



Juicio No. 23281-2020-04230

**CONJUEZ PONENTE: LUIS ADRIAN ROJAS CALLE, CONJUEZ NACIONAL  
(PONENTE)**

**AUTOR/A: GUILLEN ZAMBRANO BYRON**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.** Quito, jueves 26 de enero del 2023, las 15h48.

### **I. Antecedentes**

1. El Tribunal de Garantías Penales con sede en Santo Domingo de los Tsáchilas, conformado por los jueces Anabel Torres Cevallos (Ponente), José Beltrán Ayala y Hugo Ibarra Crespo, en sentencia de 29 de enero de 2021, a las 16h59, declaró la culpabilidad de los procesados **CRISTIÁN FABIÁN MORA CEDEÑO** y **EDISON LEONARDO MOREANO MUTRE**, en calidad de **AUTORES** del delito de robo, previsto y sancionado en el inciso primero del artículo 189 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), imponiéndoles la pena privativa de libertad de **CINCO AÑOS**, multa de doce salarios básicos unificados del trabajador en general y como medida de reparación la indemnización a la víctima en el monto de quinientos dólares de los Estados Unidos de América (500.00 USD).
2. Contra la sentencia de primera instancia el procesado **CRISTIÁN FABIÁN MORA CEDEÑO** y la Fiscalía General del Estado interpusieron recursos de apelación, cuyo conocimiento correspondió al Tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, conformado por los jueces Juan Mariño Bustamante (Ponente), Iván León Rodríguez y Patricio Calderón Calderón, quienes en sentencia de 10 de agosto de 2021, a las 11h11, decidieron aceptar el recurso interpuesto por Fiscalía y en consecuencia modificar la sentencia condenatoria, imponiendo a los procesados la pena privativa de libertad de **NUEVE AÑOS TRES MESES**, por haberse calificado la existencia de la circunstancia agravante prevista en el numeral 5 del artículo 47 del COIP.
3. Mediante escrito de 17 de agosto de 2021, a las 16h07, el procesado **CRISTIÁN FABIÁN**

MORA CEDEÑO interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal *Ad quem*, de fecha 10 de agosto de 2021, recurso que fue concedido para ante la Corte Nacional de Justicia en auto de 19 de agosto de 2021, a las 13h57.

4. Conforme consta en acta de sorteo de 17 de septiembre de 2021, a las 08h38, el conocimiento del presente recurso de casación correspondió al Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los doctores Felipe Córdova Ochoa (Ponente), Walter Macías Fernández y Byron Guillén Zambrano.
5. En auto de 26 de octubre de 2022, a las 10h14, el doctor Felipe Córdova Ochoa, Juez Nacional ponente en la presente causa, convocó a audiencia para el 16 de noviembre de 2022, a las 08h30. En el día señalado para la audiencia, por encontrarse con licencia el doctor Felipe Córdova Ochoa, en su remplazo actuó como Conjuez Nacional ponente el doctor Luis Adrián Rojas Calle; en tanto que, por licencia concedida al doctor Walter Macías Fernández, actuó el doctor Pablo Loayza Ortega, Conjuez Nacional.
6. Luego de la fundamentación del recurso, el Tribunal en decisión de mayoría por parte del juez nacional Byron Guillén Zambrano y del Conjuez Nacional Pablo Loayza Ortega, resolvió declarar improcedente el recurso de casación, mientras que el Conjuez Nacional Luis Adrián Rojas Calle emitió voto salvado. Siendo momento de notificar por escrito la sentencia, es ponente de esta decisión de mayoría el doctor Byron Guillén Zambrano.

## **II. Jurisdicción y competencia**

7. De conformidad con el último inciso del artículo 182 de la Constitución de la República (en adelante CRE) en concordancia con el artículo 172 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ), la Corte Nacional de Justicia tiene jurisdicción nacional; siendo competente, de acuerdo con los artículos 184.1 de la CRE, 184 del COFJ y 656 del COIP para conocer los recursos de casación, revisión y los demás que determine la ley; competencia que en materia penal recae en la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial,

Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado, conforme artículo 186 del COFJ.

8. Para la renovación parcial de la Corte Nacional de Justicia, el Pleno del Consejo de la Judicatura en Resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021, en cumplimiento a lo determinado en el artículo 182 de la CRE y en concordancia con el artículo 173 del COFJ, designó a las y los juezas y jueces que reemplazaron en sus funciones a las y los salientes jueces nacionales, los cuales fueron posesionados el 03 de febrero del 2021; en tanto que de conformidad con el artículo 183 del COFJ, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia en Resolución No. 02-2021 de 05 de febrero del 2021, conformó sus salas especializadas.
9. De acuerdo con lo señalado y conforme acta de sorteo de 17 de septiembre de 2021, a las 08h38, el conocimiento del presente recurso de casación correspondió al Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado, conformado por los jueces nacionales Felipe Córdova Ochoa (Ponente), Walter Macías Fernández y Byron Guillén Zambrano. Por licencia debidamente concedida los jueces nacionales Felipe Córdova Ochoa y Walter Macías Fernández son remplazados por los Conjueces Nacionales Luis Adrián Rojas Calle (Ponente) y Pablo Loayza Ortega.

### **III. Validez procesal**

10. El presente recurso de casación se ha tramitado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 656 y 657 del Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 76 de la CRE. Por cuanto no existe alguna causa que vicie el procedimiento, ni vulneración al derecho al debido proceso y defensa, se declara la validez del proceso.

### **IV. Fundamentación y contestación del recurso de casación**

11. En el día y hora señalados para el desarrollo de la audiencia oral, pública y contradictoria de

fundamentación del recurso de casación, a través de Secretaría se constató la presencia de las partes indispensables para que se efectúe la misma, por lo que se declaró instalada la audiencia y se concedió la palabra al procesado recurrente para que fundamente su recurso, posteriormente al representante de Fiscalía, al procesado no recurrente y finalmente a la víctima, para que ejerzan su derecho de contradicción. A continuación, se relata lo principal de las referidas intervenciones, conforme consta en la respectiva acta de audiencia:

12. **Procesado recurrente.** En representación del procesado CHRISTIAN FABIÁN MORA CEDEÑO su defensa técnica manifestó:

Hoy me ha correspondido hacer la fundamentación del recurso de casación por el señor Christian Fabian Mora Cedeño. La sentencia que ataca es la dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas de fecha 10 de agosto de 2021, a las 11h11, donde acepta el recurso de apelación de Fiscalía que manifiesta lo siguiente: por unanimidad acepta el recurso de apelación interpuesto por Fiscalía, en consecuencia, se modifica la sentencia y se declara a los señores Christian Fabián Mora Cedeño y Edison Leonardo Moreano Mutre, autores del delito de robo, poniéndole una pena privativa de libertad de 9 años 3 meses a cada uno por existir circunstancias agravantes en el Art.47.5 del COIP, el principio de taxatividad. La causal que se va a fundamentar es contravención expresa y en doctrina es conocida como error de omisión, es decir, cuando de los hechos fácticos el juez no aplica una norma que debió haber sido aplicada. Tenemos el artículo el cual se ha hecho una omisión, una contravención expresa, del COFJ, es del artículo 19, que dice el principio dispositivo de inmediación y de concentración. Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de la parte legitimada, los jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley. El error en la sentencia se encuentra en el numeral 3.1 donde dice: el doctor Juan Aguilar en representación de Fiscalía en la audiencia oral de fundamentación del recurso, en resumen manifestó que se presentó este recurso de apelación por cuatro Fiscalía en primera instancia solicitó que se imponga el máximo de la pena aumentada en un tercio con los elementos probatorios que se presentó en audiencia que agrava la situación jurídica de los

procesados, esto es, que el señor Edison Moreano tenía varias sentencias condenatorias ejecutoriadas sobre robo y hurto, por lo que, existe reincidencia que fueron certificadas pero no consideradas por el Tribunal de primera instancia al momento de establecer la pena privativa de libertad y además, Fiscalía, ha demostrado que en la infracción participaron dos procesados, mismos que aprehendidos, por lo que, se debió haber aplicado la circunstancia agravante del 47.5 del COIP. Principio de la debida fundamentación: primero, indica que el procesado Edison Moreano que es el no recurrente tiene varias sentencias condenatorias ejecutoriadas por robo y hurto y que se debió haber aplicado una reincidencia. Esta es la parte fundamental de las agravantes que dice Fiscalía, pero ahora nosotros al hablar de prueba el COIP, yo sé qué tenemos prueba de documento, testimonio y de pericia y esta prueba debe ser debidamente solicitada y ordenada. Dice que se ha justificado la reincidencia, sin embargo, por el principio de inescindibilidad que la sentencia de primera y segunda instancia son una sola, se puede verificar que en la prueba documental, Fiscalía nunca presenta ninguna copia certificada de las supuestas reincidencias, es decir, solicita que se verifique a través de Secretaría y esto no es prueba válida, no es prueba documental, no es prueba testimonial; es prueba pericial, es decir, nunca se justificó la agravante de reincidencia y sin embargo, esto es solamente de uno de los procesados. Cuanto, al principio, en cuanto a la segunda parte de la alegación de Fiscalía, manifiesta que, además, Fiscalía demostró que en la infracción participaron dos procesados, mismos que adecuaron su conducta a lo determinado en el artículo 47.5 pero esta agravante del 47.5, nunca fue solicitada por Fiscalía. El alegato de apertura, el alegato de clausura en la sentencia de primera instancia del tribunal manifiesta lo siguiente: Fiscalía ha demostrado con prueba documental, pericial y documental de que la conducta de dichos ciudadanos se adecua a lo establecido en el artículo 189 inciso 1 del COIP, por eso Fiscalía solicitará que se dicte sentencia condenatoria de estos dos ciudadanos por ser autores de ese delito así como solicitará se imponga la pena privativa libertad considerando las agravantes a la pena máxima aumentada en un tercio. Este es el alegato de apertura de Fiscalía, el alegato de clausura Fiscalía manifiesta lo siguiente: por lo tanto, en vista de que Fiscalía ha demostrado la materialidad como la participación del ahora procesado y tomando en cuenta las agravantes, al respecto de la sentencia condenatoria que posee uno de los procesados,

solicita que se imponga el máximo de la pena. Empero, aquí en ningún momento Fiscalía en primera instancia ha solicitado de manera textual y de manera determinada que se imponga la agravante del artículo 47.5, es decir, la participación de dos o más personas el artículo 57 del COIP, nos habla sobre la reincidencia. En este sentido, se logra verificar que una persona ha cometido un delito donde se lesiona el mismo bien jurídico tiene que recibir el máximo de la pena aumentado en un tercio, pero, esto es solo referente al procesado no recurrente. Ahora, nosotros para que haya uniformidad de criterios el COFJ ha solicitado que las sentencias deben ser uniformes, que deben tener un mismo sentido, y aquí en la Corte han emitido los criterios sobre aplicación de la ley en materias penales y en la consulta es para que todos los jueces verifiquen y tengan un mismo sentido de decisión de ratio decidendi que indica lo siguiente: en el criterio sobre la aplicación de la ley en materias penales en la página 55, la consulta es la siguiente: si solo se deben aplicar las agravantes que ha solicitado el Fiscal o también las que de oficio el tribunal juzgador encuentre en la audiencia de juicio y qué es lo que contesta la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia; en conclusión dice: el juzgador en audiencia de juicio oral en respeto al principio de congruencia y el derecho a la defensa del procesado dictará sentencia condenatoria en base a los hechos traídos a su conocimiento por la acusación fiscal, siendo así se debe aplicar el régimen de agravantes conforme a la acusación fiscal. En el presente caso Fiscalía en ningún momento solicitó la agravante por la participación de dos o más personas, es decir, la agravante determinada en el artículo 47.5, por lo que, no se debió haber aumentado la pena y el Tribunal de primera instancia sentencia bien porque esa agravante no fue solicitada por la Fiscalía y en la apelación Fiscalía igual insiste en las reincidencia y solo dice que de los hechos se ha probado que existen más de dos personas pero nunca solicitó este agravante, por lo cual, nunca se debió haber aplicado. ¿Cuál es el principio de trascendencia?, el principio de trascendencia es que se ha aumentado el quantum de la pena. Si nosotros vemos la sentencia de primera instancia tenemos una pena privativa de libertad de 5 años, una multa de 12 salarios básicos unificados del trabajador y como reparación integral 500 USD, sin embargo, en la sentencia de segunda instancia los jueces actuando de oficio, porque no solicitó Fiscalía, le impone la pena en base al agravante 47.5 que no fue solicitada por Fiscalía. Por lo que, esta defensa solicita que se case la sentencia y que se le imponga la pena que corresponda,

es decir, los 5 años de pena privativa de libertad.

**13. Fiscalía General del Estado.** La representante de Fiscalía en contestación a lo fundamentado por el procesado recurrente señaló:

El recurso de casación que ha sido planteado por Christian Fabián Mora Cedeño por medio de su defensa técnica, se ha oscilado exclusivamente en la contradicción expresa del artículo 19 del COIP. Sin embargo, de aquello al realizar la fundamentación del recurso de casación señala de que la Fiscalía no manifestó con claridad de que se impongan las sanciones respecto de las agravantes del artículo 47.5 del COIP, sin embargo, siendo imprescindible manifestar de que el recurso de casación procede exclusivamente del texto de la sentencia de segundo nivel, esto es, de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas de fecha 10 de agosto del 2021 las 11h11. No obstante, la defensa técnica se ha limitado a leer partes de la sentencia de primer nivel, esto es, del Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo de los Tsáchilas basado en el principio de inescindibilidad que rigen el recurso de casación, pues, el principio de inescindibilidad tiene que ver exclusivamente con el contenido de las dos sentencias, no así, para exclusivamente fundamentar el recurso de casación, pues, encontramos con claridad en la sentencia que debió haber sido objetada, que la Fiscalía se refirió exclusivamente a la agravante contenida en el artículo 47 numeral 5 del COIP, por cuanto el delito que se encuentra contemplado en el artículo 189 a las que adecuaron la conducta a los procesados Christian Fabián Mora Cedeño y Édison Leonardo Moreano Mutre, pues, en ese contexto la defensa técnica también ha leído, inclusive parte de la sentencia de primer nivel, lo cual, no consta en la sentencia de segundo nivel y ha señalado que la Fiscalía ha solicitado que se imponga la pena más grave considerando las agravantes dice claramente la misma defensa técnica del procesado recurrente. En este contexto, pues, estaba solicitando a los jueces tanto de primer de primer nivel de que se considere las agravantes y el hecho de que no se haya mencionado exclusivamente el Art. 47.5, los jueces sabían de que eran dos las personas que habían cometido el delito e inclusive cuando refiere a la consulta realizada por la Corte Nacional dice que los jueces indicaron claramente de que se aplicará la pena en base a lo que el Fiscal lleve los hechos al tribunal y ¿cuáles fueron los hechos que llevó el Fiscal al tribunal?, esto sin querer que se valore la prueba sino únicamente por efectos de contradicción de que el delito de robo lo cometieron dos personas y en este contexto, pues, claramente se encuentra inmersa

la agravante contemplada en el artículo 47.5 que el tribunal A quo no lo aplicó y por ende, pues, la apelación de Fiscalía para solicitar que se aplique la agravante del Art. 47.5 del COIP. En esta circunstancia, pues, los jueces de segundo nivel ¿qué es lo que hicieron?, analizar, pues, prácticamente que los hechos lo cometieron dos personas y aplicó correctamente el artículo 47.5 del COIP. Sin embargo, también se ha tocado la reincidencia del otro procesado, pero el principal cargo a resolverse en el Tribunal de apelación fue la aplicación de la agravante contemplada en el artículo 47.5 como así lo hicieron correctamente los jueces de instancia. En este contexto, pues, no existe la contravención expresa del artículo acusado señores jueces, por lo tanto, pues, la Fiscalía solicita que se declare improcedentes este recurso de casación, toda vez de que la defensa técnica del procesado recurrente no ha logrado demostrar error jurídico acusado a la sentencia recurrida.

14. **Víctima** La defensa técnica de la víctima CENAIDA ELIZABETH CÓRDOVA PALMA en contradicción de lo dicho por el recurrente expresó:

En cuanto a los principios de la casación este es un recurso extraordinario, técnico, limitado, formal, si bien es cierto el doctor Fernando ha dado cumplimiento a los mismos, sin embargo, el enfoque ha sido exclusivamente en cuanto a determinar que existió un error por aplicar de oficio una agravante que no haya sido solicitado por Fiscalía. Al respecto y de manera concreta ya ha habido criterios de diversos jueces de esta Corte Nacional, he considerado si es que Fiscalía en su momento llegó a probar la agravante como en el presente caso la participación de dos o más personas así no lo hayan pedido el juez en su papel de garante tendrá que hacer algún tipo de análisis y podrá imponer la pena que considere. En el presente caso eso ha sido lo que han manifestado los jueces del Ad quem aplicado la agravante como tal haciendo la debida fundamentación al respecto a la misma. Por ello a criterio de los derechos de la víctima consideró que no existe algún tipo de error de derecho ni que hay una contravención expresa del artículo 19 y que se violente algún tipo de principio, pues, se han respetado en su momento los principios de contradicción, el principio dispositivo y demás, y al no existir a criterio de esta defensa técnica de ningún tipo de error de derecho solicito a usted que no se acepte el recurso y se declare

improcedente.

15. **Procesado no recurrente.** En representación del procesado no recurrente EDISON LEONARDO MOREANO MUTRE su defensa señaló: *“Debo manifestar que con la intervención del recurrente en nada se afectado los derechos del procesado no recurrente.”*

16. Finalmente, se concedió la palabra a la defensa técnica del recurrente, quien señaló:

El artículo del cual se ha hecho la contravención expresa, es el Art. 19 del COFJ que dice que los jueces deben resolver en base a lo que se les pone en conocimiento, principio dispositivo, mediación y concentración y en la sentencia de la Corte Provincial de 10 de agosto de 2021, en el numeral tres claramente dice que el principal reclamo es que existe una reincidencia, es que el señor Edison Moreano tenía varias sentencias condenatorias ejecutoriadas sobre el robo y hurto, por lo que, existe reincidencia, sentencias que fueron certificadas pero no consideradas por el Tribunal de instancia al momento de establecer y luego indica que además Fiscalía demostró que hubo la participación pero nunca solicitó que se ponga las agravantes y de acuerdo a criterios en materia penal y si no fueron solicitadas no deben ser puestas de oficio. Solicito se case la sentencia y se ponga la pena que corresponde.

## V. Consideraciones del Tribunal

### a) Fundamentos de derecho.

17. La impugnación procesal es un principio rector consagrado como derecho humano en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8.2.h,<sup>1</sup> en el Pacto

---

<sup>1</sup> *Art. 8.- Garantías Judiciales [1/4] 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas [1/4] h) derecho de recurrir del fallo ante juez o*

Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14;<sup>2</sup> y, como garantía del derecho a la defensa en la Constitución de la República,<sup>3</sup> siendo una garantía básica del debido proceso. En este marco normativo, el Estado es responsable de garantizar la adecuada administración de justicia<sup>4</sup>; por tanto, los recursos procesales son mecanismos que buscan afianzar la tutela de los derechos de los justiciables, con la finalidad de que se corrijan posibles errores de hecho o de derecho incurridos por los jueces de instancia, considerando que la administración de justicia no es infalible.

18. Sobre el recurso de casación la doctrina ha establecido su objeto, finalidad y limitación, para el tratadista Claus Roxin la casación es: *“un recurso limitado, dado que solo permite el control iure. Esto significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y sólo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al derecho material o formal.”*<sup>5</sup>

19. Por su parte el tratadista Fernando de la Rúa, esboza una definición de la casación en términos generales, de la siguiente manera:

Medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos por la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia, y una nueva decisión, con o sin renvío o nuevo juicio.<sup>6</sup>

---

tribunal superior.<sup>o</sup>

<sup>2</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 14 numeral 5: *“Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.”*

<sup>3</sup> Ecuador Constitución de la República, Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008, Art. 76, núm. 7, m).

<sup>4</sup> *Ibíd.*, Art. 11; <sup>a</sup> Art. 11.- *El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [¼] 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. [¼] El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso<sup>o</sup>*

<sup>5</sup> Derecho procesal Penal, Editores El Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 466.

<sup>6</sup> Fernando De la Rúa, Teoría General del Proceso, pág. 187

20. Es así que, la casación es un medio de impugnación extraordinario, cuya finalidad es el reconocimiento y defensa del derecho objetivo (función nomofiláctica), la igualdad en la interpretación y aplicación de la ley, y la unificación de la jurisprudencia, es por ello que este recurso no permite corregir los errores  *fácticos*  que pudieran existir en la sentencia de instancia, al contrario los hechos fijados por el Tribunal de Apelación se dan como asentados sin que exista posibilidad de alterarlos, el Tribunal de Casación se limita a verificar si en la sentencia existen errores de  *iure*  que pudieran acarrear un quebrantamiento de la ley.

21. El COIP en su título denominado  *a Impugnación y Recursos*  contempla el recurso de casación, el cual, si bien no establece una definición conceptual de este medio de impugnación, si determina sus alcances y límites, que ya han sido analizados anteriormente, esto es, que en el recurso el debate se circunscribe a errores de derecho en que se hubiese incurrido en la sentencia, así lo señala el artículo 656  *ibídem* , cuyo tenor literal se transcribe:

Art. 656.- 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.

22. En este contexto, podemos concluir que el recurso de casación permite reafirmar la vigencia de la ley, la voluntad de la norma general y abstracta y la decisión de controversias conforme a ésta, porque asigna la decisión final sobre la cual sea esa voluntad de la ley a un órgano jurisdiccional especializado, que debe moverse en el plano estrictamente jurídico, sin descender a la problemática histórica del caso en concreto.<sup>7</sup>

23. En cuanto a la naturaleza del recurso de casación en materia penal, la Corte Constitucional ha

---

<sup>7</sup>  *Ibídem* .

señalado que se trata de un recurso que se somete a varias limitaciones que lo configuran como un remedio procesal de carácter extraordinario, cuyo objeto principal es:

[1/4 ] analizar si en la sentencia existen violaciones a la ley, ya sea por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o por errónea interpretación de la misma. De esta forma, no debe concebirse al recurso de casación como un recurso ordinario más [1/4 ] al momento de resolver el recurso se debe analizar únicamente la sentencia objetada por el recurrente, sin que los jueces tengan competencia para analizar temas [1/4 ] 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.<sup>8</sup>

24. En síntesis, el control de la función *nomofiláctica* corresponde al máximo órgano de administración de justicia ordinaria, analizando la sentencia recurrida y la fundamentación del recurrente, para revisar si el fallo impugnado se dictó o no *secundum ius*. Para el efecto el recurso de casación se puede interponer únicamente de acuerdo a las causales previstas de forma taxativa en el COIP, esto es, por contravenir expresamente el texto de la ley, por indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente. En este sentido la Corte Nacional de Justicia ha señalado que:

la casación es un medio de impugnación extraordinario, contra la sentencia de última instancia, el cual se caracteriza por su aspecto eminentemente técnico-jurídico, o de formalidad, igualmente jurídica; y, que es limitado a determinadas resoluciones por las causales que la ley ha fijado; es por ello, que la casación se considera una sede extraordinaria de control de legalidad, y por ende, de corrección de errores

---

<sup>8</sup> Ecuador Corte Constitucional, Sentencia No. 001-13-SEP-CC de fecha 06 de febrero de 2013; Sentencia No. 2170-18-EP/20 de fecha 29 de julio de 2020.

trascendentales cometidos por los estadios ordinarios del proceso.<sup>9</sup>

25. De conformidad con los fundamentos de derecho manifestados, el recurso de casación es de naturaleza extraordinaria y persigue la corrección de errores en que el juzgador haya incurrido en violación de la norma, ya sea por errónea interpretación, indebida aplicación y/o contravención expresa de su texto. Al determinarse taxativamente las cuestiones que pueden ser objeto de argumentación de este recurso, al recurrente le corresponde anunciar, desarrollar y fundamentar los cargos en que basa su recurso; sin perjuicio de que el juzgador, de oficio, pueda identificar el error en caso de haberlo.

**b) Análisis del caso en concreto.**

26. En el análisis del recurso de casación interpuesto en el caso *in examine* por el procesado CHRISTIÁN FABIÁN MORA CEDEÑO, se advierte el planteamiento de un solo cargo casacional, consistente en la contravención expresa del principio dispositivo al haberse impuesto una agravante sin que esta haya sido solicitada por Fiscalía General del Estado en la audiencia de juicio.

27. En la fundamentación del referido cargo casacional la defensa técnica del recurrente en lo principal señaló que en la sentencia impugnada el Tribunal *Ad quem* ha contravenido expresamente lo determinado en el artículo 19 del COFJ, que prevé el principio dispositivo, en razón del cual el proceso debe ser promovido por iniciativa de los sujetos procesales; argumentando que el error radica en que el Tribunal de apelación determina la existencia de la agravante prevista en el numeral 5 del artículo 47 del COIP, sin que esto haya sido solicitado por Fiscalía en la audiencia de juicio y que al no haberse realizado este pedido, no se puede en segunda instancia y en virtud de un recurso calificar esta agravante y en tal razón no corresponde modificar la pena impuesta.

---

<sup>9</sup> Ecuador Corte Nacional de Justicia, Sentencia que pone fin al recurso de casación propuesto por Carlos Dávila Calderón, en Gaceta Judicial, Serie XVIII, número 14, año 2014, p.6077

28. Por haberse fundamentado técnicamente el recurso corresponde a este Tribunal analizar el cargo casacional planteado. Previo a este análisis es necesario señalar que la sentencia dictada el 10 de agosto de 2021, a las 11h11, por el Tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, resuelve un recurso de apelación planteado por la Fiscalía General del Estado y un recurso de apelación planteado por el procesado CHRISTIAN FABIÁN MORA CEDEÑO.
29. En cuanto al recurso de apelación planteado por Fiscalía, se debe señalar que en su fundamentación se refirió expresamente como un cargo de apelación que el Tribunal *A quo* no aplicó para la graduación de la pena de los procesados sentenciados la circunstancia agravante no constitutiva de la infracción prevista en el numeral 5 del artículo 47 del COIP, la cual consiste en: *“Cometer la infracción con participación de dos o más personas.”*
30. En tal razón, se debe señalar con claridad que el Tribunal *Ad quem* no ha actuado de oficio al calificar la existencia de la referida circunstancia agravante y por tanto modificar la pena, sino que su actuación se enmarca en la atención de una alegación en apelación que expresamente ha sido señalado por la Fiscalía General del Estado. Además, sobre la calificación de la agravante se debe precisar que en primera instancia (*audiencia de juicio*) Fiscalía tanto en su intervención inicial, como en su alegato final, no hizo relación a la existencia de la agravante prevista en el numeral 5 del artículo 47 del COIP, sino a una circunstancia agravante distinta, relacionada con reincidencia de uno de los procesados; sin embargo en su teoría inicial Fiscalía indicó al Tribunal de Garantías Penales que en el delito de robo al local denominado *“Cerámicas al Costo”*, habían participado *varios sujetos*, específicamente señaló *“dos motocicletas con dos ocupantes”*, quienes fueron detenidos en delito *“flagrante”*, asimismo en su alegato final Fiscalía señaló *“participaron algunas personas entre ellos los ahora procesados”*, en consecuencias la base fáctica que participaron más de dos personas en este delito siempre fue anunciada, señalada y acusada por la Fiscalía.

31. Con estas consideraciones y conforme con el debate jurídico planteado en el presente recurso de casación, corresponde al suscrito Tribunal resolver el siguiente problema jurídico: *¿Si nuestro ordenamiento jurídico permite la aplicación de circunstancias agravantes sin que la Fiscalía lo haya solicitado expresamente?* Esto en razón de que de las constancias procesales se verifica que en audiencia de juicio Fiscalía no solicitó la aplicación de la circunstancia agravante prevista en el numeral 5 del artículo 47 del COIP, pero lo planteó como cargo de apelación y en virtud de ello el Tribunal *Ad quem* aplicó esta norma y modificó la pena impuesta a los procesados, agravando la misma.

32. La discusión jurídica formulada por el recurrente parte de la discusión de contravención expresa del principio dispositivo, es decir que se cuestiona que el Tribunal *Ad quem* dejó de aplicar esta norma contenida en el numeral 6 del artículo 168 de la CRE, que establece que en: *“La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo”*; esto en concordancia con lo determinado en el numeral 15 del artículo 5 del COIP, disposición que establece: *“Impulso procesal: corresponde a las partes procesales el impulso del proceso, conforme con el sistema dispositivo”*; y, lo previsto en el artículo 19 del COFJ, que dispone:

Art. 19.- Principios dispositivo, de inmediación y concentración.- Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley. [1/4 ]

33. De las mencionadas normas, así como conforme lo previsto en el artículo 195 de la CRE, en concordancia con el artículo 444 del COIP, nuestro sistema de justicia penal es acusatorio, por lo que le corresponde a la Fiscalía de forma exclusiva ejercer la acción penal pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, impulsando la acusación en la sustanciación del juicio penal, para lo cual investiga y determina hechos,

promueve el proceso y solicita la imposición de la pena que corresponde al caso concreto.

34. Por lo dicho, de acuerdo con el principio acusatorio que fundamenta nuestro sistema de justicia penal y que habilita el ejercicio del *ius puniendi*, solamente Fiscalía tiene el ejercicio de acusación en los delitos de acción penal pública, determinando una estricta división de funciones entre la actividad acusatoria y la actividad jurisdiccional, por lo que el juez de oficio no podría iniciar un proceso penal, declarar la culpabilidad de una persona o dictar sentencia condenatoria, sino solamente a petición fundamentada de Fiscalía.
35. En este sentido es menester señalar, que el principio dispositivo no es absoluto, existen situaciones en donde por razones de orden público, por técnica legislativa o para proteger grupos de atención prioritaria, el legislador ha introducido fórmulas oficiosas y no dispositivas, como en el caso de la consulta de oficio o de la casación penal oficiosa; así mismo, ha regulado supuestos donde no es posible terminar extraordinariamente un recurso,<sup>10</sup> y en el caso que nos ocupa la imposición de la pena está basada en el principio de legalidad<sup>11</sup> que debe ser impuesta por el juzgador.
36. Ahora bien, el principio acusatorio recibe una modulación normativa, de manera que el artículo 140 del COFJ, establece el denominado principio *iura novit curia*, señalando que:

Art. 140.- Omisiones sobre puntos de derecho.- La jueza o el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente.

Sin embargo, no podrá ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.

Esta última disposición no será aplicable cuando en esta forma se puedan vulnerar derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de

---

10 Ecuador Corte Constitucional, Sentencia No. 8-19-IN y acumulado/21, párr. 35

11 Constitución de la República del Ecuador, artículo 76.3 que señala: *“ (1/4) ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley (1/4) ”*

derechos humanos.

37. Como se advierte, la norma transcrita, como regla de despacho de las causas, expresamente determina la obligación de que el juzgador aplique el derecho que corresponde al proceso, aun si no ha sido invocado por las partes o si haya sido invocado erróneamente. Este principio habilita que en el caso de aplicación de circunstancias atenuantes y agravantes en materia penal, determinados los hechos y en ausencia de un pedido expreso de Fiscalía, el juzgador esté en la posibilidad de analizar la aplicación de estas circunstancias al caso concreto y en tal razón modular las penas conforme lo determina el COIP.
38. Como se observa en el presente caso, Fiscalía desde su alegato de apertura hasta su alegato final en audiencia de juicio, siempre ha indicado que en el hecho delictivo que motivó el presente proceso penal han participado más de dos personas, siendo estos hechos y acusación claros y conocidos por los procesados, siendo además hechos probados y declarados en el proceso tanto por el Tribunal *A quo*, así como por el Tribunal *Ad quem*, de manera que se conoce y se ha determinado que en el ilícito han participado los dos ciudadanos sentenciados.
39. Con esta consideración, es menester señalar que el artículo 44 del COIP respecto de las circunstancias de la infracción, determina los mecanismos de aplicación de atenuantes y agravantes, disponiendo que *“Para la imposición de la pena se considerarán las atenuantes y las agravantes previstas en este Código. No constituyen circunstancias atenuantes ni agravantes los elementos que integran la respectiva figura delictiva”*.
40. Es decir que la aplicación de circunstancias agravantes y atenuantes no constitutivas de la infracción, responde a la obligación del juzgador de determinar la pena imponible en el caso concreto y a un ejercicio de valoración de los hechos que se han determinado como probados y de que estas circunstancias, que han sido taxativamente determinadas por el legislador, no hayan sido incorporadas como elemento descriptivo del tipo penal.

41. En relación con esta obligación de individualizar la pena, debemos referir que el artículo 622 del COIP en su numeral 5 expresamente señala que es un requisito de la sentencia *“la determinación individual de la participación de la o las personas juzgadas en relación con las pruebas practicadas y la pena por imponerse”*. Es decir, que el ejercicio de imposición de una pena concreta responde a la verificación de la legalidad de la pena, la participación de la persona procesada y la determinación de las circunstancias específicas de la infracción.
42. Respecto de la legalidad de la pena, el numeral 3 del artículo 76 de la CRE establece expresamente como una garantía del debido proceso que a nadie se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley, por lo que las sanciones penales y de diversa naturaleza deben tener una previsión y configuración normativa; previsión que además debe observar el principio de proporcionalidad, como así lo establece el numeral 6 *ibídem*.
43. En este sentido, el artículo 51 del COIP al definir a la pena determina que esta es una restricción a la libertad y a los derechos de las personas como consecuencia jurídica de un delito, *que se basa en una disposición legal y debe ser impuesta mediante sentencia condenatoria ejecutoriada*, siendo la sentencia la explicación de la aplicación de la norma a los hechos que constituyen la infracción penal. Por otro lado, el artículo 53 *ibidem* de forma clara y estricta establece que las penas deben ser determinadas, conforme su previsión normativa y que por tanto están proscritas las penas indeterminadas o indefinidas.
44. De acuerdo con las disposiciones señaladas, se advierte que la pena está sujeta al principio de legalidad, independientemente de las pretensiones de los sujetos procesales, puesto que estas pretensiones podrían crear una desigualdad procesal, en tanto Fiscalía podría en casos que comparten identidad fáctica solicitar penas distintas, por ejemplo en un caso se podría requerir la aplicación de una agravante determinada y en otro no, a pesar de que en los dos casos se haya verificado la adecuación de la agravante. En tal razón, si la imposición de la pena se restringe a lo solicitado por Fiscalía, se podría generar vulneración de los principios

de igualdad y legalidad, dejando sujeta la pena no a la ley sino a lo que los sujetos procesales requirieren en audiencia.

45. En el sentido de lo expresado, la jurisprudencia constitucional ha establecido que *“en los casos concretos al aplicar la ley, las personas con competencias para imponer sanciones, sean estas penales, administrativas o de otra naturaleza, tienen también el deber de aplicar el principio de proporcionalidad”*, razonamiento que consta determinado en el párrafo 30 de la sentencia No. 11-20-CN/21 de 10 de noviembre de 2021 dictada por la Corte Constitucional, en la que se analiza lo determinado en el artículo 75.1 del COIP.

46. Con base en lo señalado, este Tribunal en decisión de mayoría destaca que la decisión sobre la pena que debe imponerse corresponde a la autoridad que toma la decisión, en materia penal al juzgador que dicta sentencia, siendo la única excepción prevista en el COIP a esta regla lo determinado para el procedimiento abreviado, el cual se caracteriza por ser una negociación o acuerdo de la pena entre Fiscalía y la persona procesada, puesto que conforme lo determina el artículo 638 *ibídem*, el juzgador dictará su resolución en la que se incluirá *“la aceptación del acuerdo sobre la calificación del hecho punible, la pena solicitada por la o el fiscal y la reparación integral de la víctima”*; por tal razón, en este caso el juzgador no podrá imponer una pena distinta a la que solicita Fiscalía, siendo la única excepción a la regla de determinación judicial de la pena.

47. Respecto de la determinación judicial de la pena debemos insistir en que el artículo 51 del COIP señala que la pena es una consecuencia jurídica del delito, que debe ser impuesta mediante sentencia condenatoria ejecutoriada, es decir mediante un ejercicio de razonamiento judicial conforme los hechos planteados por los sujetos procesales y la norma aplicable, y de acuerdo a la potestad pública de administrar justicia; actividad y potestad judicial que está prevista expresamente en las normas que rigen el proceso penal.

48. Al respecto, el artículo 619 del COIP que se refiere a la decisión judicial, en su numeral 3 señala que la decisión deberá contener la individualización de la responsabilidad y la pena de cada una de las personas procesadas. En similar sentido el artículo 620 ibídem establece que el juzgador deberá *“determinar con precisión el tiempo de condena; [1/4] [así como] el cumplimiento de las penas de restricción de los derechos de la propiedad”*. En concordancia y consecuencia de lo señalado, la determinación de la pena es un requisito de la sentencia, conforme lo exige el artículo 622 ibídem en su numeral 5.

49. En consideración de las normas enunciadas, se llega a la conclusión de que el juzgador no puede imponer una pena fuera de los márgenes determinados en la Ley, por lo que está obligado a observar todas las normas referentes a la imposición de las penas, entre ellas las referentes a la aplicación de circunstancias agravantes y atenuantes, cuestión que no contraviene el principio dispositivo, sino que más bien afianza y obliga a la aplicación del principio de legalidad de la pena, y con ello el principio de proporcionalidad de la pena, y los derechos a igualdad, debido proceso, seguridad jurídica y tutela efectiva.

50. A manera de ejemplo, si se considera que por principio dispositivo el juez está obligado solo a imponer la pena solicitada por Fiscalía, esto podría llevar a que ya sea por decisión, olvido o confusión de Fiscalía no se requiera la aplicación de circunstancias atenuantes o agravantes, o se solicite una pena distinta a la prevista para el tipo penal, cuestión que implicaría la imposición de un apena que vulnere los límites legales de la pena imponible en el caso concreto, y en tal sentido afectación al principio de legalidad de la pena, del derecho a la seguridad jurídica, entre otros derechos y garantías de los justiciables.

51. Ahora bien, establecido el aspecto normativo sobre la pena y su determinación judicial, se considera pertinente hacer referencia a criterios doctrinarios existentes al respecto. Para los tratadistas Jescheck y Weigend en la actualidad respecto de la individualización de la pena:

existe un amplio consenso en entender que también la elección y la medida de la sanción en el caso concreto es una decisión jurídicamente vinculada. Esto trae por consecuencia que el tribunal tiene que guiarse a través de las reglas generales [1/4] y especiales [1/4] de la Ley y que la legalidad de su sentencia, cuando sea instado el recurso correspondiente, será revisada en este punto.<sup>12</sup>

52. Para los señalados autores la individualización de la pena no es un ejercicio discrecional asignado al juzgador, sino que se debe regir a las distintas normas que orientan la configuración de una pena concreta. Entre los criterios para individualización de la pena se encuentran: (i) en primer lugar el *marco punitivo* del tipo penal; (ii) luego en algunos tipos penales el legislador ha determinado *distintos marcos punitivos* de acuerdo a la *gravedad* de la infracción; (iii) otro parámetro es el de los *ejemplos reglados*, casos en que el legislador establece puntualmente una pena imponible a una determinada infracción, sin señalar un marco punitivo o directamente señalando la pena a imponer dentro de un determinado marco punitivo; y, (iv) por último el criterio de *escala de gravedad*, según el cual se agrava o atenúa la pena de acuerdo a circunstancias propias de la infracción como: consecuencias del hecho, tipo de ejecución, motivación del autor, tipo de víctima, entre otras.<sup>13</sup>

53. En la misma línea, a criterio de Mir Puig la determinación de la pena tiene diversos factores y momentos. Entre los momentos señala que la pena tiene primero una *determinación legal*, cuando el legislador establece el marco punitivo o la pena, construyendo una *pena abstracta*; luego hay una *determinación judicial* que es el ejercicio del juzgador para determinar una *pena concreta* de acuerdo a los hechos probados en un determinado caso; y, por último considera que existe una determinación penitenciaria de la pena, que aborda cuestiones de modificación de la pena de acuerdo al cumplimiento del régimen penitenciario.<sup>14</sup>

54. En cuanto a la determinación judicial de la pena, a criterio de Mir Puig el sistema otorga al

---

12 Hans Jescheck y Thomas Weigend, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Vol. 2., (Breña: Instituto Pacífico S.A.C., 2014), 1298-9.

13 *Ibíd.*, 1299-1304.

14 Santiago Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. 9., (Buenos Aires: Euros Editores, 2015), 735.

juzgador arbitrio que se limita en función de la finalidad de la pena y de los principios de *“legalidad, utilidad, exclusiva protección de bienes jurídicos, humanidad, culpabilidad, proporcionalidad y resocialización.”*<sup>15</sup>

55. Al analizar las formas de determinación judicial de la pena el autor *in comento* señala que existen diversas formas de acuerdo a distintas corrientes doctrinarias, de las cuales destaca la *“teoría del espacio de juego”* de acuerdo con la cual el legislador establece un marco punitivo y el juez cuenta con arbitrio para determinar una pena dentro de dicho marco, siempre guiado por los principios limitadores antes señalados. Este autor destaca que en el caso español tradicionalmente se ha optado por una *“determinación judicial de la pena en sentido estricto en la gravedad del hecho y en la valoración de la cuantía y entidad de las circunstancias modificativas eventualmente concurrentes.”*<sup>16</sup>

56. Con base en los señalados criterios doctrinales, este Tribunal de casación considera necesario realizar una breve referencia a la conformación de nuestro sistema de justicia penal en cuanto a la determinación de la pena, lo que permitirá solventar de mejor manera el problema jurídico planteado en el *caso in examine*.

57. El Código Orgánico Integral Penal participa de los cuatro criterios de determinación legal identificados por Jescheck y Weigend, pues como criterio rector establece marcos punitivos para cada tipo penal siguiendo la teoría del espacio de juego; como ejemplo, el delito de robo previsto en el inciso primero del artículo 189 del COIP establece un marco punitivo de pena privativa de libertad de 5 a 7 años, configurando un mínimo y un máximo de pena imponible.

58. Bajo el criterio de *distintos marcos punitivos*, valga recurrir al mismo delito de robo, pues en el artículo 189 del COIP se establecen diversos marcos punitivos. En caso de robo mediante amenazas o violencias el marco punitivo es de 5 a 7 años; pero cuando se realiza únicamente con fuerza en las cosas el marco punitivo es de 3 a 5 años; y, si a consecuencia del robo se ocasiona lesiones de las previstas en el numeral 5 del artículo 152 del COIP, el marco punitivo es de 7 a 10 años.

---

15 *Ibíd.*, 745

16 Mir Puig, Derecho Penal, 747.

59. Por otra parte, también en el delito de robo se evidencia la adecuación del criterio de *ejemplo reglado* pues en el penúltimo inciso del artículo 189 del COIP se establece que si a consecuencia del robo se ocasiona la muerte, el marco punitivo será de 22 a 26 años; finalmente, el criterio de *escala de gravedad* se evidencia en el delito de robo cuando se comete sobre bienes públicos, siendo casos en los que se impondrá la pena máxima aumentada en un tercio, dependiendo de las circunstancias de la infracción.
60. El mencionado ejemplo de *escala de gravedad* refiere a circunstancias constitutivas de la infracción, es decir aquellas previstas en el tipo penal; sin embargo, en un caso concreto también deben considerarse las circunstancias agravantes y atenuantes que no son constitutivas de la infracción y su mecanismo de aplicación, previstas en los artículos 44 a 47 del COIP. Si bien estos ejemplos se han realizado sobre un solo artículo, en los diversos tipos penales previstos en el COIP se puede evidenciar los mencionados criterios de determinación legal de la pena.
61. Como se aprecia, los distintos criterios de determinación legal de la pena se refieren a cuestiones relacionadas con la gravedad del hecho y las circunstancias de la infracción, y son estos los límites y parámetros de la determinación judicial de la pena: es decir que el juzgador al establecer una pena concreta está en la obligación de observar estos criterios, regirse al marco punitivo y a las circunstancias modificativas de la infracción, tanto las constitutivas de la infracción, como las no constitutivas. Por lo dicho, el principio dispositivo encuentra un límite legal para individualización de la pena.
62. Con base en lo mencionado, corresponde también señalar que el COIP en algunos casos establece normas que permiten aplicar penas distintas a las previstas en el tipo penal, pero esto se debe también a una previsión normativa realizada por el legislador. Ejemplo de esto es el artículo 372 *ibídem*, que establece bajo la denominación de *pena natural* que en los casos de accidentes de tránsito con muerte el juzgador *“podrá dejar de imponer una pena o imponer exclusivamente penas no privativas de libertad.”*
63. Otra regla específica sobre la determinación de las penas es la prevista en el artículo 60 del COIP, que establece que el juzgador podrá imponer una o más penas no privativas de libertad,

sin perjuicio de la aplicación de las penas previstas en el tipo penal, dándole a las penas no privativas de libertad una naturaleza accesoria. En otro sentido, existen normas que permiten al juzgador seleccionar una pena a imponer, como lo refiere el artículo 393 del COIP, que prevé que en casos de contravenciones de primera clase el juzgador podrá imponer pena de trabajo comunitario o pena privativa de libertad.

64. De esta revisión normativa se advierte que, si bien existen casos en que el juzgador puede imponer penas accesorias, dejar de imponer penas o seleccionar la pena a imponer, esto obedece a una determinación legal de la pena, es decir a la previsión que ha realizado el legislador en cada tipo penal y con base en la cual se faculta al juzgador actuar de una determinada manera y no por arbitrio.

65. Con todo lo dicho, es claro que para la individualización de la pena al juzgador no le resulta indispensable la pretensión de la Fiscalía, pues la ley prevé las normas y reglas sobre la determinación de la pena, en este sentido el artículo 54 del COIP prevé que:

Art. 54.- Individualización de la pena.- La o el juzgador debe individualizar la pena para cada persona, incluso si son varios responsables en una misma infracción, observando lo siguiente:

1. Las circunstancias del hecho punible, atenuantes y agravantes.
2. Las necesidades y condiciones especiales o particulares de la víctima y la gravedad de la lesión a sus derechos.
3. El grado de participación y todas las circunstancias que limiten la responsabilidad penal.

66. Se observa que la norma transcrita establece una obligación directa al juzgador que le exige individualizar la pena considerando las circunstancias atenuantes y agravantes, sin la condición de que sean o no solicitadas por Fiscalía; cuestión que nos lleva indefectiblemente a concluir que esta norma y las demás normas que han sido analizadas anteriormente, explican que el legislador ha previsto que la pena debe ser individualizada e impuesta por el juzgador, en protección del principio de legalidad de la pena y de los derechos de igualdad,

seguridad jurídica y debido proceso.

67. Como corolario de este análisis, la individualización de la pena es el acto por el cual el juzgador verifica los hechos y los transforma en una medida de pena determinada, es decir, el juez realiza un ejercicio mediante el cual establece el *quantum* de la pena atribuible a los hechos que se juzga; por tanto, los alegatos de la Fiscalía sobre la pena imponible constituyen indudablemente la formulación de una pretensión punitiva, pero sin carácter vinculante para quien debe proferir el fallo con base a los hechos sustanciales de la acusación, los hechos que se considera probados y la determinación legal de la pena.
68. En razón de lo expuesto, este Tribunal de casación no puede admitir que se pretenda vincular la determinación de la pena a una previa pretensión de uno de los sujetos procesales, incluso debemos tener presente que en la medida que se quiera cuestionar la pena impuesta por el Tribunal *Ad quem*, se debe explicar las razones por las cuales se critica la individualización de la pena, señalando el presunto error en la decisión judicial.
69. En el presente caso el recurrente ha señalado contravención del principio dispositivo, pero como se explica a lo largo de esta sentencia, la falta de la pretensión punitiva respecto de la circunstancia agravante prevista en el numeral 5 del artículo 47 del COIP no explica vulneración de dicho principio, siendo correcta la decisión del Tribunal *Ad quem* de aplicar la circunstancia agravante, por lo que corresponde rechazar el cargo casacional planteado.
70. Por lo dicho, se insiste en que es claro y evidente que nuestra legislación penal faculta al juzgador para imponer e individualizar la pena, siendo esta una actividad en la que el juzgador está obligado a observar, entre otras cosas, la existencia de circunstancias agravantes y atenuantes no constitutivas de la infracción, aún si estas no han sido solicitadas por la Fiscalía, esto en virtud del principio de legalidad de la pena, el cual garantiza la previsibilidad de la reacción estatal ante una determinada infracción, observando el marco punitivo legalmente establecido y las reglas de individualización de la pena.
71. Con base en el análisis que antecede, este Tribunal de casación en decisión de mayoría concluye que en la sentencia impugnada no existe contravención expresa del principio

dispositivo, puesto que se ha respetado la acusación emitida por Fiscalía; y, el Tribunal *Ad quem* se ha pronunciado exclusivamente respecto de los cargos planteados en el recurso de apelación, sin haber realizado una agravación de la situación jurídica de los procesados *ex officio*, sino que ha acogido el recurso presentado por Fiscalía y en tal razón ha cumplido con la individualización de la pena conforme el ordenamiento jurídico lo exige.

72. Finalmente, de la revisión de la sentencia impugnada se identifica que no existen errores de derecho que permitan activar la casación de oficio prevista en el numeral 6 del artículo 657 del COIP.

## **VI. Decisión**

En virtud de lo señalado, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, en decisión de mayoría RESUELVE:

- 1. DECLARAR** improcedente el recurso de casación presentado por el procesado CHRISTIÁN FABIÁN MORA CEDEÑO.
- 2. DEVOLVER** el expediente del proceso al Tribunal de origen, una vez que se encuentre ejecutoriada la presente sentencia.

**Notifíquese. -**

LUIS ADRIAN ROJAS CALLE  
**CONJUEZ NACIONAL (PONENTE)**

LOAYZA ORTEGA PABLO FERNANDO  
**CONJUEZ NACIONAL**

GUILLEN ZAMBRANO BYRON  
**JUEZ NACIONAL**

**VOTO SALVADO DEL CONJUEZ NACIONAL, SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, LUIS ADRIAN ROJAS CALLE.**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, jueves 26 de enero del 2023, las 15h48. VOTO SALVADO: Dr. Luis Adrián Rojas Calle**

1. En relación con el juicio N.º 23281-2020-04230, en el que, el 16 de noviembre de 2022, se efectuó la audiencia de fundamentación del recurso de casación interpuesto por Christian Fabián Mora Cedeño (también, <sup>a</sup>el casacionista<sup>o</sup>), anuncié, en la decisión oral, que disentía con el voto de mayoría respecto al análisis realizado en torno a la aplicación de agravantes no sustentadas por Fiscalía General del Estado (en adelante, <sup>a</sup>la Fiscalía<sup>o</sup>),

y el resultado injusto que aquello provocó en el presente caso. Dicha postura, se sostiene en los siguientes argumentos.

2. El único cargo del casacionista, consistió en que: en la sentencia de segunda instancia impugnada, dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, se contravino el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante, COFJ), porque al aplicar al caso la agravante prevista en el artículo 47.5 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante, COIP), que jamás hizo parte de la acusación de la Fiscalía, el Tribunal *ad quem* actuó en contra del principio dispositivo y le impuso una pena superior a la que debía corresponderle.
  
3. El cargo de Christian Fabián Mora Cedeño, sintetizado en el párrafo precedente, cumple con los requisitos que la casación exige, puesto que ha identificado cuál es la norma jurídica que fue violada, la modalidad en la que ocurrió dicha violación; y, el efecto que aquella habría provocado en la decisión de la causa. Ahora, la contravención expresa de la ley <sup>a</sup> (...) *se produce cuando en forma franca y directa se quebranta el precepto legal: no aplicándola, aplicándola solamente en parte o aplicando una norma no vigente (...)*<sup>17º</sup>. Mientras que, el artículo que se acusa fue contravenido expresamente, establece que: <sup>a</sup> *Art. 19.- PRINCIPIOS DISPOSITIVO, DE INMEDIACION Y CONCENTRACION.- Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la leyº.* (Énfasis añadido).
  
4. En la sentencia de segunda instancia impugnada, en lo que atañe al cargo del casacionista, se indicó que:

---

17 La jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, así se ha pronunciado, recogiendo las palabras del jurista Luis Cueva Carrión, en <sup>a</sup> *La Casación en Materia Penalº*, Tomo III, Quito, 1995, p. 185. Véase, a modo de ejemplo, la sentencia dictada en el juicio N.º 12282-2014-0888, el 6 de junio del 2019.

(...) *La reincidencia no está considerada como una circunstancia agravante, si bien se encuentra establecida para la modulación de la pena pero no como una circunstancia agravante de la infracción (...) De la revisión de autos encontramos que son varias las personas que han participado en este delito y en el presente caso se ha sentenciado a dos personas por el Art. 189 inciso 1 del COIP en el grado de autores, lo cual es incorrecto ya que el Tribunal de primera instancia debió considerar esta agravante, aplicar el máximo de la pena prevista en el tipo penal aumentada en un tercio y considerar su participación en calidad de coautores.*

5. Como se desprende de la cita en el párrafo que antecede, el Tribunal de Apelación rechazó correctamente la solicitud de la Fiscalía, puesto que el pasado judicial de los procesados no puede ser considerada una agravante no constitutiva del tipo penal, esta acción está vetada con sustento en el artículo 11.2 de la Constitución<sup>18</sup>, disposición constitucional que consagra el principio de igualdad y la prohibición de discriminación. Luego, en cuanto a la aplicación de la agravante contenida en el artículo 47.5 del COIP: <sup>a</sup> *Cometer la infracción con participación de dos o más personas*<sup>o</sup>, el Tribunal *ad quem* aceptó aplicar la agravante, pese a que esta no fue parte de la acusación presentada por la Fiscalía en la audiencia de formulación de cargos.
  
6. Respecto de la aplicación de las agravantes en materia penal, la Corte Constitucional, en el párrafo 24 de la sentencia N.º 53-20-IN/21, de 1 de diciembre de 2021, manifestó que:

**24. En particular, las circunstancias agravantes tienen que ver con el aumento de la responsabilidad criminal. La configuración legislativa de los elementos agravantes, del mismo modo que la tipificación de delitos, es un asunto que compete a la**

---

<sup>18</sup> <sup>a</sup> Art. 11.- *El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:*

2. *Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, **pasado judicial** (...); ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación*<sup>o</sup>. (Énfasis añadido).

*Asamblea Nacional. No obstante, su establecimiento debe respetar siempre los límites jurídico-penales que impone el ordenamiento constitucional.*

7. Por su parte, el artículo 596 del COIP, prescribe que:

*Art. 596.- Reformulación de cargos.- Si durante la etapa de instrucción, los resultados de la investigación hacen variar justificadamente la calificación jurídica de la imputación hecha en la formulación de cargos, la o el fiscal deberá solicitar a la o al juzgador, audiencia para motivar la reformulación de cargos. Realizada la reformulación, el plazo de la instrucción se incrementará en treinta días improrrogables, sin que la o el fiscal pueda solicitar una nueva reformulación.*

8. Si existen reglas procesales que contemplan la posibilidad de que la Fiscalía reformule cargos durante la etapa de investigación de un proceso penal, lo lógico es admitir que, dentro de esta oportunidad que se le ofrece al órgano acusador de ajustar jurídicamente su acusación, también se presenta, en contrapartida, la obligación de desarrollar su actuación según los límites sustantivos que la misma Fiscalía ha establecido. Es inconcebible que, en un sistema acusatorio adversarial, regido por los principios de oralidad, inmediación, contradicción y dispositivo <sup>19</sup>, los Jueces presenten iniciativas punitivas incompatibles con la acusación planteada por la Fiscalía <sup>20</sup> actuación judicial propia del sistema penal inquisitivo <sup>21</sup>, puesto que este tipo de intervención perjudica al procesado, quien no ha podido, durante el proceso, advertir las circunstancias jurídicas que le serían imputadas, más adelante en el juicio, por parte de la autoridad jurisdiccional.

9. Este problema jurídico, ya fue abordado dentro del proceso penal N.º 17721-2013-1879,

---

<sup>19</sup> <sup>a</sup> Art. 168.- *La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:*

*6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo<sup>o</sup>. (Énfasis añadido).*

en el que el Tribunal de Juicio de la Corte Nacional de Justicia  $\pm$ juicio por fuero en contra de José Cléver Jiménez Cabrera Y Fernando Alcibíades Villavicencio Valencia, por el presunto delito de divulgación o utilización fraudulenta de la información pública $\pm$ , absolvió a los procesados, sustentando su decisión en la argumentación que a continuación se detalla:

*El juicio es la etapa principal del proceso. Se sustancia sobre la base de la acusación fiscal. En las etapas previas al juicio, el fiscal puede, con sustento en los indicios recabados durante la investigación, emitir un dictamen abstentivo o acusatorio, según lo prescribe el artículo 600 del Código Orgánico Integral Penal. **Si acusa, la acusación debe sostenerse durante el desarrollo íntegro del proceso penal ordinario, puesto que no es una mera formalidad que baste constatarse para dar inicio al proceso, sino que constituye la expresión institucional dirigida a identificar y procesar a los presuntos responsables de una conducta penalmente reprimida.** (...) el profesor Juan Mendoza Díaz reflexiona lo siguiente: Varios códigos procesales de nuestro Continente siguen vinculados a la tradicional fórmula de la desvinculación, que posibilita que el tribunal pueda sancionar por un delito más grave que el que fue objeto de la imputación, siempre y cuando "alerte" al acusado sobre el particular. No obstante, no es común encontrar una plasmación clara de si la decisión del fiscal de pedir la absolución o retirar la acusación, tiene efectos vinculantes para el tribunal. Ante la ausencia de una diáfana regulación al respecto es factible presumir que tal determinación no vincula al tribunal, a partir de la prevalencia del principio *iura novit curia*, que fundamenta la tesis de desvinculación. El Código de Procedimiento de Perú, del 2004, tomó partido por favorecer la posición vinculante del fiscal, de tal suerte que la decisión de retirar la acusación puede ser cuestionada por el tribunal, sometiéndola al criterio del superior jerárquico en la escala del ministerio público, pero en el entendido que la decisión de dicha autoridad tiene un efecto vinculante para el tribunal, quien debe disponer el sobreseimiento definitivo de la causa. La más reciente norma procesal de nuestro hemisferio, el Código Procesal Penal de la Nación argentina, puso fin a los debates de la doctrina de ese país sobre este tema, disponiendo que el tribunal está obligado a decretar la absolución del*

acusado, cuando así lo haya solicitado el ministerio público. Como se puede observar de las referencias antes mencionadas, no existe claridad normativa al momento de regular la posición que puede adoptar el fiscal al final de la etapa del juicio oral, y se habla indistintamente de "solicitud de absolución" o "retirada de la acusación", cuando dejamos sentado desde el inicio de este trabajo, que se trata de dos posiciones procesales distintas. **Lo que si queda absolutamente claro es que esta nueva generación de normas procesales han apostado por un fortalecimiento del principio acusatorio, convirtiendo en vinculante la decisión liberadora que adopte la fiscalía con relación al acusado.** A modo ejemplificativo también conviene citar el caso colombiano, en razón de la afinidad que existe en materia procesal penal con nuestra legislación, situación que es retratada por la doctora Ángela María Buitrago Ruiz, de la siguiente manera: Para poder abordar todos estos aspectos debemos afirmar que hay que observar y referirnos a otras figuras que contempla la ley procesal colombiana. Debemos aseverar que no existe normatividad en concreto que se refiera al retiro de la acusación y, por ende, es necesario analizar los mecanismos que pueden asemejarse a un retiro de acusación como sucede con la preclusión de investigación, así como a lo previsto en el artículo 448 de la Ley 906: "El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena", dado que la misma jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha utilizado esta terminología en sus autos, como se puede advertir en algunas decisiones a este respecto. (...) A pesar de las respuestas disímiles que brindan los diferentes tribunales internacionalmente, **frente a la posición jurídica que ha adoptado Fiscalía en el presente caso, con sustento en la naturaleza acusatorio del proceso penal, se puede afirmar que cuando se retira la pretensión punitiva en audiencia de juicio, en Ecuador los juzgadores deben ratificar inmediatamente el estado de inocencia de los procesados, sin que puedan valorar el acervo probatorio puesto eventualmente en su conocimiento. Esto ocurre porque el juzgador no puede sobrepasar los límites fijados por la acusación, ya que el ejercicio de sus funciones radica en espacios diferentes en atención al principio de independencia interna de las funciones del Estado (...).**

10. De esta forma, se constata que existe respaldo normativo y jurisprudencial, que avala la tesis de que los pronunciamientos de los Juzgadores Penales deben respetar los contornos jurídicos de la acusación fiscal. Excederlos, vulnera el derecho a la defensa del procesado, quien debe afrontar una calificación jurídica de los hechos que no era razonablemente deducible, puesto que las agravantes que se le aplican no eran constitutivas del tipo penal por el que fue investigado y procesado.
11. Por todo lo antedicho, se verifica que el cargo del accionante sí es procedente, por cuanto el Tribunal de Apelación, con su decisión, vulneró, por contravención expresa, el artículo 19 del COFJ, en concordancia con el artículo 168.6 de la Constitución, lo que provocó que se aplicara la agravante no constitutiva del tipo, prevista en el artículo 47.5 del COIP, misma que no hacía parte de la acusación fiscal inicial. Los efectos de esta violación tuvieron incidencia en la decisión de la causa, puesto que el casacionista fue condenado a una pena sustancialmente superior a la que legalmente le correspondía, siendo evidente que una pena privativa de la libertad de 9 años y 3 meses por el robo de un celular y 40 USD, es en exceso, desproporcionada.
12. En conclusión, es mi criterio que, en el presente caso, se debía: **(i)** aceptar el recurso de casación de Christian Fabián Mora Cedeño; y, **(ii)** corregir la violación a la ley precisada en el párrafo precedente, condenando al procesado a la pena privativa de la libertad de 5 años de prisión.

**CONJUEZ NACIONAL (PONENTE)**

LOAYZA ORTEGA PABLO FERNANDO

**CONJUEZ NACIONAL**

GUILLEN ZAMBRANO BYRON

**JUEZ NACIONAL**