de transgresión, señalar los fundamentos con claridad, exactitud y lógica, en forma completa y en conformidad con la naturaleza del vicio reprochado, además de exponer la trascendencia de la equivocación en la sentencia.

Si el demandante considera que hay contravención del texto de la ley, entonces debe indicarle a la Sala Especializada de lo Penal cuál es la norma, o jurisprudencia obligatoria, o vinculante, que ha sido omitida en la parte resolutive de la sentencia impugnada. Si se trata de una indebida aplicación, esto es cuando en la sentencia se ha utilizado una norma que no guarda identidad con el supuesto fáctico de su aplicación; no percatándose los juzgadores que tras la valoración de la prueba hay ciertos hechos que se han considerado ya probados. Si se trata de un error por errónea interpretación, entonces el impugnante debe partir de aceptar que la norma sustancial elegida por el sentenciador es la aplicable al caso, pero que al momento de interpretarla le dio un alcance y sentido inadecuado a lo que realmente debe interpretarse de ella.

La pretensión del recurso de casación penal se sustanciará y fundamentará en audiencia oral, pública y contradictoria, conforme el artículo 657, numeral 3, segundo inciso.

Esta audiencia pública de sustentación del recurso, es muy importante pues en ella el recurrente tiene la facultad de ampliar, complementar, o explicar de manera más detallada o vívida los argumentos ya vertidos en su recurso, puede fortalecer los argumentos en relación con el cargo o cargos previamente propuestos, se pueden aportar novedades más allá de simplemente limitarse a leer partes del recurso; en definitiva el recurrente tiene una oportunidad para profundizar sus tesis; y las partes pueden ejercer la contradicción, dentro de los límites del recurso propuesto; respetándose así el principio de publicidad y en la dialéctica propia de un juicio oral.

La audiencia de sustentación dentro del trámite del recurso de casación tiene como finalidad central que el demandante presente sus argumentos oralmente y que los no recurrentes tengan la oportunidad de controvertir los motivos de impugnación, por lo que el debate que se plantea en este momento procesal gira en torno a las razones aducidas

por la parte o interviniente interesado en demoler las decisiones tomadas en la sentencia del Tribunal provincial.

Incluso los asistentes ajenos al proceso, y los medios de comunicación en general, pueden enterarse de primera mano de la realidad de lo acontecido y del tratamiento que el más alto tribunal de justicia ordinario le está dando; así la sociedad en su conjunto puede seguir y controlar la actividad de la judicatura y conocer la manera como sus jueces aplican el ordenamiento jurídico con relación a hechos que han impactado en la conciencia social.

Por tanto, el abogado defensor del recurrente al fundamentar oralmente la pretensión, tiene que saber recalcar sistemáticamente sobre la violación a la ley en la sentencia impugnada, resaltando lo ya manifestado en el escrito del recurso admitido, y apoyarlo adicionalmente con ciertos detalles explicativos. Dentro de la causal en la que se exprese el cargo contra la sentencia se debe construir un argumento lógico, coherente, cabal y correcto, discernido de manera clara, siendo la concatenación importante, pues el argumento debe ser expuesto por compartimentos en los que, una vez señalado y estructurado uno, se prosiga con el siguiente y así sucesivamente hasta su terminación expositiva.

Es pertinente, por otra parte, que una vez fijado el hilo argumentativo por el cual transitará el impugnante, éste debe mantenerse dentro de él, sin confundir los argumentos. Al ser un recurso extraordinario y no de instancia el recurrente no puede aparecerse con vaguedades, sino que debe expresar con toda naturalidad en qué error trascendente incurrió el juzgador y discernir con claridad sobre los argumentos que demuestren que efectivamente sucedió.

Deberá, en definitiva, señalar el error judicial incurrido en la sentencia, esto es el proceder jurídicamente censurable en la actividad racional del operador de la norma, cuyo resultado conduce a la violación de la ley, e implica la diferencia entre la que tocaba ejecutar y lo que realmente hizo.

4. La resolución del recurso

Indudablemente una sentencia es una decisión judicial importante, dictada por un juez o tribunal, por tanto investido de jurisdicción, que no solo debe limitarse a cumplir

con los requisitos establecidos en la ley en cuanto a su forma y contenido, sino que ante todo es un juicio lógico y axiológico llamado a resolver una situación controversial, en armonía con la Constitución y la ley.

La sentencia no es un simple acto formal, sino el resultado de un análisis conceptual, probatorio y sustantivo, dentro de un proceso determinado, de unos hechos en litigio, y de las normas aplicables a dicho caso, que deben ser bien aplicadas a efecto de salvaguardar la estabilidad y el progreso de la sociedad misma.

En la sentencia, la actividad intelectual, calificativa y crítica que efectúan las y los jueces, se verifica con un juicio lógico, pero el error en que incurran puede traducirse en un vicio *in iudicando* cuando no obstante la corrección formal del fallo, existe error en la decisión del fondo del asunto; por lo que el proponente del recurso debe ubicar con precisión el error *in iudicando* porque si éste es un error inexistente o mal identificado, necesaria e inequívocamente la restante proposición estará defectuosamente estructurada, y tomará por una ruta equivocada a partir de ahí.

El artículo 657, numerales 5 y 6, del COIP prevé varias posibilidades respecto al contenido de la sentencia que dicte el Tribunal de Casación: a) Que la SPCNJ estime procedente el recurso, y pronuncie sentencia enmendando la violación de la ley; b) que estime improcedente el recurso, y así lo declare; y, c) que observe que la sentencia ha violado la ley, y aunque la fundamentación del recurrente sea equivocada, de oficio se la admitirá.

En este último caso se estima que el fin público de la casación, es decir su función *nomofiláctica* de cumplimiento del Derecho objetivo, prevalece por sobre su fin *procesal*, el caso concreto; pues que se aplique correctamente la ley en la sentencia, supliendo inclusive las fallas u omisiones del impugnante, sería lo más importante en la casación penal. Lo que produciría el efecto práctico de que la casación prevalecería aunque no se halla fundado bien el recurso, y la casación penal devendría así en "casación oficiosa", especialmente en casos de violación de garantías constitucionales fundamentales; lo cual por otra parte como ya se dijo empata perfectamente con la función *nomofiláctica* de la casación de cumplimiento del Derecho objetivo, por lo que la SPCNJ no debe necesariamente acomodarse a lo mencionado por las partes, sino sobre todo a la realidad jurídica que proyecta la sentencia recurrida, lo cual robustece la idea de que la casación penal se da, ante todo, en interés de la ley, porque lo que

verdaderamente interesa es que se consiga la justa aplicación de la ley penal.

Empero, conforme la Resolución No. 10-2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, ya analizada respecto a la admisión del recurso de casación, esta casación oficiosa prevista en el artículo 657 numeral 6 del COIP queda bastante mermada, pues estaría actualmente condicionada a que primero se admita el recurso antes de ella poder operar, y así en la práctica se daría una manera sutil, de no permitir la misma, o al menos ponerle una traba inicial muy fuerte. Al respecto autorizada doctrina nos indica que:

“por lo que no fueron pocas las sentencias de segunda instancia que, viciadas de un error que generaba indefectiblemente nulidad o producto de afectación de garantías judiciales fundamentales, hicieron tránsito a cosa juzgada, cuando lo que procedía era la aprehensión y conocimiento oficioso de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Así la casación no era tan oficiosa, pues quedaba supeditada a los requisitos formales para la admisión de la demanda; y solo en este evento se podía llegar a una sentencia de casación en la cual se podía proteger el derecho o la garantía fundamental conculcada. Entonces, cuando se presentaba el rechazo o inadmisión de la demanda, que para los efectos es lo mismo, a pesar de las evidentes irregularidades contenidas en la sentencia, no se casaba de oficio, y eso era un verdadero escollo para la protección de estos derechos y garantías fundamentales individuales.”⁸⁴

Por tanto, la sentencia que expide la SPCNJ puede ser *casatoria (estimatoria)*, por la cual se censura toda la sentencia impugnada; *rectificatoria*, por la cual se corrige una parte de ella, esto es se deja sin efecto alguno/s de los errores de derecho en que haya incurrido, y en su reemplazo se expide otra rectificando las violaciones a la ley cometidas, manteniendo la sentencia recurrida su validez en todo aquello que no ha sido rectificadas; y, *desestimatoria*, cuando se niega el recurso y por tanto no se casa la sentencia recurrida.

La sentencia de casación tiene un efecto *suspensivo* y *devolutivo*, porque el Tribunal de cuya sentencia se recurre, la cual no puede ejecutarse, debe esperar a que se pronuncie la Corte de Casación de manera definitiva para ejecutar esta sentencia; tiene

⁸⁴ Orlando Rodríguez Chocontá, *Casación y Revisión Penal, Evolución y Garantismo*, (Bogotá: Temis, 2008), 145.

un efecto *rescendente*, ya que deja sin efecto jurídico la sentencia recurrida; es *rescisoria*, puesto que en lugar de la sentencia revocada dicta una nueva sentencia rectificatoria que sustituye a la anterior; tiene resultados *extensivos*, porque si la sentencia de casación resuelve la inexistencia del delito, sus efectos se despliegan a todos los acusados por el delito mal apreciado sin serlo, aún si sólo uno de ellos interpuso el recurso, siempre que la decisión no se funde en motivos exclusivamente personales, por lo que esta extensión de los efectos de la sentencia no alcanza a los efectos desfavorables, que nunca podrá perjudicar a los no recurrentes.

Por otra parte, en cada sentencia de casación debería decirse quien fue el juez ponente de la misma para saber quien ha elaborado el borrador de la sentencia, siendo este tema en la actualidad obligación constitucional y judicial, pues consta expresamente señalada en el Art. 185 de la Constitución de la República⁸⁵ y en el Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial⁸⁶.

No es en razón del artículo 19 de la Ley de Casación que las sentencias de casación penal deberían ser publicadas en el registro oficial, pues sabemos que tal ley no es aplicable para la casación penal, sino por lo señalado en el Art. 215-C del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva⁸⁷, además de publicarse las más relevantes de ellas en la Gaceta Judicial.

Hay un tema aquí que no debe ser confundido, esto es la diferente conceptualización que tienen los conceptos de *precedentes jurisprudenciales por fallos de triple reiteración*, *la jurisprudencia obligatoria*, y *la jurisprudencia vinculante*.

La primera es mencionada en el artículo 184, numeral 2, de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 180 numeral 2 del COFJ, que disponen que corresponde al Pleno de la Corte Nacional de Justicia desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración.

"El sistema de precedentes jurisprudenciales se incorpora por primera vez a la Constitución. A partir de 1993, con la promulgación de la Ley de Casación, se reconoció a los fallos de triple reiteración sobre un mismo punto de derecho, dictados por las salas de casación, el carácter de precedentes obligatorios y

⁸⁵ *Constitución de la República*, art. 185: "... La jueza o juez ponente para cada sentencia será designado mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente...".

⁸⁶ *COFJ*, art. 141: "Juezas o jueces ponentes.- Siempre que la resolución deba ser dictada por un tribunal, existirá una jueza o juez ponente."

⁸⁷ *ERJAFE*, art. 215: "Competencia.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5 del Código Civil, el Registro Oficial tiene como atribución principal la de publicar: ...c) *Las sentencias expedidas con ocasión de los recursos de casación por la Corte Suprema de Justicia...*".

vinculantes para los jueces y ministros de las cortes superiores, pero no para los magistrados de la Corte Suprema. No existió un sistema de registro de los fallos de triple reiteración y, por desgracia, al funcionar varias salas de casación para la misma materia, se produjeron fallos de triple reiteración contradictorios, lo cual creó una grave sensación de inseguridad. Por ello, desde la academia se insistió siempre en que debía existir una sola sala por materia, aunque ello no fue acogido porque primaron los intereses personales. Sería deseable que la nueva *Ley Orgánica de la Función Judicial* consagre la existencia de una sola sala por materia."⁸⁸

Mientras que la segunda, la jurisprudencia obligatoria está mencionada en el artículo 182 del COFJ, por el cual las sentencias emitidas, en nuestro caso, por la SPCNJ que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, obligarán a remitir los fallos al Pleno de la Corte Nacional a fin de que éste delibere y decida en el plazo de sesenta días sobre su conformidad; plazo que correrá a partir de la fecha en que el Presidente de la Corte Nacional de Justicia ponga en conocimiento del Pleno la existencia de un posible caso de triple reiteración. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria. Entonces podemos apreciar que la jurisprudencia obligatoria va más allá que los fallos de triple reiteración, pues éstos se vuelven obligatorios solo si han pasado por el conocimiento del Pleno de la Corte, y además deben ser publicados en el Registro Oficial, a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio.

Ahora bien, la jueza o juez ponente para cada sentencia se designará mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida conforme el procedimiento precedente, y dado que la orientación jurisprudencial de la SPCNJ puede cambiar con el tiempo y las nuevas circunstancias jurídicas y sociales que se presenten en el futuro, entonces para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio el o la ponente deben sustentarse en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio, y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la Sala, debiendo ponerse de inmediato en conocimiento del Pleno, el cual decidirá si se deja o no sin efecto el precedente obligatorio cuyo criterio se ha cambiado, o si se trata de una cuestión nueva que no se

⁸⁸ Santiago Andrade Ubidia, *La Función Judicial en la Vigente Constitución de la República*, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva, Claudia Storini, editores, *La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, Derechos e Instituciones*, Serie Estudios Jurídicos de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, No. 30, (Quito: Corporación Editora Nacional, 2009), 264-5.

halla comprendida en dicho precedente.

Al respecto debe recordarse que la composición de la SPCNJ puede cambiar en el número de jueces y juezas nacionales que la integran; así conforme el artículo 183 del COFJ el Pleno de la Corte Nacional de Justicia designará las Juezas y los Jueces Nacionales que integrarán cada Sala, en el número que la necesidad del servicio de justicia lo requiera, resolución que podrá modificarse en cualquier tiempo, sin que en ningún caso el número de jueces por Sala sea inferior a tres, pero teóricamente la SPCNJ podría llegar a tener 21 integrantes, es decir todos los jueces y juezas que integran la Corte Nacional de Justicia.

Entonces, para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio en la práctica sería muy difícil, si la SPCNJ esta integrada por un elevado número de jueces y juezas, conseguir la aprobación unánime de todos previo a poner en conocimiento del Pleno la cuestión jurisprudencial en debate; es por ello, que mediante resolución No. 09-2012 del Pleno de la Corte Nacional, publicada en el Registro Oficial, Suplemento, N° 792 de 19 de septiembre del 2012, se resolvió que el cambio de criterio jurisprudencial contenido en un precedente obligatorio declarado por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, lo puede realizar únicamente un Tribunal de una de las Salas especializadas de dicha Corte, cuando dicha sentencia, a más de cumplir estrictamente con la sustentación en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio, sea expedido en forma unánime por el referido Tribunal.

Ejecutoriada que sea la sentencia que contenga un criterio jurisprudencial que se aparte del constante en un precedente obligatorio declarado por el Pleno de la Corte, el Presidente o Presidenta de la Sala lo pondrá inmediatamente a conocimiento del Pleno por intermedio del Presidente o Presidenta de la Corte, para que decida si deja o no sin efecto el precedente obligatorio cuyo criterio jurisprudencial se ha cambiado o determine si se trata de una cuestión nueva, no comprendida en dicho precedente. Si el Pleno de la Corte Nacional de Justicia resuelve dejar sin efecto el precedente obligatorio, el Tribunal o la Sala, podrán asumir el nuevo criterio; y, si éste se reitera por tres ocasiones, deberá ser puesto nuevamente a consideración del Pleno para que decida sobre su conformidad, observando el procedimiento previsto para la determinación de precedente obligatorio.

Distinto a las dos anteriores es el caso de la jurisprudencia vinculante referida en

el artículo 436, numeral 6, de la Constitución de la República, que determina que la Corte Constitucional ejercerá la atribución de "expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante"⁸⁹, pero el alcance de ésta se da respecto de las acciones constitucionales de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública, así como los casos seleccionados por la Corte Constitucional para su revisión.

⁸⁹ "Las relaciones entre justicia ordinaria y Corte Constitucional han sido transformadas por la Constitución de Montecristi. El cambio se origina en la nueva atribución de la Corte Constitucional para dictar jurisprudencia obligatoria [*vinculante*] sobre garantías jurisdiccionales, así como en la creación del amparo contra decisiones judiciales o recursos de protección... De hecho, la justicia ordinaria es y debe ser también garante de la Constitución, pues como plantea la doctrina ella integra las garantías jurisdiccionales ordinarias, y debe por tanto inscribir su actuación en el marco de los derechos constitucionales y de la interpretación que de éstos haga la Corte Constitucional... Como veremos, esta realidad vuelve una necesidad el amparo contra decisiones judiciales o recurso extraordinario de protección.", Agustín Grijalva, *Interpretación Constitucional, Jurisdicción Ordinaria y Corte Constitucional*, *ibidem*, 281, 283 y 284.

Conclusiones

1) La limitación de la casación a las cuestiones de derecho tiene que ver con su origen histórico, cuando prevalecía su función política que era asegurar la vigencia uniforme del derecho, esto es el fin “nomofiláctico” de la casación, ocupando un plano secundario al dar la solución justa al caso concreto. Pero ese fin político es irrealizable: primero, porque en el Estado constitucional de derecho no existe temor al alejamiento de la ley por parte de las y los jueces como existía en la Francia de la Revolución; y en segundo lugar, porque la diferenciación entre hecho y derecho es, en realidad, lógicamente imposible de realizar, al no poder separarlas nítidamente dado que las leyes no se aplican “en abstracto”, sino siempre con relación a un “caso concreto”.

2) Es necesario que en el recurso de casación penal se replantee el alcance de su fin político original, a fin de superar el lastre histórico que afecta su desenvolvimiento y evolución procesal actual, dado que para la vigente técnica de casación penal resulta muy difícil negar que así como el juicio sobre la motivación de la sentencia constituye un todo con el juicio de legalidad; igualmente el control sobre la coherencia del razonamiento probatorio realizado en la sentencia de instancia es una unidad a su vez con la garantía de legalidad.

3) El examen de la motivación permite la fundamentación y el control de las sentencias impugnadas, tanto en derecho: por contravención expresa del texto de la ley, por indebida subsunción, o defectos de interpretación; como en hecho: por inadecuada explicación del nexo entre convicción y prueba. Pues al ser la casación penal *un juicio sobre el juicio*, es decir sobre la motivación, se da un entrelazamiento entre el derecho material y la equivocada fundamentación fáctica de las decisiones judiciales, que no puede ser dejado de lado.

4) No hay duda que una falsa valoración de los hechos acarrea una incorrecta aplicación del derecho. Por lo que es preciso distinguir entre la existencia de los hechos, la calificación jurídica y los efectos de éstos. En la determinación de la existencia de los hechos se podría pensar que los jueces y tribunales son autónomos (“soberanos” equivocadamente se repite); pero la calificación y efectos de los mismos que hace el juez o tribunal serían censurables en casación.

5) En relación con el *juicio de hecho* el control de casación tiene límites en

cuanto no se trata de reexaminar la situación fáctica ni de repetir el juicio, pero se plantean dos consideraciones con respecto a sus implicaciones. Una primera consideración es que este control tiene como punto de partida la versión sobre el hecho que se ha estimado verdadera en la sentencia impugnada, y está dirigido a verificar si tal afirmación está racionalmente justificada con base en las pruebas disponibles; pues el control en casación no tiene por objeto las pruebas sino el razonamiento justificativo sustentado en los medios probatorios que fueron considerados por el juez en la sentencia. La segunda consideración con respecto al control del juicio de hecho es que en casación se debe verificar que se haya aplicado correctamente la norma, lo cual presupone que no haya errores en el juicio del hecho.

6) La legalidad de la decisión, es decir la corrección en la aplicación de la norma, tiene como condición necesaria que se haya determinado correctamente la versión sobre los hechos, que sirven de base para la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en la norma seleccionada como criterio de decisión. Se reconoce, entonces, una conexidad entre la corrección del juicio de hecho con la corrección de la aplicación de la norma, pues el primero constituye la premisa del juicio de derecho.

7) No se puede perder de vista que un tribunal de casación al pronunciarse mediante sentencias, simplemente no puede eludir un aspecto omnipresente del proceso penal general, que tiene que ver con su finalidad misma, esto es comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado, para según corresponda condenarlo o absolverlo; siendo imperativo que se entienda, por tanto, que una cosa es *revalorar* los hechos y la prueba actuada dentro del proceso, y otra muy diferente *determinar si las conclusiones* expresadas en el fallo recurrido se relacionan lógicamente y racionalmente con los hechos relatados y aceptados como verdaderos, lo cual evidentemente el tribunal de casación sí puede hacer, pues está precautelando así la sustancia misma del proceso penal.

8) Por tanto, teniendo en cuenta una moderna concepción de la casación penal, la redacción del segundo inciso del artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal es antitécnica.

Bibliografía

Libros:

Albán Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General*. Tomo I. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2005.

Barberá de Riso, María Cristina. *Los Recursos Penales, Lineamientos*. 2ed. Córdoba: Mediterránea, 2006.

De La Plaza, Manuel. *La Casación Civil*. Madrid: Gráfica España, 1944.

De La Rúa, Fernando. *La Casación Penal*. Buenos Aires: Depalma, 1994.

Devis Echandia, Hernando. *Teoría General del Proceso*. tomo II. Buenos Aires: Ed. Universidad, 1985.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. trad. de P. Andrés Ibáñez y otros. Madrid: Trotta, 1995.

Garcés Velázquez, Jaime. *Técnica de la Casación y de la Revisión en lo Penal*. 2ª. ed. Bogotá: Leyer, 2001.

García Falconí, José. *El Recurso de Casación Penal, La Amnistía, El Indulto, La Ley de Gracia y sus Trámites*. Quito: Ediciones Rodín, 2009.

_____. *Análisis Jurídico Teórico-Práctico del Código Orgánico Integral Penal*. Tomo 3. Quito: Indugraf, 2015.

Guasch Fernández, Sergi. *El Hecho y el Derecho en la Casación Civil*. Barcelona: Ed. Bosch, 1998.

López Medina, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces, (Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial)*. 2ª. ed., Colombia: Legis, 2006.

Morello, Augusto. *La Casación. Un Modelo Intermedio Eficiente*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993.

Pastor, Daniel R. *La Nueva Imagen de la Casación Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc., 2001.

Rodríguez Chocontá, Orlando. *Casación y Revisión Penal, Evolución y Garantismo*. Bogotá: Temis, 2008.

Vaca Andrade, Ricardo. *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano. Según el Código*

Orgánico Integral Penal. 2 tomos. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014-2015.

Yépez Andrade, Mariana. *Principio de Oportunidad en Ecuador*. Quito: Fundación Andrade & Asociados, 2010.

Artículos académicos:

Andrade Ubidia, Santiago. *La Función Judicial en la Vigente Constitución de la República*. En Andrade Santiago, Agustín Grijalva, Claudia Storini, editores, *La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, Derechos e Instituciones*. Serie Estudios Jurídicos de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, No. 30. Quito: Corporación Editora Nacional, 2009.

Ferrajoli, Luigi. “*Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia*.”. En: *Revista “Nueva Doctrina Penal”*. Buenos Aires: Del puerto, 1996.

Grijalva, Agustín; *Interpretación Constitucional, Jurisdicción Ordinaria y Corte Constitucional*, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva, Claudia Storini, editores, *La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, Derechos e Instituciones*, Quito, Serie Estudios Jurídicos de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, No. 30, Corporación Editora Nacional, 2009.

Montaña Pinto, Juan. “*Casación y Justicia*”. Reportaje Jurídico en el *Boletín Institucional de la Corte Nacional de Justicia*, No. 19, septiembre-octubre 2015. Ecuador: Corte Nacional de Justicia, imprenta Gaceta Judicial, 2015.

Morello, Augusto. “*La Casación Civil: ¿Realidad o ilusión?*”. En *Revista Peruana de Derecho Procesal*, No. 2 (Marzo de 1998).

Pérez Barberá, Gabriel y Hernán Bouvier. *Casación, Lógica y Valoración de la Prueba*. En Luis Miguel Reyna Alfaro, director. *La Prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*, 549-571, Lima: Jurista Editores, 2007.

Sanz Hermida, Ágata. “*El Recurso de Casación en el Sistema España: La Casación Penal*”. Ponencia en el seminario internacional: “El Recurso de Casación en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, en Quito del 21 al 22 de marzo de 2013. *El Recurso de Casación en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia*. Ecuador: Corte Nacional de Justicia, imprenta Gaceta Judicial, 2013.

Taruffo, Michele. *El vértice ambiguo*. En *Ensayos sobre la Casación Civil*. Lima: Palestra, 2006.

Yépez Andrade, Mariana. *La Víctima en el Código Orgánico Integral Penal*. En Ávila Santamaría Ramiro, compilador, *Código Orgánico Integral Penal, Estado, Hacia su mejor comprensión y aplicación*. Serie Estudios Jurídicos de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, No. 37. Quito: Corporación Editora Nacional, 2015.

Constitución, códigos y leyes:

Ecuador. *Constitución de la República* [2008]. Quito: Ediciones Legales, 2012.

_____ *Código Orgánico de la Función Judicial*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 544 (9 de marzo de 2009).

_____ *Código Orgánico Integral Penal*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 180 (10 de febrero de 2014).

_____ *Código de Procedimiento Civil*. En *Código de Procedimiento Civil*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.

_____ *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. En *Registro Oficial, Segundo Suplemento*, No. 52 (22 de octubre del 2009).

_____ *Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial*. En *Registro Oficial, Suplemento*, No. 38 (17 de julio de 2013).

Resoluciones:

Ecuador. Resolución No. 09-2012. Pleno de la Corte Nacional de Justicia. En *Registro Oficial, Suplemento*, N° 792, (19 de septiembre del 2012).

_____ Resolución No. 3-2015. Pleno de la Corte Nacional de Justicia. En *Registro Oficial, Cuarto Suplemento*, No. 462, (19 de marzo de 2015).

_____ Resolución No. 10-2015. Pleno de la Corte Nacional de Justicia. En *Registro Oficial*, No. 563, (12 de agosto de 2015). [Adjunto consta el: *Informe de la Unidad de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigación Jurídica de la Corte Nacional de Justicia*].

Sentencias:

Ecuador. Corte Constitucional. [Sentencia 001-13-SEP-CC, en el caso 1647-11-EP de 6 de febrero de 2013]. En *Registro Oficial, Suplemento*, No. 904, 4 de marzo de 2013.

_____ Corte Constitucional. [Sentencia 008-13-SEP-CC, en el caso No. 0545-12-EP, de 2 de abril de 2013].

_____ Corte Constitucional. [Sentencia 0016-13-SEP-CC].

_____ Corte Constitucional para el Periodo de Transición. [Sentencia 003-09-SEP-CC, en el caso 0064-08-EP]. En *Registro Oficial, Suplemento*, No. 602, 1 de junio de 2009.

_____ Corte Constitucional para el Periodo de Transición. [Sentencia 035-10- SEP-CC, en el caso 0261-09-EP]. En *Registro Oficial, Suplemento*, No. 294, 6 de octubre de 2010.

_____ Corte Constitucional para el período de transición. [sentencia No. 0227-12-SEP-CC].

_____ Corte Nacional de Justicia. Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. [Sentencia 942-2013, en el recurso de casación 508-2013].