

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL
POLICIAL Y TRÁNSITO

JUICIO PENAL No. 0534-2012

RESOLUCION No. 1131-2013

IMPUTADO: ECHEVERRIA RECUENCO ANGEL ERNESTO

OFENDIDO: YUMBO LOPEZ SARA LEONILA

RECURSO: CASACION

POR: TENTATIVA DE VIOLACION

CONJUEZ PONENTE: DOCTOR EDGAR WILFRIDO FLORES MIER

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA

DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.- QUITO

Septiembre 26 de 2013. Las 10H00.



Proceso: 534-2012

VISTOS: ANTECEDENTES:

El procesado Ángel Ernesto Echeverría Recuenco, interpone recurso de casación de la sentencia dictada el 3 de mayo de 2012 por la Sala de Conjueces de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, que confirma en todas sus partes la sentencia condenatoria dictada el 16 de marzo de 2012 por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte del mismo Distrito, que *"declara la culpabilidad del procesado ÁNGEL ERNESTO ECHEVERRÍA RECUENCO...como autor del delito de violación en el grado de tentativa, inculpatado por los Arts. 512, 513 numeral 3, en relación con los Arts. 16 y 46 del Código Penal, por lo que en aplicación de los mismos se le impone la pena peculiar de CUATRO AÑOS de reclusión mayor extraordinaria, equivalente a un tercio de la que se habría impuesto, si el delito se hubiere consumado...."*. Una vez que se ha agotado el trámite previsto en los Arts. 352 en relación con el Art. 345 del Código de Procedimiento Penal, para resolver se considera:

PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución N° 03-2013 de 22 de julio de 2013, integró sus seis Salas Especializadas conforme lo dispone el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial, sustituido por el artículo 8 de la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 17 de julio de 2013. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, tenemos competencia para conocer el presente proceso según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, y 9 de la Ley Reformatoria invocada. Por lo expuesto, avocamos conocimiento de la causa, por sorteo realizado la doctora Ximena Vintimilla Moscoso, tiene el cargo de

Jueza Ponente según el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial; quien por estar con licencia, actuando en su remplazo el doctor Edgar Wilfrido Flores Mier, conforme se desprende del oficio No.-1527-SG-CNJ-2013, suscrito por el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia y conforme al numeral 2) del Art. 201 del Código Orgánico de la Función Judicial; además integran el Tribunal los doctores: Paúl Íñiguez Ríos y Wilson Merino Sánchez, Jueces Nacionales.

SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.

El recurso de casación ha sido tramitado conforme las normas procesales de los Arts. 352 y 345 del Código de Procedimiento Penal; asimismo se ha aplicado lo que dispone el Art. 76, número 3) de la Constitución de la República del Ecuador, por lo que se declara su validez al no haberse verificado la existencia de violaciones de procedimiento que puedan afectar su eficacia procesal.

TERCERO: ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA IMPUGNADA.

Mediante parte policial realizado por el policía Judicial Luis Ramos Carrión, se conoce que en el sector La Morera del cantón Pallatanga, se había producido un presunto delito de intento de violación, trasladándose inmediatamente al lugar donde se han encontrado varias personas, entre ellas Sara Leonila Yumbo López, quien le ha narrado que a eso de las 16H00 Ángel Ernesto Echeverría Recuenco, le ha intentado violar, logrando llamar a su esposo, quien había llegado en compañía de otras personas, y al reclamarle lo sucedido a Echeverría acerca de la agresión a su esposa, éste le había agredido, observando en su cabeza y parte del cuerpo manchas de sangre, así como en el piso y corredor de la vivienda; Ángel Ernesto Echeverría Recuenco, ha manifestado a los policías que él en ningún momento intentó violar a Sara Yumbo, por el contrario ha sido ella y el esposo quienes han tratado de agredirle con un palo y un machete, por lo que actuó en defensa propia.

La Fiscalía como elementos y resultados de la investigación, ha realizado el examen médico ginecológico a la agraviada por parte del doctor Jaime Vela,

quien certifica que aparentemente no hubo penetración del miembro viril en la humanidad de la examinada. Ernesto Echeverría también ha sido valorado en el Sub Centro de Salud, en donde la doctora Alexandra Londo,  certifica que a nivel de región externa del brazo izquierdo, existen rasguños de unos tres centímetros de longitud, y en la espalda presencia de zona eritematosa y equimosis de unos seis centímetros. Con estos elementos el fiscal de Pallatanga, inicia la instrucción fiscal en contra de Ángel Ernesto Echeverría Recuenco, por el presunto delito de violación en el grado de tentativa, contemplado en el Art. 512 numeral 3, sancionado por el Art. 513 del Código Penal, pidiendo como medidas cautelares las señaladas en el Art. 160 numerales 4 y 10 del Código de Procedimiento Penal, lo que es acogido por el Presidente de la Corte Provincial de Justicia, en razón del fuero, ya que el procesado ha demostrado legalmente ser concejal del cantón Pallatanga.

El Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, acogiendo el dictamen fiscal, acorde con lo previsto en el Art. 232 del Código de Procedimiento Penal, dicta auto de llamamiento a juicio en contra de Ángel Ernesto Echeverría Recuenco, por considerarle presunto autor del delito de tentativa de violación, tipificado en el Art. 512 numeral 3, sancionado por el Art. 513, en relación con el Art. 16 inciso primero del Código Penal; ordena el embargo de los bienes hasta por la suma de dos mil dólares, notificando al Registrador de la Propiedad del cantón Pallatanga. De esta resolución el procesado ha interpuesto el recurso de nulidad, el cual ha sido negado por la Sala de Conjuces de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo.

Remitido el expediente a la Sala Especializada de lo Penal y una vez celebrada la audiencia reservada con la intervención de los sujetos procesales, así como de los testigos de cargo y de descargo, la Sala con el testimonio de la ofendida Sara Yumbo y los testimonios de: Lcda. Verónica Villegas y la Dra. Jacqueline Lorena García Solórzano, quienes han realizado los exámenes de ADN y psicológico respectivamente, declaran la culpabilidad de Ángel Ernesto Echeverría Recuenco, como autor del delito de violación en el grado de tentativa, "incriminado por los Art. 512, 513, numeral 3, en relación con los Arts. 16 y 46 del Código Penal, por lo que en aplicación de los mismos, se le impone la pena peculiar de CUATRO AÑOS de reclusión mayor extraordinaria,

equivalente a un tercio de la pena que se le habría impuesto, si el delito se hubiere consumado...". De esta sentencia el procesado Ángel Ernesto Echeverría Recuenco, interpone recurso de apelación ante la Sala de Conjuces de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, Tribunal de Apelación que confirma en todas sus partes la sentencia recurrida. No conforme con esta resolución el procesado interpone el recurso de casación.

CUARTO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

4.1. INTERVENCIÓN DEL RECURRENTE.-

El abogado Telmo Tixi Lucero, en representación del recurrente Ángel Ernesto Echeverría Recuenco, dentro del término legal y al tenor de lo dispuesto en el Art. 352 del Código de Procedimiento Penal, luego de realizar una especie de alegato haciendo alusión a la prueba existente en el proceso; y, concretando la fundamentación del recurso, señala que se ha hecho una indebida aplicación y errónea interpretación de los Arts. 512, 513 inciso tercero (sic), en relación con los Arts. 16 y 46 del Código Penal; pues su defendido ha mantenido una relación sentimental con la señora Sara Yumbo y que, precisamente el día de los hechos se estaba poniendo fin a la misma, razón por la cual su defendido ha sido amenazado por parte de la supuesta agraviada, quien en compañía de su esposo David Chávez y otros familiares han procedido a agredirle, viéndose en la necesidad de repeler la agresión con un palo. Que dentro del examen médico legal practicado por el doctor Jaime Vela en la persona de la supuesta ofendida, no consta ningún signo de agresión física, basándose la Sala únicamente en el testimonio de la ofendida y el examen psicológico que es una narración de los hechos dada por la ofendida.

Que existe una interpretación extensiva de la ley, ya que su defendido no cometió ninguna tentativa de violación, conforme lo han calificado los señores Jueces de la Sala en los términos de los Arts. 512, 513, 16 y 46 del Código Penal, ya que el delito no está configurado al tipo penal referido. Que la prueba no ha sido valorada conforme lo disponen los Arts. 85, 86, 87 y 88 del Código de Procedimiento Penal, por lo que la sentencia carece de motivación según el Art. 76.7 de la Constitución de la República.

De otro lado, la defensa alega que dentro del proceso se han justificado ~~varias~~ ^{11 once} atenuantes que no han sido consideradas por el juzgador, por lo que ~~no existe~~ ^{se confirma} la proporcionalidad en la pena impuesta. Para concluir solicita se confirme la inocencia de Ángel Ernesto Echeverría Recuenco, por cuanto no se ha probado la existencia del delito que se le acusa.



4.2. INTERVENCIÓN DE LA FISCALÍA.-

La abogada Paulina Garcés, delegada del señor Fiscal General, manifiesta en lo principal: Conforme a la disposición del Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, el recurso de casación es extraordinario y formal, no se trata de venir hacer una reformulación de hechos como ha realizado la defensa del acusado Ángel Ernesto Echeverría Recuenco; por lo tanto, no se ha fundamentado el recurso de casación. Que el ejercicio de la acción penal no está en función del número de pruebas, sino en base de los principios de inmediación y contradicción de las pruebas practicadas dentro de la audiencia de juicio y que, a quien corresponde la calificación jurídica de los hechos es al ente juzgador.

Que en esta audiencia no se está discutiendo las relaciones extramatrimoniales de Sara Yumbo o del procesado Ángel Ernesto Echeverría Recuenco, ya que conforme lo dispone el Art. 528.16 del Código Penal, el comportamiento público o privado de la víctima en los delitos sexuales, es irrelevante; lo que sí está demostrado es que en el día y hora la víctima estuvo junto al agresor y aquí no se ha demostrado que la prueba sea impertinente o no se haya ordenado conforme a la ley. El ataque sexual es un delito grave, luego del de la muerte, por eso mismo el testimonio de la víctima tiene especial relevancia en los delitos sexuales y así lo ha considerado la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo.

También señala que las únicas atenuantes que pueden ser consideradas en los delitos sexuales, son aquellas señaladas en el Art. 29.1 del Código Penal, sin que esto haya ocurrido en el presente caso, por lo que la pena impuesta es la correcta y en aplicación del Art. 46 del Código Penal, que es de uno a dos tercios de la pena si el delito llega a consumarse.

Para terminar la Fiscalía sostiene que en el presente caso, la sentencia está legalmente motivada, existiendo incluso un doble conforme. Solicitando a este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, deseche el recurso de casación por improcedente.

4.3. RÉPLICA.-

La defensa del acusado insiste en que su defendido desde el comienzo colaboró con la justicia y que jamás ha huido, y por lo mismo está presente en esta audiencia, él es inocente. Que el doctor Vela, médico que tuvo el primer contacto con la supuesta víctima determina que no existen signos de agresión física, lo cual puede verificarse con su informe de fs. 1 a 3 de los autos.

4.4. INTERVENCIÓN DEL PROCESADO ÁNGEL ERNESTO ECHEVERRÍA RECUENCO.-

Ángel Ernesto Echeverría Recuenco, dentro de lo más destacable de su intervención expuso: que desde hace algunos años venía manteniendo una relación extramatrimonial con Sara Yumbo, quien se había separado de David Chávez su esposo; que el día en que sucedieron los hechos él estaba poniendo fin a esta relación amorosa, reaccionando Sara Yumbo de manera agresiva y amenazándole que le iba hacer daño porque lo iba acusar de violación. Llegando al lugar al poco tiempo acompañada de su esposo y otros familiares que empezaron a agredirlo, cogiendo un palo de escoba y rompiéndole la cabeza a David Chávez; que en esta pelea en verdad le rompieron la camiseta que llevaba puesta y también recibió algunos golpes.

Que lamentablemente su abogado defensor cuando empezó este problema le había dicho que se acoja al derecho del silencio, lo cual le ha perjudicado enormemente, pero que ahora está diciendo la verdad. Que ese día jamás intentó abusar de Sara Yumbo, con quien anteriormente si había tenido relaciones sexuales y más bien, ella luego de este problema ha tratado de extorsionarle pidiéndole la suma de veinte mil dólares. Que lo único que pide ahora es que se haga justicia.

QUINTO: VALORACIÓN JURÍDICA Y MOTIVACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.



5.1.- DEL RECURSO DE CASACIÓN.- La casación al ser un medio de impugnación extraordinario, está sometida a restricciones para su procedencia, se ha configurado en interés de la ley para un control de legalidad de la sentencia impugnada. En tal virtud, el recurso de casación constituye un instrumento protector de los derechos humanos y de las garantías constitucionales de los sujetos procesales, teniendo como objeto alcanzar la justicia y recuperar la paz social. Asimismo, la casación constituye una manifestación del ejercicio del derecho de impugnación, garantizado en el artículo 76.7.m de la Constitución de la República, en relación con el artículo 8.2 literal h) de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que señala: *"Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: "...derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior"*, norma que guarda concordancia con el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece: *"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 lo prescrito por la ley"*.

En la casación penal hay que tener en cuenta que lo que procede es el examen de la sentencia recurrida, para determinar posibles violaciones en ella a la ley, ya por haberse contravenido expresamente a su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de la misma; ya, en fin, por haberla interpretado erróneamente, como dispone el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal. El Recurso de Casación es especial y extraordinario, el mismo que tiene como objeto de estudio la sentencia, sin relación con la prueba actuada, impidiendo una nueva apreciación de las pruebas que han sido consideradas por el juzgador en la sentencia, sin que tampoco pueda realizarse un nuevo estudio del proceso, como ha sido el criterio mantenido por la jurisprudencia de la Ex Corte Suprema y actual Corte Nacional de Justicia. No obstante, cuando el juzgador comete errores de derecho en la valoración de la prueba, procede su corrección.

5.1.1. Los objetivos del recurso de casación se contraen a tres: el imperio de la ley, es decir la aplicación correcta; la uniformidad de la jurisprudencia, para que los jueces den igual interpretación a igual ley y en iguales circunstancias; y, la rectificación del agravio inferido a una de las partes procesales. Sin dejar de mencionar que a través del recurso de casación, el Estado vela por la aplicación correcta del Derecho, sin que importe el interés del agraviado, sino el interés del Estado para la vigencia efectiva de los derechos y garantías establecidos en la Constitución de la República y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

5.1.2. La sentencia no es simplemente un documento suscrito por el juez sino el resultado de una génesis que tiene lugar en dos planos diversos: **el objetivo**, que es propiamente el proceso considerado en sentido jurídico, integrado por las varias etapas que la ley contempla, y **el subjetivo**, que corresponde a la operación mental efectuada por el fallador, en cuyo fondo lógico hay un silogismo que tiene como premisa mayor la norma general y abstracta de la ley, por premisa menor los hechos controvertidos y por conclusión la parte resolutive del fallo, que se constituye en mandato concreto, obligatorio para quienes fueron partes dentro del proceso.

5.2. PRETENSIÓN DEL RECORRENTE.- En el presente caso, la defensa del recurrente Ángel Ernesto Echeverría Recuenco, principalmente alegó que el Tribunal de Alzada, al dictar la sentencia ha violado la ley, al haber hecho una "indebida aplicación y errónea interpretación" de los Arts. 512 y 513 inciso tercero (sic), en relación con los Arts. 16 y 46 del Código Penal; al respecto cuando se habla de aplicación indebida, ocurre cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado por el juez, sin embargo se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla; y, cuando se refiere a la errónea interpretación equivale a error del verdadero sentido de la norma al señalado por el legislador. No puede al mismo tiempo alegarse aplicación indebida y errónea interpretación, ya que estas infracciones a la ley son independientes, excluyentes y contradictorias. Por tanto, es obligación del recurrente en casación precisar, en forma clara y concreta, tales infracciones. Por ejemplo: ¿En la especie existe aplicación indebida de los Arts. 512 y 513 del Código Penal en la sentencia? o, por el contrario, ¿lo que existe es errónea



interpretación de dichas normas?, por lo tanto, la fundamentación del recurso de casación no cumple con estas exigencias y por lo mismo resulta del todo improcedente. Esta observación respecto de la interposición del recurso de casación, exige precisar que la correcta formulación del recurso obliga a una mínima actividad técnico-jurídica que permita identificar con precisión la causal invocada que luego, por el principio dispositivo (art. 168.6 de la Constitución de la República¹ y art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial²) debe ser fundamentada por el casacionista quien pretende enervar el valor de la sentencia impugnada, es más el Art. 513 del Código Penal no tiene inciso tercero como erróneamente lo manifiesta el defensor del recurrente. Enunciando también como normas infringidas lo dispuesto en los Arts. 85, 86, 87 y 88 del Código de Procedimiento Penal, sin determinar la modalidad de la infracción en cualquiera de las formas previstas en el Art. 349 Ibídem.

5.2.1. Pese a que el recurrente no identifica la modalidad de violación de la ley en la sentencia, este Tribunal de Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con la facultad conferida por el art. 358 del Código de Procedimiento Penal puede declarar con lugar el recurso pese a que el ciudadano ha equivocado la fundamentación, para aquello corresponde entonces al Tribunal realizar este examen de conformidad entre la sentencia y la ley.

El tipo penal por el que se dicta condena en contra del ciudadano Ángel Ernesto Echeverría Recuenco, es la de delito sexual de violación en el grado

¹ 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.

² 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 ley. Sin embargo, en los procesos que versen sobre garantías jurisdiccionales, en caso de constatare la vulneración de derechos que no fuera expresamente invocada por los afectados, las juezas y jueces podrán pronunciarse sobre tal cuestión en la resolución que expidieren, sin que pueda acusarse al fallo de incongruencia por este motivo. Los procesos se sustanciarán con la intervención directa de las juezas y jueces que conozcan de la causa. Se propenderá a reunir la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos, para lograr la concentración que contribuya a la celeridad del proceso.

de tentativa, tipificado en el Art. 512.³ y sancionado en el art. 513⁴, en relación con los Arts. 16⁵ y 46⁶ del Código Penal Vigente, por el que se le impone la pena privativa de libertad de cuatro años de reclusión mayor extraordinaria.

5.3. ANÁLISIS DE LA TENTATIVA.- A fin de ubicar el tipo penal acusado en el grado de tentativa, es necesario que el Tribunal de la Sala, establezca algunas precisiones: Como todo acontecimiento en el mundo de los fenómenos sociales responde a un efecto y ese efecto a una causa que puede ser desarrollada y elaborada, es decir que debe tener un camino de recorrido; igual acontece con los hechos delictivos, éstos no surgen espontáneamente, sino que son el resultado de varias fases o etapas, lo que se conoce como el *iter criminis*, que transcurre desde el momento en que el sujeto activo idea su comisión hasta que se logra su consumación, tiempo que puede ser variable en función de las circunstancias que rodean el hecho delictivo. La doctrina distingue dos fases a través de las cuales discurre el delito: *fase interna* y *fase externa*; la primera constituida por los pensamientos que por muy malos que sean son intrascendentes para el derecho penal, porque solo afectan al fuero interno, a la conciencia del sujeto; y, la segunda fase, que *"consiste en la realización de la resolución criminal. Es preciso constatar dos aspectos: la existencia de una voluntad criminal y que ésta voluntad criminal haya sido exteriorizada, es decir, que se realicen actos que se puedan percibir desde el exterior. Se diferencian dos momentos en la fase externa, que son trascendentes para la legitimación de la intervención punitiva del Estado, esto es, fundamentan la punibilidad: la realización de actos preparatorios (en principio, impunes) y la de actos*

³ Art. 512.- Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o, la introducción, por vía vagina o anal, de los objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos:
3. Cuando se usare de violencia, amenaza o intimidación.

⁴ Art. 513.- El delito de violación será reprimido con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, en el número 1 del artículo anterior; y, con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años, en los números 2 y 3 del mismo artículo.

⁵ Art. 16.- Quien practica actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito, responde por tentativa si la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica.

⁶ Art. 46.- Los autores de tentativa sufrirán una pena de uno a dos tercios de la que se les habría impuesto si el delito se hubiere consumado. Para la aplicación de la pena se tomará necesariamente en consideración el peligro corrido por el sujeto pasivo de la infracción y los antecedentes del acusado.



ejecutivos (punibles en tanto que suponen el comienzo de la tentativa). Es importante distinguir entre los actos preparatorios y los actos ejecutivos, tema que no ha sido nada fácil para la doctrina y la jurisprudencia, siendo aplicable en la actualidad aquella teoría que considera: el plan del sujeto activo, la descripción de la acción típica (interpretación literal de la ley), así como el criterio de inmediatez del peligro que el comportamiento del autor supone para el bien jurídico protegido. De acuerdo a la disposición del Art. 16 del Código Penal, esta teoría encaja con la descripción que se da de la tentativa, al mencionar que "Quien practica actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito...", es decir, debe existir un plan y éste debe haberse empezado a ejecutar por parte del sujeto activo, con clara intención de atentar contra el bien jurídico protegido (en este caso la libertad sexual), y esto tiene que ser de forma incuestionable e indiscutible. En definitiva para que se configure la tentativa deben existir actos exteriores de ejecución, que objetivamente conduzcan a producir el resultado, que por causas ajenas a la voluntad del autor no llega a consumarse.

Al respecto, el profesor Vannini citado por Lisandro Martínez, enseña: "...Sólo hay tentativa cuando ya se ha empleado la violencia o la amenaza en forma efectiva, real, inequívoca, idónea, dirigida a la realización del acceso. Respecto del momento inicial, tratándose de un delito en forma vinculada y con conducta compleja, se fija en el primer acto de violencia o amenaza dirigido en manera no equívoca a constreñir al sujeto pasivo a la conjunción carnal, e idónea, concretamente a constreñirlo hasta que tal acto de violencia o amenaza no se cumpla, la conducta del agente no es punible a título de tentativa aun cuando sea directa e idónea para la ejecución del delito... De lo dicho surge igualmente que, si bien es cierto que se requiere que la violencia se inicie, no todo empleo de ella basta para configurar la tentativa. Punto de partida imprescindible para el estudio de estos casos debe ser la configuración de la demostración clara de que el sujeto activo tuvo la finalidad específica de lograr el acceso carnal con la víctima. En ocasiones, el sujeto activo manifiesta, aun con palabras su aspiración de acceso. No habrá dificultad entonces en determinar su finalidad

⁷ Cfr. Martínez González María Isabel y Núñez Castaño Elena. *Nociones Fundamentales de Derecho Penal*. Editorial Tecno. Madrid, 2010. Pág. 317.

concreta. En otras, le manifiesta a la víctima su más modesta finalidad circunscrita, por ejemplo, el acto femoral, en esta hipótesis debe descartarse la tentativa de violencia y debe pensarse en abusos deshonestos. Ya desde el punto de vista probatorio, los escollos son múltiples para distinguir entre la tentativa y los abusos deshonestos. Nosotros, consecuentes en los planteamientos hechos al hablar de la prueba del dolo, creemos que debe partirse, en estos casos más que en cualesquiera otros, de la base práctica de resultado. Si hubo acceso, debe pensarse sobre decirlo en el dolo. Pero si no lo hubo, salvo prueba en contrario de finalidad concreta de acceso la imputación debe limitarse a abusos deshonestos". Y al hablar de la idoneidad según Vaninni Contieri y Rittler, citados por Lisandro Martínez (página 341) señala "...los actos ejecutados deben ser idóneos, entendiéndose por tal la posibilidad a priori de realizar con ellos la consumación del delito, habiéndose de tener en cuenta todas las circunstancias en que se desarrollaron los actos"⁸.

5.4. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA.- En la especie la Sala de Alzada incurre en error de derecho al calificar los hechos como tentativa de violación, cuando expresa que: el testimonio de la ofendida ha referido que "mediante actos de violencia intentó abusar sexualmente, aunque manifestó que tuvo la sensación que el procesado le penetró...indica que Echeverría le manifestó estar enamorado de ella, conociéndole porque iba a comprar materiales para la construcción de su casa; señala que en esta ocasión no ingresó por su voluntad y que el propósito de Echeverría ha sido abusar de ella; expresa haber sentido que si hubo penetración"; Lcda. Verónica Villegas, perito que ha realizado la experticia de ADN en las prendas brazier y calzón de la ofendida, "...ha encontrado el perfil genético de la señora Sara Yumbo López...no haber encontrado perfil genético de Echeverría en las prendas de la señora Sara Yumbo López"; doctora Jacqueline Lorena García Solórzano, indica "haber practicado una amnesis y entrevista psicológica a Sara Yumbo, quien relató los hechos suscitados el 23 de febrero del 2011, estableciendo en su informe que Sara Yumbo presenta síntomas de ansiedad y depresión grave...con sus funciones mentales normales orientada en tiempo y espacio"; doctora Dora Alexandra Londo Auquilla, profesional médico que ha sido la primera persona que ha examinado a la señora Sara Yumbo en el mes de febrero en horas de la noche, "...el examen ginecológico practicado a la señora Yumbo

⁸ Derecho Penal Sexual. Editorial Temis, Bogotá-Colombia. 1993, página 338

15
quince



indica haber encontrado una secreción amarillenta de olor fétido y que le encontró normal. Es importante destacar que en la sentencia no se considera el testimonio del doctor Jaime Vela, médico perito que también ha realizado la experticia ginecológica a la señora Sara Yumbo a tres horas de sucedidos los hechos, señalando "...al examen físico ha encontrado un hematoma en el brazo izquierdo y en el área vaginal ninguna lesión, solamente una secreción blanquecina que ha sido sometida a exámenes de laboratorio y que ha dado como resultado la presencia de hongos y otras bacterias...", existiendo fundamentalmente violación al principio de unidad de la prueba, señalado en el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal, que en su parte pertinente dispone: "*Apreciación de la prueba.- Toda prueba será apreciada por el juez o tribunal conforme a las reglas de la sana crítica*". (lo resaltado fuera de texto).

En las condiciones relatadas, le corresponde a este Tribunal de Casación analizar si el juzgador, al valorar la prueba para determinar la existencia material de la infracción y la correspondiente responsabilidad del procesado, ha cumplido o no con el objeto y la finalidad de la prueba, así como, si ha utilizado de un modo correcto las reglas de la sana crítica, lo que no implica de ninguna manera, volver a valorar la prueba. En este sentido, el juez a-quem, no apreció la prueba de conformidad con las disposiciones de los Arts. 85, 86 y 87 del Código de Procedimiento Penal⁹, las mismas que son imperativas y se sujetan a las reglas de la sana crítica, que no son más que la lógica, la experiencia y el conocimiento, a la cual deben supeditarse los juzgadores, a fin de llegar a determinar con certeza la existencia material de la infracción y la responsabilidad del procesado Ángel Ernesto Echeverría Recuenco, en la participación de tentativa de violación, conducta por lo cual se lo condena, por tanto, no existe congruencia entre la causa, el efecto y la conclusión a la que arribó el Tribunal de Apelación, pues de las constancias procesales referidas en la sentencia se desprende, que la tentativa de violación no está comprobada

⁹ Art. 85. Finalidad de la Prueba.- La prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado.

Art. 86.- *Apreciación de la prueba.- Toda prueba será apreciada por el juez o tribunal conforme a las reglas de la sana crítica. Ninguna de las normas de este código, se entenderá en contra de la libertad de criterio que establece el presente artículo.*

Art. 87.- *Presunciones.- Las presunciones que la jueza o juez de garantías penales o tribunal de garantías penales obtenga en el proceso estarán basadas en indicios probados, graves, precisos y concordantes.*

conforme a derecho, consecuencia de dichas violaciones se hace una deficiente argumentación del fallo.

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. Si bien la estimación valorativa de las pruebas y las conclusiones fácticas de la sentencia son inatacables en casación, ésta sí controla el proceso lógico seguido por el juez en su razonamiento. El Tribunal de Casación realiza bajo este aspecto un examen sobre la aplicación del sistema probatorio establecido por la ley, a fin de custodiar la aplicación de las reglas de la sana crítica en la motivación de la sentencia, verificando si en su fundamentación se han observado las reglas de la lógica, del razonamiento y de la experiencia o conocimiento. La garantía de motivación consiste en que mientras por un lado se deja al juez en libertad de apreciación, queda en cambio obligado a correlacionar lógicamente los argumentos, demostrando su conclusión para prevenir la arbitrariedad.

De los recaudos procesales cabe analizar si el hecho así perpetrado, constituye tentativa del delito de violación al tenor de lo que disponen los Arts. 512 y 16 del Código Penal, o si el acto no llegó a ese grado, en el iter criminis, quedando únicamente en el de actos preparatorios o realizaciones exteriores, como conceptúa la doctrina, que en general, estos últimos, no son punibles, sino por excepción y que, en tratándose de los delitos sexuales, pueden convertirse en atentados impúdicos, o escapar a la tipificación. Es oportuno citar el criterio dado por la Sala Penal de la Ex Corte Suprema de Justicia sobre la tentativa de violación: *"Al darnos un concepto de la tentativa, el autor ecuatoriano Francisco Pérez Borja, en su conocida obra "Apuntes para el Estudio del Código Penal, página 29", emite estos criterios: "Hasta aquí hemos visto las condiciones, que podemos llamarlas positivas, necesarios para que exista tentativa: resolución de cometer un crimen o delito determinado; que esta resolución se manifieste en actos exteriores; y los actos exteriores deben constituir un principio de ejecución... puede que se hayan ejecutado todos los actos y no consumarse el delito, y también en este caso no tiene lugar la noción de la tentativa, pues entramos ya en el delito frustrado.- Para la tentativa el principio de ejecución; para el delito frustrado la ejecución completa, siendo esta la diferencia entre*



uno y otra, como lo veremos al analizar la infracción frustrada".- El autor Argentino Sebastián Soler en su obra Derecho Penal Argentino, Tomo Segundo, página 223 expone: "En este punto, el texto de nuestra Ley es claro determinante: requiere que con el propósito de cometer un delito determinado se comience su ejecución.- De esta noción se desprende que el simple acto preparatorio no es suficiente; que el comienzo de ejecución debe ser considerado con relación al delito propuesto... para la doctrina objetiva, la exigencia de un comienzo de ejecución es ineludible a fin de que pueda hablarse de tentativa: ello es lo que hace inequívoco el acto y lo que acredita idoneidad del medio empleado".- Finalmente el tratadista Argentino Carlos Creus en su obra Derecho Penal páginas 354 a 356 expresa: "La tentativa por lo tanto constituye la ejecución de un delito que se detiene en un punto de su desarrollo, antes de alcanzar el grado de consumación, es decir, antes de que se haya completado la acción como típica.- Por ello la tentativa no constituye un delito independiente (no hay delito de tentativa) sino una extensión del tipo, es decir, una ampliación de la imputación delictiva perfecta que el delito representa... comienzo de ejecución.- Desde un punto de vista natural, comienza la ejecución de algo el que inicia los actos tendientes a lograr esa finalidad en el mundo de las realidades; en otras palabras el que comienza a actuar: Pero desde este punto de vista el que realiza estos actos preparatorios en procura de algo también ha comenzado a actuar y por ello el problema básico de la tentativa es el de determinar jurídicamente cuando el actor no ha traspasado los límites del acto preparatorio (normalmente impune) y cuando ha penetrado en los autos ejecutivos, a partir de los cuales aparece la tentativa como presupuesto de la punibilidad legalmente consagrada... la formulación más extremosa de la primera quizá sea la que algunos denominan teoría formal objetiva, según la cual el acto ejecutivo requiere que se trate de un acto del cual pueda decirse que ha ingresado en el círculo de la acción expresado por el verbo principal del tipo (por ejemplo, comenzar a matar, comenzar a tener acceso carnal, a apoderarse); no puede haber tentativa de homicidio mientras el medio o instrumento letal no haya sido empleado contra la víctima, disparando el arma de fuego contra ella, lanzándole la puñalada, etc., ni habrá tentativa de violación mientras no haya existido por lo menos aproximación del órgano sexual masculino al orificio de penetración de la víctima; ni tentativa de

hurto mientras el actor no haya comenzado a sacar la cosa del ámbito de custodia".- Los criterios que anteceden ilustran al juzgador sobre las condiciones que deben cumplirse para que existiera la tentativa, a saber: a) principio de ejecución del hecho propuesto, ingresar en la órbita señalada por el verbo rector que configura el núcleo del delito, que en la violación, es el acceso carnal, de acuerdo con el Art. 512 del Código Penal y acceso es penetración del órgano masculino en la cavidad vaginal o anal, la tentativa tiene que llegar a este acto, al acceso, aunque no existiere penetración porque en este último caso, se consumaría el hecho, por lo menos tiene que existir aproximación del órgano sexual masculino al orificio de penetración de la víctima como lo manifiesta Creus; b) No consumación del hecho por causas extrañas a la voluntad del agente; c) Dolo de consumación, esto es voluntad de consumir el hecho".¹⁰ Examinado el caso materia del recurso, el encausado no llegó a tocar los órganos genitales de la víctima, menos a aproximar su miembro viril a la vagina de la misma, porque ni siquiera la propia agraviada está segura al decir "que tuvo la sensación que el procesado le penetró", para luego decir "que sí hubo penetración"; sin embargo de ello, los exámenes ginecológicos demuestran todo lo contrario, es más, el procesado abrió la puerta y permitió su retirada, es decir no cometió tentativa sino actos preparatorios o realizaciones externas, no punibles en este caso, aun a título de atentado impúdico, por no haber llegado a tocamientos en zonas eróticas de su víctima. Lo que sí está demostrado en el proceso es que el procesado en ningún momento tuvo el deseo de acceder carnalmente con la señora Sara Yumbo, pues de haberlo deseado tuvo el tiempo y la facilidad necesaria para hacerlo. En el presente caso, si bien es verdad que existen testimonios que aseveran que el acusado intentó violar a Sara Yumbo, tampoco es menos cierto que exista prueba irrefutable que tal ilícito no ocurrió, lo cual genera duda.

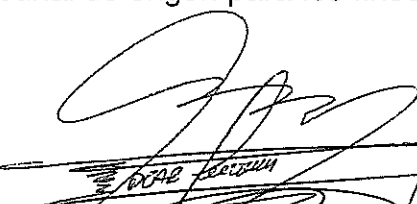
SEXTO: RESOLUCIÓN.-

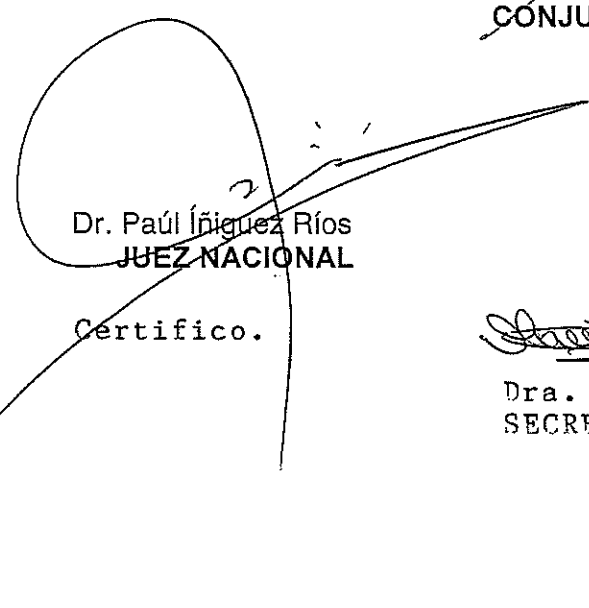
¹⁰ Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8. Página 2469.(Quito, 17 de diciembre de 2001)

17
17
Corte Nacional de Justicia
SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL
PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL
PENAL TRANSITO
SECRETARIA

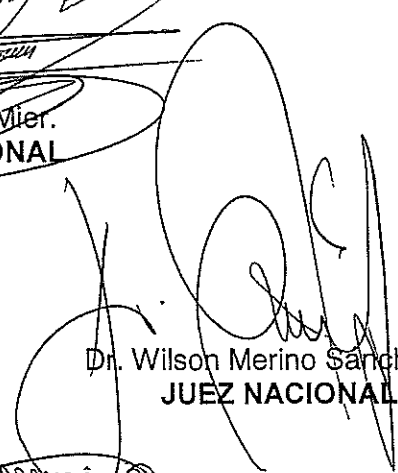
Por las consideraciones que anteceden, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA**, de conformidad con lo que dispone el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, **RESUELVE:**

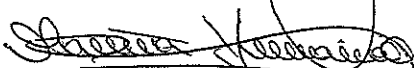
- 1.- Declarar improcedente el recurso de casación planteado por Ángel Ernesto Echeverría Recuenco, por falta de fundamentación; y,
- 2.- Conforme lo dispone el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, de oficio casar la sentencia dictada por la Sala de Conjuces de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, el 3 de mayo de 2012, las 14h41, corrigiendo los errores de derecho por haberse contravenido al texto de los Arts. 16, 512.3 y 513 del Código Penal, y confirmar la inocencia del ciudadano ÁNGEL ERNESTO ECHEVERRÍA RECUENCO, ecuatoriano, de 50 años de edad, chofer profesional y concejal del Gobierno Municipal del cantón Pallatanga, unión libre, nacido y domiciliado en Pallatanga, provincia de Chimborazo, dejándose sin efecto todas las medidas cautelares personales y reales que se hayan dictado en su contra. Se ordena la devolución del proceso al Tribunal de origen para los fines legales pertinentes.-
NOTIFÍQUESE.-


Dr. Edgar Flores Mier.
CONJUEZ NACIONAL


Dr. Paúl Iníñez Ríos
JUEZ NACIONAL

Certifico.


Dr. Wilson Merino Sánchez.
JUEZ NACIONAL


Dra. Martha Villarroel V.
SECRETARIA RELATORA (e)