



Juicio No. 10282-2018-00259

CONJUEZ PONENTE: LOAYZA ORTEGA PABLO FERNANDO, CONJUEZ NACIONAL (PONENTE)

AUTOR/A: LOAYZA ORTEGA PABLO FERNANDO

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, miércoles 28 de junio del 2023, las 12h26.

TEMA: La Corte Nacional de Justicia. Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado, al resolver el recurso de casación interpuesto por la Fiscalía General del Estado, quien alego errónea interpretación del artículo 39 del COIP, sosteniendo que el Tribunal *Ad quem* le ha dado un alcance y sentido a la norma que no tiene; y, la indebida aplicación del artículo 76.2 de la Constitución de la República del Ecuador, determinando como proposición jurídica completa, la aplicación del artículo 185 del COIP -delito de extorsión-, en el grado de tentativa (Art. 39 del COIP), este Tribunal de casación, constata de acuerdo a los hechos tenidos por ciertos por la Sala de Corte Provincial, que la Sala de Corte Provincial incurrió el errónea interpretación del art. 39 del COIP y que el recto sentido de la norma es que la tentativa se produce con la exteriorización por la acción de amenaza e intimidación para conseguir un provecho en desmedro del patrimonio de la víctima o de terceros de acuerdo al tipo de delito sobre el que hubo tentativa de comisión (art. 185 del COIP que se dejó de aplicar en función del error de interpretación de la Sala por una supuesta falta de idoneidad de la tentativa); y que los hechos tenidos por ciertos por la Sala de Corte Provincial se encasillan en el tipo penal en el grado de tentativa, independientemente del grado de posibilidad de verificación del cumplimiento de las medidas que el procesado impulsó para lograr su cometido, en tal sentido resuelve, casar la sentencia de segunda instancia y en su lugar confirmar la sentencia condenatoria dictada en primera instancia, esto es la del Tribunal de Garantías Penales de Imbabura

VISTOS: La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia constituida en Tribunal de casación e integrada por el doctor Pablo Loayza Ortega, Conjuez Nacional (Ponente); doctora Hipatia Ortiz Vargas, Conjuez Nacional; y, doctor Julio Arrieta Escobar, Conjuez Nacional.

I

ANTECEDENTES:

1.1.- Con fecha 13 de diciembre del 2018, la jueza de la Unidad Judicial de Garantías Penales con sede en el cantón Otavalo, dictó auto de llamamiento a juicio en contra de Burga Peralta Pedro, por presumirse el cometimiento del delito de extorsión, tipificado y sancionado en el artículo 185 del COIP.

1.2.- Por sorteo practicado el 21 de diciembre de 2018, se designó a los miembros del Tribunal de Garantías Penales de Imbabura, para conocer la etapa de juicio; Sin embargo, por ausencia definitiva del Juez ponente de la causa, mediante nuevo sorteo practicado el 25 de octubre del 2019, se designó nuevo Juez ponente.¹

Realizada la audiencia de juicio, se emitió decisión judicial el 04 de septiembre de 2020 (Art. 619 COIP). La sentencia se redujo a escrito el 12 de octubre de 2020 y por voto de mayoría se declaró la culpabilidad del procesado: Burga Peralta Pedro, en calidad de autor directo (Art. 42.1.a) del delito de extorsión, tipificado y sancionado en el inciso primero del artículo 185, del COIP, en el grado de tentativa (Art. 39). Se impuso pena privativa de libertad de un año, multa de cuatro salarios básicos unificados del trabajador en general (Art. 70.6).

Como reparación integral se dispuso que el sentenciado pida disculpas públicas a la víctima, mediante tres publicaciones en un diario de mayor circulación en la provincia de Imbabura o en el lugar que establezca el acusador particular; como garantía de no repetición, ordenó que el procesado Pedro Burga Peralta se abstenga de realizar actos de persecución, amenazas o cualquier acto que impida el normal desarrollo de la empresa UNACEM S.A.

De esta decisión, se interpusieron recursos horizontales de aclaración y ampliación; ambos fueron negados mediante auto de fecha 10 de noviembre del 2020, las 12h05.

El procesado Burga Peralta Pedro apeló la sentencia mediante escrito presentado el 13 de noviembre de 2020.

1.3.- Conforme el sorteo practicado el 03 de diciembre de 2020, se designó a los Jueces de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura².

¹ El órgano judicial quedó integrado por los jueces Sigifredo Mejía Romero en calidad de Ponente; Miguel Solá Iñiguez y Diego Chávez Vaca.

² El órgano judicial quedó integrado por los jueces Edison Cantos Aguirre en calidad de ponente, Jaime Alvear Flores y

La audiencia de apelación se desarrolló el 22 de enero de 2021, ante el pedido realizado por las partes procesales al Tribunal, para revisar la prueba y escuchar audios se suspendió, reinstalándose el 11 de febrero del 2021, por decisión de mayoría se revocó la sentencia condenatoria de primera instancia y en su lugar se ratificó el estado de inocencia del procesado.

La sentencia se redujo a escrito y se notificó a las partes procesales el 23 de marzo del 2021, a partir de las 17h03 minutos. De esta decisión el Acusador Particular, presentó recurso horizontal de aclaración, mismo que fue negado mediante auto de fecha 09 de abril del 2021, las 12h08.

La Acusación Particular y Fiscalía General del Estado, presentaron recurso extraordinario de casación mediante escritos de fecha 14 y 15 de abril del 2021, respectivamente; fueron admitidos a trámite mediante auto de fecha 23 de abril de 2021, las 10h16.

1.4.- El proceso fue recibido en la Corte Nacional de Justicia el 03 de mayo de 2021; y, por sorteo de 28 de mayo de 2021, el Tribunal de Casación quedó integrado por el doctor Marco Rodríguez Ruiz, en calidad de Ponente; doctora Daniella Camacho Herold y abogado Walter Macías Fernández.

El 25 de noviembre del 2022, las 14h00, se celebra la audiencia en la que se fundamenta el recurso de casación propuesto por el acusador particular y Fiscalía, reinstalándose la misma 22 de marzo del 2023, a las 14h00, sentencia en la que emitieron su resolución los doctores Fernando Cohn Zurita (Ponente) quien actuó por encargo del Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Javier de la Cadena y Walter Macías Fernández.

En vista de que el Dr. Walter Macías Fernández, fue suspendido temporalmente por el Consejo de la Judicatura, la resolución que fue emitida de manera oral por los Dr. Fernando Cohn Zurita (Ponente), Javier de la Cadena y Walter Macías Fernández, no pudo ser notificada en forma escrita en razón de la ausencia del referido Juez Nacional Walter Macías. .

Por excusa de los doctores Fernando Cohn Zurita Conjuez Nacional, Javier de la Cadena Correa Conjuez Nacional, previo el sorteo correspondiente el tribunal quedó integrado por los Conjueces Nacionales doctores, Pablo Loayza Ortega (Ponente) Dra. Rita Bravo Quijano y Julio Arrieta Escobar.

1.5.- La audiencia se desarrolló el 14 de junio de 2023, las 09h00; el Tribunal de esta Sala integrado por los Conjueces Nacionales, Dr. Pablo Loaiza (Ponente), Dra. Hipatia Ortiz quien actúa en reemplazo de la Dra. Rita Bravo y Dr. Julio Arrieta Escobar quien actúa en reemplazo del Dr. Javier de la Cadena Correa, escucharon la fundamentación del recurso por parte de la Acusación Particular y Fiscalía General del Estado, así como la contradicción del procesado y por voto de mayoría casan la

sentencia,

II

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:

En aplicación de lo previsto en los artículos 76 numeral 7 literal k, 167, 168 numeral 1, 172, 178 numeral 1, 184 numeral 1 de la Constitución de la República; 7, 141, 183 numeral 3, 184, 186 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; 398, 400, 402, 656 y 657 del Código Orgánico Integral Penal, esta Sala es competente para conocer y resolver el recurso de casación presentado por la Fiscalía y Acusación Particular.

III

VALIDEZ PROCESAL:

El recurso se sustanció conforme las normas de procedimiento previstas y aplicables, no se aprecia indefensión o vulneración de las garantías constitucionales del derecho al debido proceso (artículo 75 y 76 CRE). Se examinó de forma oral que no existe motivo para declarar la nulidad procesal; por lo tanto, el proceso es válido y así se lo declara.

IV

FUNDAMENTACIÓN Y CONTRADICCIÓN DEL RECURSO:

A la audiencia de fundamentación del recurso de casación comparecieron el abogado Alfredo Rodríguez Ramos, en representación de la Fiscalía General del Estado y el acusador particular José Antonio Correa Vascones, asistido profesionalmente por el abogado David Rivas Vinuesa en calidad de recurrentes; y, el procesado no recurrente Pedro Burga Peralta, asistido del doctor Defensor Público

Diego Jaya.

4.1.- El abogado David Rivas Vinuesa, en representación del acusador particular, señaló:

[1/4] *Identificando la sentencia recurrida, el fallo que recurro es aquel dictado por mayoría de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, con fecha 23 de marzo del 2021, a las 14:10, la sentencia, recurrida en su parte resolutive, revoca la sentencia condenatoria de primera instancia y, en su lugar, ratifica el estado de inocencia del ciudadano Pedro Burgo Peralta, quien había sido sentenciado por el Tribunal de Garantías Penales de Imbabura en fallo de 12 de octubre del 2020 como autor directo del delito previsto en el artículo 185 inciso primero del COIP, esto es, extorsión, en el grado de tentativa, por lo que le impusieron la pena de 1 año de privación de libertad más la multa respectiva.*

Contextualizado el caso, quiero referirme muy brevemente, a los antecedentes del mismo, la idea de esta contextualización es evidenciar la violación de la ley, según lo prevé el artículo 656 del COIP, para ello, muy brevemente los hechos, de manera que ustedes comprendan la razón de estos cargos casacionales,

La compañía. UNACEM es una compañía cuya actividad principal es la producción de cemento, para ello entre los materiales que utiliza usa caliza, que es obtenida de las minas y canteras del sector aledaño a la ciudad de Otavalo, en ese contexto, contrata los servicios de transporte pesado, de carga de caliza y material según su necesidad, en el ejercicio del derecho de libertad de contratación, pese a que eso es de conocimiento público a nivel nacional y especialmente en la ciudad de Otavalo y sus alrededores, en mayo del 2015, la asociación de transportistas de la zona de Intag exigió que UNACEM contrate los servicios de esa asociación advirtiéndole que de no ser contratados, iniciarían procedimientos de Justicia indígena, con esa misma intención, posteriormente, la corporación de Gobiernos autónomos del Cantón Otavalo CORDECO que era una corporación no constituida legalmente pero se llamaban CORPORACIÓN a través de quien dijo ser su Presidente, es decir, el señor Pedro Burgo Peralta, procesado en este momento, remitió varios oficios a la compañía y a su representante legal, de manera que sus exigencias sean atendidas, esto ocurrió hasta agosto de aquel año, cuando el señor Burgo exigió posteriormente ayudas entre comillas económicas para cesar sus insistencias y retirar el apoyo a la asociación y a la corporación que acabo de mencionar. Esa propuesta de nuevo entre comillas porque era una propuesta ilegal, obviamente, fue rechazada de plano por el Gerente General de la compañía

y sus representantes y funcionarios, al tratarse a toda luz de un acto ilegal de este señor. El 19 de agosto de aquel año, el señor Burga como Presidente de la misma, CORDECO remitió un oficio en el que indicaba que en vista de la negativa de los funcionarios de la compañía, iniciaba el procedimiento de Justicia indígena entre comillas el delito de calumnias en contra de él y que bajo su dirección como juez indígena, se emitiría sanciones, tanto para el representante legal de UNACEM como para la compañía. El 26 de agosto del 2015 todo esto ocurrió en aquel año se recibió una nueva resolución de esta asociación por el procedimiento, entre comillas, de Justicia indígena, en donde se disponía que se ocupen las plazas de transporte de caliza de la empresa UNACEM remitiendo copias de su decisión de Justicia indígena a diversas entidades, entre ellas la gobernación de Imbabura, la Fiscalía General del Estado, el Consejo de la Judicatura, la Corte Constitucional, El Ministerio de Ambiente, entre otras, no me alargo mucho más con estos hechos que repito, son solo para contextualizar lo que ocurrió en este caso. Septiembre de 2015 se condena al representante legal de la compañía y a la compañía al pago de \$1.800.000 dólares por la justicia indígena, administrada por el señor Burga, y además de la sanción económica, se estableció una pena privativa de libertad de 2 años en contra de José Antonio Correa, representante Legal. Compañía, requiriéndose al Ministerio del Interior que proceda con la detención y traslado y además someterlo a purificación indígena a través de una serie de castigos físicos y humillaciones públicas que serían incluso transmitidas por medios de comunicación del lugar.

Es decir, señores jueces, con el propósito de obtener este provecho personal, este beneficio personal para él y para terceros, el señor Burga obligó a través de esta resolución, pretendió obligar a UNACEM y a su representante legal bajo intimidación para que se contraten los servicios de transporte que no tenían por qué ser contratados en perjuicio del patrimonio de UNACEM y del representante de la compañía además de sus políticas, ahora es bien importante que no solo son resoluciones, no solo fueron papeles, hubo plantones frente a la empresa, se impidió que los de los mismos camiones de carga pesada puedan llegar y puedan salir de la empresa, hubo una serie de acontecimientos que ocurrieron en aquel entonces, que no son simplemente papeles con resoluciones inaplicables sucedieron esos hechos.

Con esos hechos se llevó a cabo el juicio en primera instancia, en donde como ya lo anuncié inicialmente, se condenó al señor Burga y también pues con posterioridad se conoció la apelación en el Tribunal de Segunda Instancia, en donde se revirtió el fallo, repito por mayoría no fue unánime y se ratificó el estado de inocencia del procesado, con esa

contextualización de los hechos y los antecedentes del caso, procedo a fundamentar los cargos casacionales que hemos planteado con este recurso.

Entonces, ante la sentencia de mayoría de segundo nivel por violación de la ley, los cargos planteados y que fueron admitidos por esta Corte Nacional por esta Sala son primero: errónea interpretación del artículo 39 del Código Orgánico Integral Penal, segundo: contravención expresa del artículo 185, inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, Tercera: la contravención expresa del artículo 455 del Código Orgánico Integral Penal.

Respecto del primero, procedo fundamentarlo la errónea interpretación del artículo 39, el artículo 39 de lo que habla es de la tentativa como institución jurídica en Derecho Penal, la tentativa establece nuestro COIP, es la ejecución que no logra consumarse, cuyo resultado no llega a verificarse por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, a pesar de que de manera dolosa y es si en la ejecución del tipo penal mediante actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito de manera dolosa, inicia la ejecución con actos idóneos de modo inequívoco a la realización de un delito.

Al haber sido condenado el señor Burga en primera instancia como autor en el grado de tentativa y luego en apelación revertida esa resolución los jueces ad quem, es decir, los de segundo nivel, han tomado su decisión atribuyéndole a esa norma al artículo 39 un sentido y un alcance diferente, un sentido de alcance que esta no tiene en cuanto a su conceptualización, provocando con ese error la errónea interpretación.

Digo esto porque, ubicando el error in iudicando en la sentencia ustedes van a encontrar, si me permiten con su venia en el numeral 6.4 de la sentencia bajo el título, Conclusión: Numeral segundo lo siguiente: ^a la Legislación Ecuatoriana, según el artículo 39, únicamente permite sancionar la tentativa cuando esta sea idónea en consecuencia, la tentativa inidónea no es reprochable, por supuesto, luego dice los hechos que se atribuyen al procesado, si bien están representados por actos exteriorizados, es decir, los jueces reconocen que empieza la ejecución dolosa, los medios que se le imputa ha utilizado para atentar a la propiedad de la presunta víctima, es decir, los medios de extorsivos, y señalan resoluciones que son los documentos de los que hablé y el plantón dice, no son idóneos, repito los hechos que se atribuyen al procesado, si bien están representados por actos exteriorizados los medios que se le imputa ha utilizado para atentar la propiedad, es decir, para extorsionar resoluciones y plantón, ejemplifica, no son idóneos, eso dicen los señores jueces de segundo nivel.

Esto señores Jueces Nacionales es un análisis ex post, es un análisis posterior a los hechos, lo cual cambia a toda luz el sentido y alcance que el legislador, la doctrina y la técnica penal

le dan a la institución de la tentativa en materia penal, que para interpretarla correctamente hay que ubicarse, no ex post sino ex ante a los actos idóneos y conducentes a la realización del delito, es decir, desde una perspectiva anterior a su ejecución, solo así se puede analizar tales actos, que tenían la aptitud o no de provocar el resultado, y les pongo un ejemplo gráfico y disculpen el ejemplo, si voy caminando por la calle con mi celular con mi billetera con mi reloj, y un asaltante me apunta con una réplica, ojo con una réplica de un arma de fuego, pero yo no sé qué es una réplica, porque no soy perito ni experto en armas ni nada por el estilo, qué es lo que voy a hacer, qué harían ustedes, señores jueces, con todo respeto, obviamente entregarían sus pertenencias porque ex ante en su percepción como víctimas, saben que pueden ser robados, que puede estar en peligro su vida, su integridad y entregan resulta que al momento de entregar el celular, la billetera, el reloj interviene un policía e interrumpe el curso del robo la acción dolosa del sujeto activo hasta ahí al menos habría tentativa de robo, seguramente en su mente estarán pensando que sí, sí esa tentativa con posterioridad después ex post, es analizada y se determina que el arma era una réplica, entonces siempre se va a decir que la tentativa fue inidónea porque el arma era una réplica, entonces no me podían robar y yo me dejé, en la técnica penal, si es que la tentativa es analizada ex post, en este caso en el ejemplo que les pongo hoy, o en cualquiera el que sea el que ustedes imaginen entonces, jamás existiría la tentativa, como concepto penal se analiza ex ante desde la percepción de la víctima del sujeto activo, si la tentativa es analizada ex ante entonces se entenderá la perspectiva del sujeto pasivo de la víctima por qué si no entrego mis pertenencias, puedo sufrir graves lesiones o perder la vida si no me dejo robar.

Eso es precisamente lo que ocurrió en este caso, en donde a través de estas resoluciones de Justicia indígena se intimidó al señor representante de la compañía, UNACEM José Antonio Correa, se lo amenazó, se buscó intimidarlo, se buscó amenazarlo, establecer una condición para él, que no sabía si podía o no darse, pero para él era absolutamente idóneo, por eso dejó de ir a Otavalo por 2 años y cuando volvió tuvo que volver incluso con seguridad personal, porque, claro, hubo plantones, se impidió el acceso a la fábrica, se impidió la salida del transporte de caliza desde la fábrica.

Precisamente ese es el verdadero sentido y alcance de la tentativa, y esa debe ser la interpretación correcta que hay que darle al artículo 39 del Código Orgánico Integral Penal en esta causa. El error de los jueces de segundo nivel en el entendimiento de la norma que he citado es que ellos consideran los medios inidóneos, es decir, para ellos una resolución es de un plantón, no pasa nada, son idóneos, no hacen nada, porque los analizan ex post es decir, claro, no pasó nada y la policía se fue la gente o era unos papelitos que votaron a la basura,

no señores jueces, esa es un análisis posterior, cuando lo que debían hacer era ubicarse en el lugar de la víctima para considerar ex ante si esa conducta, no los medios, la conducta era idónea, como en el ejemplo que he puesto lo era y lo es, por ello, la idoneidad del comportamiento del procesado para provocar la extorsión es clarísima, con sus resoluciones de Justicia indígena y plantones como medios para demostrar su conducta de amedrentamiento, amenaza e intimidación para lograr sus fines.

Así lo manifiesta la misma doctrina para citar un ejemplo, al profesor Alfonso Reyes de Echandía, si me permiten, en su obra tipicidad indica lo siguiente, el mencionado autor dice: en cuanto a la idoneidad, se predica de la conducta y no de los medios utilizados en la comisión del delito, así lo afirmó el mismo Tribunal de segunda instancia y dice, esto el autor, ya que esto, es decir, los medios, el plantón y las resoluciones no son objeto de represión penal, es decir, el Código no dice si usted me hace un plantón, se va preso o si usted me manda resoluciones de Justicia indígena, se va preso, no, señores jueces, y ese es el error de la sala de segunda instancia, lo que sí dice es que a través de esos medios, si usted a través de esos medios me intimida y comete o empieza la ejecución de la comisión del delito de extorsión, entonces ahí se puede ir preso a eso se refiere el autor repito, ya que estos no son objeto de represión penal, sino meros instrumentos de que la gente se vale en el desarrollo de su comportamiento para producir el resultado y cuya eficiencia depende de la manera como se han utilizado.

En consecuencia, la errónea interpretación de la tentativa realizada por los jueces, ad quem trascendió en la sentencia a tal punto de eximir la responsabilidad del procesado, siendo clara la comprensión equivocada de los elementos que configuran la institución de la tentativa al aplicarlos como le he dicho y reitero ex post en lugar de ex antes, existiendo entonces con solo este cargo ocasional, una razón suficiente para ver casado la sentencia de segunda instancia.

El segundo cargo casacional planteado es la contravención expresa del artículo 185, inciso primero del COIP, dicho artículo, con su venia, dice lo siguiente, artículo 185, Extorsión: La persona que con el propósito de obtener un provecho personal o para un tercero obliga a otro con violencia o intimidación a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o el de un tercero, será sancionada con pena privativa de libertad de 3 a 5 años y la sanción será de 5 a 7 años si se verifica alguna de las siguientes circunstancias, son circunstancias constitutivas de agravantes número 3 si el constreñimiento se ejecuta con amenaza de muerte, Lesión, secuestro o acto del cual pueda derivarse calamidad, infortunio o peligro común.

Se ha dejado de utilizar la norma jurídica para resolver este caso concreto por parte del Tribunal de mayoría ad quem según consta para ubicar la violación de la ley en el Numeral 6.4 bajo el título conclusión en su numeral segundo de la sentencia recurrida en la parte pertinente dicen: no existiendo por lo analizado configurada la categoría dogmática de la tipicidad, dicen respecto al tipo de la extorsión, no existiendo por lo analizado configurada la categoría dogmática de la tipicidad objetiva, en cuanto al elemento constitutivo del tipo del tipo, como es la de una intimidación idónea, eso dicen los señores jueces, entonces, para ellos no hay intimidación.

Aahora, cuando se habla del elemento normativo intimidación en las tipicidad objetiva en materia penal, se debe observar lo siguiente de acuerdo a lo establecido en la doctrina incluso nacional, internacional el manual de Derecho Penal del doctor Ernesto Albán, que es conocido por todos, habla lo siguiente: la intimidación debe entenderse como la amenaza de causar un daño, la amenaza en el la extorsión especialmente puede ser verbal o puede ser escrita, directa o indirecta, expresa o tácita, claramente una amenaza directa es cuando me apuntan con un arma bajo la manifestación de que se la usará, si es que no entrego mis posesiones una amenaza indirecta. Señores Jueces, será cuando existe el anuncio de un mal futuro potencialmente real y fundado, si no me contratan a estos transportistas lo voy a linchar en pocas palabras, entonces recibir la amenaza de lesiones y ajusticiamiento indígena de parte del señor Burga en ese momento ex ante quien fue capaz de liderar plantones en la puerta de la planta de UNACEM, no era un anuncio de un mal futuro potencialmente real y fundados, sí lo era.

Con ello no estoy pidiendo ni refiriéndome a valoraciones probatorias, me estoy refiriendo a la comprensión del elemento normativo del tipo objetivo, intimidación, que es igual a la amenaza de causar un daño, entonces si ex ante, se analiza el accionar intimidatorio, es claro que la amenaza era idónea y doblegaba la voluntad del sujeto pasivo que se abstuvo de viajar a Otavalo por 2 años y cuando volvió tuvo que volver con custodia persona.

En consecuencia, el Tribunal ad quem comete un error de omisión al considerar que no se configuraba la parte objetiva del tipo penal en lo atinente al elemento normativo, idoneidad de la intimidación, forjándose así un error in iure bajo la modalidad de contravención expresa, y esto también lo señala en la doctrina el profesor Ramiro Salinas, que dice: "No es necesario que la amenaza sea seria y presente, solo será necesario verificar si la capacidad psicológica del sujeto pasivo ha quedado suprimida o severamente enervada qué capacidad es la de resistencia, obviamente la intimidación genera miedo, con ello resulta trascendente el yerro del tribunal ad quem en su sentencia, pues la intimidación no tenía que ser en

términos absolutos, como lo señalan los jueces de apelación, no tenía que ser irresistible, no tenía que ser invencible, bastaba que sea un comportamiento expresado a través de medios idóneos para el resultado, como claramente lo fueron el plantón y las resoluciones de indígenas, acaso la amenaza de ejecutar castigos de Justicia indígena no eran actos idóneos de intimidación, por supuesto que sí, señores jueces, y ese era el análisis en donde el Tribunal, ad quem no lo hizo, viola la ley, pues el elemento normativo, intimidación constante en el artículo 185 del COIP existió en esta conducta y era apto e idóneo para doblegar la voluntad y la psiquis del sujeto pasivo.

Finalizó esta fundamentación de los cargos casacionales de este recurso de casación como acusación particular, evidenciando que cumple los requisitos de taxatividad, autonomía y trascendencia y por lo tanto solicito que declaren procedente este recurso de casación y en consecuencia, según lo prevé el artículo 657 del Código orgánico Integral, enmienden la violación las violaciones de la ley incurridas por el Tribunal adquem, según lo he expuesto con esta sustentación y con ellos, se declare la culpabilidad del señor Pedro Burga Peralta como autor directo del delito previsto en el artículo 185 del COIP, esto es de extorsión en el grado de tentativa.

4.2.- El abogado Alfredo Rodríguez, delegado de la señora Fiscal General del Estado, en calidad de recurrente, manifestó:

Tengo que manifestar que por ser sujetos a fines obviamente la parte recurrente, siguiendo la acusación particular, ha expuesto sus cargos casacionales en ese sentido, lo único que podría yo manifestar es que se analice desde la perspectiva de la tecnicidad del recurso

4.3.- El Defensor Público Dr. Diego Jaya, a nombre del procesado no recurrente:

Como lo he manifestado comparezco en calidad de defensor público por ausencia de su defensor privado y de esta manera doy contestación y contravengo en lo que ha manifestado su fundamentación del recurso de casación, la acusación particular.

Primeramente, debo manifestar y tanto fue acogido por el Tribunal anterior, que de acuerdo a la resolución de la Corte Constitucional en el caso número 768-15-EP de 2 de diciembre del 2020, qué resolvió que la que la acusación particular no tiene pretensión punitiva, que solo la Fiscalía es la que tiene pretensión punitiva y hemos escuchado que su pretensión lo

que hizo la acusación particular es pedir que se revoque la sentencia y se le declare autor en el grado de tentativa y se aplica el artículo 185, es una pretensión punitiva la cual empeora la situación de mi representado.

Así lo acogió incluso en la decisión anterior, esto no aparte solo de la resolución de la Corte Constitucional, sino todo el esquema acusatorio en los diferentes países la actuación de la acusación particular se basa simplemente en su preparación integral, más no en la petición punitiva, ese es el objeto del sistema acusatorio adversarial.

En lo que corresponde ya la contestación incluso a lo manifestado por la acusación particular debo manifestar, se dio tiempo para que relate los hechos de su pretensión de su caso, de su presentación de caso, pero ante esto estamos nosotros ante una resolución de la Corte Provincial que refiere a que esos hechos no son constitutivos del tipo penal, es decir que en la primera parte la pretensión tanto en el tratamiento de sus causales casacionales, lo que ha hecho es simplemente pedir que se revisen los hechos, hechos ya valorados actuados y resueltos por la Corte Provincial, es decir, manifestó incluso que no existe conducta relevante, es decir, la aplicación del artículo 22, eso está establecido en la sentencia, en el considerando Sexto 6.4, numeral dos, donde en las conclusiones hace una relación, y relata que los hechos manifestados y pretendidos por la acusación y Fiscalía, no son ni siquiera conductas relevante.

Ha manifestado que incluso haciendo los plantones que la acusación particular, siendo un delito de extorsión o cualquier otro delito, estaba notificada y en conocimiento de Fiscalía y que Fiscalía ni siquiera realizó una detención, porque era delito flagrante. Eso lo dice en la resolución, por lo tanto los hechos no pueden ser revisados por la norma penal como lo estipula el artículo 657, 656 del Código Integral Penal.

Así mismo dentro de su argumentación, ha pretendido que se revalore prueba, es decir si los hechos se los presenta con pruebas y si hay una inconformidad porque lo que ha hecho la acusación particular es presentar a su conformidad con la sentencia dictada, se ha pretendido que sobrevaloren hechos sobre mi defendido, se ha pretendido que se revaloren los hechos, se ha actuado contra el principio que últimamente anda aplicando la Corte de casación, es decir, el no debate distancia.

Los hechos presentados en la audiencia de apelación los repiten y no hay una concepción y una técnica casacional, al respecto de esto de la técnica casacional, si bien presenta las causales manifiesta, que existe una errónea interpretación del artículo 39 y no establece que, la errónea interpretación es cuando se hace una interpretación que no se sujeta a lo

establecido dentro de una norma y se desliza con la misma revalorización de los hechos, es decir, que de acuerdo a su inconformidad con la valoración que hizo el tribunal de apelaciones, porque no le regalaron las pruebas porque era un acto posteriores post, dice, para él, existe un una sola interpretación, de una interpretación en cuanto a la aplicación de la norma del artículo 39, cuando lo que el pretende dentro del argumento y se basa a los dos causales, es que se valoren las pruebas.

Para la presentación de la causal, que no debe ser admitida porque no estableció cuál fue el error de interpretación del artículo 39, es decir, si es que los jueces hubieran dicho que el artículo 39 para ellos el auto idóneo, es otra cosa, es cuando se mata a una persona es auto idóneo y cuál es la interpretación dada y cuando la interpretación que se vio la verdad o dentro de la resolución de la sentencia, eso no se estableció, no se puede configurar esta causal de error de interpretación, porque lo que está haciendo es que ustedes interpreten que lo intento hacer frente a los hechos y las pruebas presentadas, y esas acumuladas, establecer una culpabilidad recibirá una aplicación de la norma es el artículo 39, así mismo.

La contravención expresa del artículo 185 no se estableció con la técnica casacional, es decir, la contravención expresa cuando se deja de aplicar una norma, en este caso la sentencia del proceso sería en base al artículo 185, se aplicó el artículo 185, los jueces no desconocieron esta norma, sin embargo lo que llevó a establecer su conformidad en cuanto a la evaluación de la prueba y a establecer que los hechos no son relacionados al tipo penal, es decir, que ni siquiera existe una conducta relevante y no existe prueba para establecer los elementos constitutivos del tipo de los objetivos y los subjetivos del dolo, sea la tipicidad subjetiva, es decir, la del conocimiento de la voluntad dentro de la sentencia y dice que no hay esos elementos, no hay los elementos objetivos y normativos de la intimidación porque simplemente es que simplemente fueron unos documentos enviados y que pueden tener otra respuesta tanto del estado como de la Fiscalía y del Ministerio de Interior, y eso no se dio porque no existe delito.

Por lo tanto, consideramos que no se habla del derecho a la del no debate de instancia, hay una inconformidad más allá no hay estudios jurídicos, las causales no fueron establecidas conforme al caso casacional, se consideró causales que no están debidamente fundamentadas hay una consideración diferencia en lo que son las causales, no hay acuerdo, no hay de esos de interpretación y no hay la causales contravención expresa, la sentencia se encuentra debidamente motivada, solicito a ustedes que se dignen leer la parte que debe ser controvertida dentro de esta audiencia que desde el punto 6.4 numeral 2 donde se establece que no hay responsabilidad de mi representado, por tanto la pretensión de la contravención

expresa, en este caso es que se declara improcedente la petición es que se declare improcedente la petición y argumento presentado por la acusación particular, una porque no tiene presentación cognitiva, dos porque se pidió que se revaloren hechos que se le valore prueba y no se plantea la causal casacional y por lo tanto es improcedente el recurso y esa es mi pretensión.

4.4.- Intervención del Ab. David Rivas Vinueza en representación del acusador particular José Antonio Correa Vásconez, Gerente General de la compañía UNACEM. (REPLICA).

Yo respeto como el que más la labor del señor Defensor Público y de la defensoría pública, pero no se pueden poner en mi boca palabras que jamás he dicho, la audiencia y mi fundamentación se encuentra grabada, tampoco se puede por nadie en esta sala nadie, ni en este caso referirse a resoluciones declaradas nulas porque son inexistentes y esa es la técnica que se exige, pero el señor Defensor Público, si es que un vacunador me dice si mañana no me pagas 400 dólares y la Fiscalía o la policía no interviene, entonces no hay delito, eso es lo que les está diciendo como hubo los plantones, pero la policía no detuvo a nadie, entonces no hay delito.

El señor Defensor público o representante de la Defensoría, les ha indicado que no ha habido técnica en la fundamentación del recurso, casacional, jamás me he referido a un testimonio, jamás me he referido a un documento, jamás me he referido a una pericia, contextualice hechos para que ustedes sepan de qué se trata el caso, yo sé señores jueces, que ustedes van a leer la sentencia ad quem, sin embargo, en la fundamentación, es necesario aterrizar la realidad del universo procesal de esta causa para su conocimiento, eso es lo que hice, jamás he pedido valoración de la prueba ni revaloración de hechos, ni de ningún documento o testimonio peritaje.

Y lo que es peor el señor, representante de la Defensoría Pública cita una sentencia de la Corte Constitucional y dijo la número 768-15-EP y dijo que de acuerdo con esa sentencia, no puede haber una pretensión punitiva en casación.

Pero que les explique bien, pues completa la sentencia, porque lo que dice la sentencia de la Corte Constitucional que he citad, es que no puede haber una reforma en que perjudique al procesado cuando sea el procesado el único recurrente, el único recurrente aquí el procesado ni siquiera recurrió ni siquiera presentado casación, entonces esa sentencia es

inaplicable de acuerdo a ese primer argumento, otro argumento, esa misma sentencia y la voy a citar, la Corte declaró que una sentencia de casación penal al agravar la condena del procesado sin que haya mediado impugnación, recurso de Fiscalía que está aquí al lado mío vulneró la garantía del no reformatio in pejus por lo que la dejó sin efecto, y dispuso retrotraer el proceso hasta el momento anterior a su emisión a fin de que, previo sorteo, otros jueces emitan una nueva decisión, en pocas palabras, señores jueces, lo que la Corte Constitucional dice es en un caso penal, si es que la Fiscalía no presenta casación y solo presenta el procesado entonces al procesado no hay como empeorarle la situación y es obvio, pues no hay doble conforme después de esto, es obvio, pero como en el presente caso, lo que ocurrió fue lo contrario es decir, Fiscalía presentó recurso de casación, acusación particular presentó recurso de casación y el procesado no presentó nada, más que argumentos falaces, entonces sí cabe la pretensión que hemos planteado tanto la acusación particular como Fiscalía, porque somos los recurrentes, entonces sí se puede reformar en peor sí se puede, esa sentencia es inaplicable, señores Jueces Nacionales, solicitó que se acepte el recurso de casación que esta acusación particular y que Fiscalía también ha interpuesto.

4.5.- En ejercicio del derecho a la réplica, el representante de Fiscalía General del Estado, sostuvo:

No voy a referirme a los antecedentes procesales ni fácticos, puesto que ya ha sido objeto de estudio de ustedes y también ya han sido expuestos en el recurso de la acusación particular. Me voy a referir netamente a los errores que contiene la sentencia emitida el 23 de mayo del 2021, a las 14h10, en la que se ratificó el estado de inocencia del procesado Pedro Burga Peralta, es decir, la sentencia de apelación y como en doctrina se conoce que los yerros casacionales tienen que ver netamente con la aplicación e interpretación del derecho que hizo la sala de apelación.

Paso a fundamentar como principio de taxatividad uno de los primeros errores jurídicos en la sentencia. El primero de ellos es la errónea interpretación del artículo 39 del Código Orgánico Integral Penal, entendiendo a la errónea interpretación como aquel error de intelección que hace el juzgador al momento de entender la norma o entender el texto normativo que el legislador estableció, dándole un alcance distinto al espíritu genuino de la norma.

Ahora bien, como principio de autonomía, la parte donde ustedes visualizarán este errado entendimiento de lo que es la tentativa se verifica en el numeral 6.4 que está a fojas 66 vueltas a partir del párrafo 5, donde se han plasmado varios criterios de interpretación de lo que es esta norma jurídica primero de ellos, señala las y cito, para considerar peligrosa una conducta, se hace necesario que a más de que las circunstancias que el sujeto activo conoce para alcanzar el resultado, también sean conocidas por el sujeto pasivo y que estas de manera objetiva puedan realizarse, primer error jurídico de interpretación y el siguiente error jurídico de interpretación, señala sobre los actos preparatorios señalan la peligrosidad de la conducta debe de llevarse desde el error de tipo al revés, por lo que si para el sujeto pasivo fue invencible predecir la posibilidad de realización del tipo, la conducta del autor es peligrosa, pero el contrario, si para el sujeto pasivo fue vencible, percatarse de la equivocada representación del autor, la conducta no es peligrosa, entonces están diciendo que la tentativa se la debe interpretar como un error de tipo al revés, señalar esta interpretación de esta norma del artículo 39 es darle un alcance distinto a lo que verdaderamente la tentativa implica por qué la sala está indicando que es el sujeto pasivo quien debe conocer si esa acción que se está realizando en contra de la víctima es o no es peligrosa, entonces entendemos que precisamente esta es la de errada interpretación.

Ahora el principio de autonomía también lleva de la mano cuál debe ser la adecuada interpretación que debió haberse dado a la norma y precisamente, la adecuada interpretación que debió haberse dado a la norma es que en el en caso de la tentativa, existe desde que la gente ha ejecutado los actos intimidatorios o fraudulentos o pretendidos sin que la víctima por cualquier motivo ajeno a la voluntad del autor no haya cumplido o satisfecho la exigencia de la gente, esta interpretación es lo que corresponde a lo que es la tentativa, porque en la tentativa hablamos de actos ejecutivos e idóneos para consumarse el delito, pero que no se lo realizó por causas ajenas a la voluntad y esta interpretación no solamente sale de quien está exponiendo, si no es un criterio de argumentación jurídica de la Corte Nacional de Justicia, como en el caso número 854-2013, a partir de aquello habiéndose dado, cuál es la correcta interpretación que debió haberse dado la tentativo, si hubiese indicado que precisamente la tentativa sí se logró verificar en este en este acto.

Por eso paso a fundamentar el siguiente principio, que es el principio de trascendencia, entonces, cómo influyó este error de derecho en la parte dispositiva de la sentencia influye porque al indicarse que es un error de tipo al revés y deja a la víctima, que sea quien debe darse cuenta de los actos de peligrosidad deja impune una acción ejecutiva y por ende deja impune las acciones ejecutivas realizadas por el ciudadano procesal. Principio de

trascendencia esto nos lleva a otro error jurídico, que viene a ser la indebida aplicación del artículo 76.2 de la Constitución de la República del Ecuador, cuando debió haberse aplicado el artículo 185 del Código Orgánico Integral Penal. Pero como sabemos bien, que la indebida aplicación y por principio de taxatividad implica que la sala escoge mal una norma para resolver, siempre debemos partir de los hechos dados por probados, pero deben ser hechos que trasuntaron la valoración del juzgador y los calificó como probados y estos hechos que la sala da por probados y que son intangibles e inmutables en sede de casación son los siguientes y que los se los puede avizorar a partir del 6.4 de la sentencia, que corresponden a lo siguiente, el procesado era representante de una organización de hecho denominada Cordeco, hecho probar se emitió una resolución el 8 de octubre del 2015 en la que se indicaba que se imponía una multa y castigos físicos de sanción a la víctima, basándose en la justicia indígena. Son hechos probados que la sala los valoró y los estableció como tales. Se solicitó a la víctima como representante de UNACEM se den cupos de transporte a integrantes de la comunidad donde se estaban realizando trabajos por dicha empresa y ante la negativa se hizo una resolución multando a la empresa UNACEM y disponiéndose castigos físicos de sanción en contra de la víctima estos son hechos que se dan por probados, entonces qué es lo que hace la sala a partir de estos hechos probados.

A partir de Estos hechos probados, en vez de utilizar la norma que resuelve esta controversia en donde se subsumen estos hechos, deja de aplicar el artículo 185 del Código Orgánico Integral Penal que establece se compone de varios elementos no objetivos y complementos normativos, entonces deja de aplicar el artículo 185 que señala la persona que con el propósito de obtener provecho personal o para un tercero y aquí viene el verbo rector, es decir, la conducta que realiza el sujeto procesal es obligar a otro y esta se compone, se complementa con los elementos normativos con intimidación y si encontramos elemento normativo nos debemos remitir a un cuerpo normativo que define este elemento para que le dé la verdadera dimensión de lo reprochable, de la conducta, es decir, obligar con intimidación y lo encontraríamos en el 154 del Código orgánico integral Penal que se refiere a la persona que intimide a otra con causar un daño que constituya delito a ella que por los antecedentes aparezca verosímil la consumación de hecho, será sancionado con tal entonces esta norma de 154 define este elemento normativo de la tipicidad y continuando entonces la norma dice que a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o el de un tercero será sancionado con pena privativa de libertad de 3 a 5 años.

Entonces, la sala en el numeral 6.4 al referirse que efectivamente en la parte final de este, considerando que señalé y luego de hacer un análisis inadecuado errado de lo que es la

tentativa, concluye diciendo que razones por las cuales consideramos que la prueba practicada en la presente causa no nos lleva al convencimiento de la existencia de una infracción acusada extorsión inciso primero del artículo 185 COIP conforme lo prescribe el artículo 453 y entonces toda esta interpretación que está haciendo la sala para no aplicar el 185 hace que escoja mal la norma del artículo 76.2 y resuelva con el estado de inocencia y por dónde deja de aplicar el artículo? 185, que es donde que es la norma que describe los hechos dados por probados entonces y justamente el principio de autonomía, cuál debió haber sido la interpretación y aplicación correcta de la norma es precisamente sin indicar que el ciudadano indicado usado partiendo de estos hechos, que se dan como aprobados, encuadran en la estructura típica del artículo 185, es decir, que se estaba obligando con intimidación a la víctima para emitir un acto que perjudique su patrimonio, entonces ese razonamiento debe haberse aplicado y por ende debieron subsumir su conducta a este tipo penal.

Por estas razones se ha fundamentado específicamente la taxatividad, la autonomía, indicando cuál es el errado entendimiento que realizó la norma, cuál es el correcta aplicación de la norma para resolver la controversia, es decir, el artículo 185 y por ende, tenemos el principio de trascendencia que efectivamente aquí, en el de trascendencia a partir del yerro y en la parte dispositiva, se deja de posibilitar una conducta penalmente relevante y esa vendría a ser la trascendencia.

Por estas razones, el pedido concreto vendría a ser lo siguiente, qué a través de ustedes que son los facultados para enmendar el error de derecho, realicen una interpretación adecuada de lo que es o se acepta el recurso, para señalar que la correcta interpretación de la norma efectivamente es conforme a lo que señala la tentativa que es la ejecución que no logra consumarse o cuyo resultado no llega a verificarse por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, a pesar de que de manera dolosa, inicie la ejecución del tipo penal mediante actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización del delito y posteriormente, una vez ha interpretada correctamente la norma, se aplique la norma, que es la que describe los hechos dados por probados, es decir, la aplicación del artículo 185 del Código Orgánico Integral Penal en vez del 76.2, que es la norma que equivocadamente la sala utiliza para resolver la controversia.

Por estas razones, dejo fundamentado el recurso de casación, puesto que no cabe ninguna otra locución más que para solicitarles que se enmiende el error de derecho, porque estamos hablando de que si estamos ante un derecho penal de acto, las conductas penalmente relevantes deben ser subsumidas a los tipos penales que correspondan, y para eso justamente

se ha impugnado la sentencia de apelación, precisamente es para hacer una adecuada interpretación de norma y subsumir los hechos que se han probado a la norma pertinente del tipo penal, como ya lo expliqué anteriormente.

La pretensión es que se dé la adecuada interpretación del artículo 39 del Código Orgánico Integral Penal, que no es como la sala lo ha indicado, un error de tipo al revés, si no, los actos ejecutivos que no logran consumarse por circunstancias ajenas a la voluntad y que se subsuma la conducta del procesado al tipo penal que corresponde y describe los hechos dados por probadas, es decir, la responsabilidad por el artículo 185, es decir la extorsión y obviamente se imponga la pena que corresponde, porque eso es con esta es la norma con la que debió resolverse la controversia, el sede de Apelación en la sentencia de mayoría.

4.6- Intervención del Dr. Diego Jaya-Defensor Publico (vía telemática) en representación del procesado no recurrente Pedro Burga Peralta.

Hay una desconfiguración de lo que es el recurso de casación y de la clínica casacional, se ha manifestado por lo último que por los hechos probados, describen que había hecho probado de que existieron hechos probados de que hubo castigo fisco, los hechos según la Corte Provincial no son probados, valoró esos hechos y dicen que lo que presentó la acusación particular y Fiscalía, no alcanzan el nivel de prueba para determinar un hecho constitutivo de un delito, o sea, se dio una valoración de los hechos, no son hechos probados, son hechos que no probaron una configuración de un delito y se estableció la responsabilidad de mi defendido, ósea hay una desconfiguración, son los hechos presentados y pretendidos por la Fiscalía, que no se pueden discutir en una audiencia de casación porque ya están valorados y no se puede registrar los hechos, es lo que lleva adelante y que se manifiesta dentro de esta audiencia por parte de Fiscalía y acusación particular, y dicen que los hechos no se puede guardar, dicen que los hechos, que las pruebas la cantidad de pruebas testimonios no configuraron ni siquiera un acto de peligrosidad o un acto relevante para que pueda entrar a configurarse o establecer una participación, ni siquiera un delito.

Lo que corresponde a la primera parte debo manifestar, que otra vez cae en el mismo error de la acusación particular, se habla del errónea interpretación y la errónea interpretación en materia penal en casación, es cuando se da otro alcance, otro entendimiento de la norma, es decir, que un delito de robo yo digo que hubo engaño, que es el que es la configuración de nuestro y estafa y en ese engaño, yo aplico la norma erróneamente, se estableció, y lo que hace referencia es un párrafo de todo el contexto general de la sentencia que hacen los jueces

de apelación, esto de los actos preparatorios es un párrafo y a continuación, los siguientes párrafos ya hacen un análisis de los actos idóneos y hace un análisis de toda la conducta y se llegan a establecer bajo el raciocinio de que no hubo delito y por tanto no se puede establecer la responsabilidad de mi defendido.

Es establecerlo, cogieron un párrafo de una sentencia y decir que por un concepto que dan los jueces para establecer un alcance general de la aplicación de la de la tentativa, eso ya es un error de interpretación, eso está sobre el entendimiento de lo que es el error de interpretación de un recurso de casación, no se ha dado una interpretación errónea, no se ha interpretado el artículo 39 erróneamente, solamente así con otro sentido y bajo ese sentido que le da erróneo se llega a establecer una conducta o establecer algo algún hecho, por lo tanto, la primera causal que presentó Fiscalía, no está debidamente fundamentada, no se ha establecido que existe un verdadero error, se ha dado otro alcance distinto a lo que establece la norma por lo tanto tiene que ser desechado.

En cuanto a lo que manifestó indebida aplicación nuevamente en la configuración del tipo penal del 185 que debía aplicarse dice el señor agente Fiscal, y consideramos nuevamente lo anterior, al hablarse de establecerse en el que existe una configuración de los elementos subjetivos, objetivos del artículo 188, estamos pidiendo que se le valore la prueba. está pidiendo que se revalore la prueba y eso es prohibido por el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, son los requisitos que no deben ni siquiera pronunciarse dentro de esta audiencia, por lo tanto, no existe tampoco fundamento Jurídico de error en cuanto a la aplicación, a lo establecido de inocencia de mi defendido el señor Burga, por lo tanto solicito que se deseche los cargos presentados por Fiscalía y se deje la sentencia en firme, la sentencia de la Corte Provincial en la que ratifica la inocencia de mi defendido.

4.7- Intervención del Ab. David Rivas Vinuesa en representación del acusador particular José Antonio Correa Vásquez, Gerente General de la compañía UNACEM. (REPLICA).

Pues una entrevista de tribunal, en realidad no tengo nada que observar ni aportar a lo manifestado por el señor, representante de Fiscalía, quien claramente a concordado de alguna manera con la fundamentación de esta acusación particular. Por lo tanto, hasta aquí mi intervención al respecto. Muchísimas gracias.

<

4.8- Intervención del ab. Alfredo Rodríguez Ramos en representación de la Fiscalía General del

Estado.

Primero que nada, hay que indicar que el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal en su inciso segundo establece o veda la posibilidad de hacer una valoración probatoria, cuando se hace una valoración probatoria, implica que se agreguen juicios de valor a determinados elementos probatorios, lo que aquí se habló son de hechos que la sala da por probados pero que al momento de que resuelve la controversia señala que esos hechos dados por probados no eran para indicarse que eran actos ejecutivos y por ende no el tipo penal y lo que aquí se dijo respecto de la errónea interpretación es que la sala dice que a la tentativa se la debe interpretar como un error de tipo al revés, esto doctrinaria y jurisprudencialmente, no es válido porque le están atribuyendo a la víctima que sea quien deba conocer y saber que los actos ejecutivos que se están realizando en su contra puedan o no puedan realizarse, y se dijo que la correcta interpretación que debió haberse dado a la norma es precisamente son sobre los actos ejecutivos y precisamente se dijo que existen desde que la gente ha ejecutado los actos intimidatorios o fraudulentos o pretendidos sin que la víctima por cualquier motivo ajeno a la voluntad del doctor no haya cumplido o satisfecho la exigencia de la gente es decir, que la tentativa se la debe interpretar indicando que son actos ejecutivos idóneos a la consumación del delito, no como un error de tipo al revés, porque le estoy dando un alcance que la tentativa no está indicando en su texto normativo y lo que el legislador quiso determinar.

Sin embargo, de aquello debo manifestar que para el segundo cargo se habló de una indebida aplicación porque la sala al momento de analizar lo que son la no configuración del tipo penal se dijo que utilizó mal una norma para resolver la controversia y los hechos que se dieron por probados que justamente eran el representante de la organización, que se emitió una resolución, que se solicitó la víctima en los de la UNACEM los cupos de transportes estos sí son hechos probados, pero que la sala no lo subsumió a la norma que correspondía, porque la sala es reiterativa señalar que estos hechos son probados, pero lo que la sala determina que no se ha justificado es el tipo penal en el grado de tentativa eso es lo que la sala señala entonces, lo que aquí se dijo es que a estos hechos fue probados la sala en vez de subsumir los a la norma que describe estos hechos dados por probados en actos ejecutivos para decir que hay tentativa de extorsión pero no utiliza el artículo 185 en el grado de tentativa si no utiliza el artículo 76.2 para verificar el estado de inocencia y ahí se configura el yerro de casación por estas razones me opongo a las a las pretensiones de la defensoría pública, en el sentido de que la contradicción debe indicarse en el sentido de que se pretende valorar el hecho y cambiar el relato fáctico.

El relato fáctico ya está dado lo que si aquí se ha establecido es que ese relato fáctico que se dio por probado no se lo sumió a la norma con la que correspondía resolver la controversia, sino a otra que se que se utilizó equivocadamente. Por estas razones me ratifico en el pedido de que se debe casar la sentencia declarando procedente la errónea interpretación del artículo 39 y por ende de declarar que la conducta del procesado trasuntó la norma del artículo 185 del Código Orgánico Integral Penal por estas razones, sin nada más que acotar muchas gracias.

4.9 Intervención del Dr. Diego Jaya-Defensor Público (vía telemática) en representación del procesado no recurrente Pedro Burga Peralta.

Nuevamente caemos en esas circunstancias de que los hechos al momento de ratificar la inocencia, se manifiesta que no fueron así, como lo que presentó las pruebas y las fiscalías y la acusación particular, por eso se ratifica la inocencia, es que hay ausencia de los hechos presentados, no están dados, no se puede decir que están probados. Es en segundo lo que manifestó que hace relación a la tentativa de la sentencia de la Corte Provincial, y termina siendo que la prueba presentada no llegó al convencimiento, no hay prueba presentada por Fiscalía, no hay prueba valorada, no existe prueba por cuanto no se llegó al convencimiento, por lo tanto que se ratifique el estado de inocencia y está cambiando el sentido emitido por la Corte Provincial, donde solo demuestra su inconformidad con la sentencia y haciendo un debate de instancia de las pruebas y se realice un debate de instancia, por lo tanto ratifico que se declare improcedente los recursos.

4.10 Intervención del Ab. David Rivas Vinuesa en representación del acusador particular José Antonio Correa Vásquez, Gerente General de la compañía UNACEM. (REPLICA).

No tengo nada que alegar, únicamente ratificar lo manifestado por acusación particular.

V

CONSIDERACIONES RESPECTO AL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN.

5.1 EL DERECHO A IMPUGNAR EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA.

La Constitución de la República del Ecuador, aprobada mediante referéndum de 28 de septiembre de 2008, y vigente desde el 20 de octubre del mismo año, en su artículo primero, declara que el Ecuador es *“...un Estado constitucional de derechos y justicia...”*. Este reconocimiento, lejos de configurarse en un aserto de carácter meramente enunciativo, implicó la transformación en el modelo de Estado ecuatoriano, pues, permitió el cambio del paradigma constitucional, en cuanto al respeto, protección y garantía de los derechos fundamentales.

El modelo estatal vigente en la República del Ecuador se sustenta en el imperio de los derechos fundamentales, por tal razón, la Constitución de la República impone al Estado el deber de: *“...Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales...”*, del mismo modo, en su artículo 11.9 declara que *“...El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución...”*, y dispone que, la aplicación e interpretación de las normas jurídicas, en materia de derechos y garantías, siempre debe realizarse de la manera que más favorezca a su efectiva vigencia³

El Estado Constitucional de Derechos entiende que las personas poseen cualidades innatas, que no requieren de la expedición de una ley para su efectivo ejercicio, así declara la carta magna, al establecer en su artículo 426 que *“...Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos...”*. Esta norma guarda concordancia con el artículo 11.9 *ibídem*, que manifiesta que: *“...El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades...”*. En este mismo sentido, el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresa que: *“...los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana...”*.

³ Art. 11. El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia

Una vez resaltada la incidencia de los derechos en el modelo estatal ecuatoriano, para efectos del estudio de la impugnación realizada por Fiscalía y acusador particular, se considera necesario referirnos a uno de los derechos que cobra especial importancia en el conocimiento y juzgamiento de las conductas que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico, esto es, el derecho al debido proceso, que comprende una serie de condiciones mínimas que deben ser irrestrictamente observadas y respetadas dentro de un proceso judicial, y que se encuentra consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador; este derecho incluye, entre otras, las siguientes garantías:

- ^a Art. 76. En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes (¼).

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) **a)** Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento (...) **k)** Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto (...) **l)** Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. **m)** Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos°. (Las negrillas no pertenecen al texto).

De conformidad con el contenido del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, se desprende que la defensa constituye un derecho transversal al debido proceso; el derecho a la defensa,

a su vez, se encuentra comprendido por varias garantías, entre ellas, la facultad de impugnar las resoluciones judiciales.

El derecho a impugnar las resoluciones judiciales, base fundamental del recurso de casación, se sustenta en principios y normas de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, que forman parte del bloque de constitucionalidad, entre ellos, el Artículo 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), que en torno a las garantías judiciales señala que^a *...Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior...^o*. En este mismo sentido, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra que *...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...^o*. En ese contexto, se determina la naturaleza del derecho impugnar las decisiones judiciales, en torno al Estado constitucional de derechos.

5.2 EL RECURSO DE CASACIÓN COMO EXPRESIÓN DEL DERECHO A RECURRIR DESDE LA ÓPTICA DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA:

La facultad de impugnar las decisiones judiciales se encuentra consagrada en la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 76.7.m):

Art. 76. En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (¼) **7.** El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (¼) **m)** Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos (¼).

Sobre el contenido de esta garantía, la Corte Constitucional del Ecuador ha referido lo siguiente: *...La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de*

jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho...⁴. Sin embargo, se debe destacar que esta garantía no es absoluta, ^a...el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley...^o. En el ámbito penal, el artículo 652.1 del Código Orgánico Integral Penal, reconoce que la facultad de impugnar las decisiones judiciales es limitada, por tal razón, consagra el principio de legalidad en materia de recursos, señalando que ^a (1/4) las sentencias, resoluciones o autos definitivos serán impugnables solo en los casos y formas expresamente determinados en este Código^o.⁵

En materia impugnatoria, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha impuesto a los Estados signatarios del Pacto de San José, la obligación de garantizar el acceso a un: *^a...recurso ordinario accesible y eficaz...^o*⁶

Sobre la base del contenido de los fallos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en lo referente al derecho a recurrir, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sentado los siguientes estándares:

^a...43. En ese sentido, para el derecho internacional de los derechos humanos es irrelevante la denominación o el nombre con el que se designe a este recurso, lo importante es que cumpla con determinados estándares. En primer lugar, debe proceder antes que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada y debe ser resuelto en un plazo razonable, es decir, debe ser oportuno. Asimismo, debe ser un recurso eficaz, es decir, debe dar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido, esto es, evitar la consolidación de una situación de injusticia. Además, debe ser accesible, sin requerir mayores formalidades que tornen ilusorio el derecho...^o⁷.

La interposición de un recurso ordinario, accesible y eficaz, que suponga un amplio ejercicio de revisión fáctica y valoración probatoria, en nuestro sistema jurídico, se verifica con la interposición

⁴ Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 09514SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 223011EP.

⁵ *Ibidem*

⁶ Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del caso Mohamed VS Argentina, el 23 de noviembre de 2012..

⁷ Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del caso Mohamed VS Argentina, el 23 de noviembre de 2012..

del recurso ordinario de apelación. Sin embargo, además de este medio impugnatorio, nuestra legislación concede a los justiciables la posibilidad de interponer recursos de índole extraordinaria, como el recurso de casación, que tiene por finalidad garantizar a las partes la correcta aplicación del derecho en el fallo:

^a Art.656. 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**^o.

En concordancia con la norma jurídica citada, el artículo 652.1 del Código Orgánico Integral Penal establece la siguiente regla: *“...1. Las sentencias, resoluciones o autos definitivos serán impugnables solo en los casos y formas expresamente determinados en este Código...”*^o; de lo cual, se colige que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, *“...La casación procede única y exclusivamente por las causales que expresamente consagra el sistema jurídico positivo; no existen causales distintas...”*^{o 8}.

El principio de taxatividad limita el ámbito de acción del recurso de casación, otorgándole una naturaleza extraordinaria y excepcional, pues, solamente prospera cuando el recurrente acredita la violación a la ley, bajo una de las modalidades expresamente descritas en el Código Orgánico Integral Penal, esto es, contravención expresa al texto de la ley, indebida aplicación o errónea interpretación de la ley, por consiguiente, se puede colegir que estas causales constituyen presupuestos *sine qua non*, para determinar la violación a la ley en la sentencia impugnada.

Existe contravención expresa al texto de la ley cuando el juzgador, al momento de construir su decisión, por omisión, deja de utilizar determinada norma jurídica, siendo ésta necesaria para la resolución del caso en concreto; por su parte, existe indebida aplicación de la ley cuando el juzgador, al momento de resolver la causa, yerra en el ejercicio típico de adecuación de los hechos, a la norma jurídica, aplicando un precepto impertinente; finalmente, se verifica la errónea interpretación de la ley

⁸ Rodríguez Ch., Orlando; *Casación y Revisión Penal*, Temis, Bogotá, 2008, p. 67

cuando el juzgador, al resolver el caso sometido a su conocimiento, aplica la disposición jurídica pertinente, no obstante, para la resolución de la causa, le da un sentido diferente al expresado por su tenor literal.

La Corte Nacional de Justicia, al delimitar el ámbito material del recurso de casación, ha establecido que:

^a ...Ningún recurso de casación podrá ser procedente, si el recurrente no exterioriza las razones jurídicas de las que se cree asistido, para elaborar los cargos que presenta al Tribunal. Esta actividad, que se conoce como argumentación jurídica, consta de tres componentes básicos: a) Determinación de la parte específica de la sentencia impugnada, en la cual se encuentra el error de derecho; b) Confrontación entre el razonamiento del juzgador sobre la aplicación o interpretación de una norma jurídica, que se considera ha provocado un error de derecho, y aquella aplicación o interpretación que estima el recurrente se debería haber realizado; y, c) Explicación de la influencia que ha tenido el error de derecho, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada...⁹.

Del mismo contexto literal del artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, se extrae la prohibición de solicitar la valoración de la prueba en el recurso de casación, sobre este punto de derecho, la Corte Constitucional del Ecuador ha desarrollado el siguiente argumento:

^a ...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 de mera legalidad que ya fueron resueltos y discutidos en las instancias inferiores, como por ejemplo el análisis de informes periciales, o la procedencia y valoración de pruebas, ya que si esto fuera así se desconocería la independencia interna de los jueces y tribunales de garantías penales garantizada en la Constitución de la República en el artículo 168 numeral 1...¹⁰.

Tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, en relación a su naturaleza

⁹ Ecuador. Sentencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia juicio No. 444-2014

¹⁰ Ecuador. Corte Constitucional, sentencia No. 001-13-SEP-CC, de 6 de febrero del 2023, caso 1647-11-EP

jurídica y ámbito conceptual, el profesor Claus Roxin señala que: *“...La casación es un recurso limitado, dado que solo permite el control in 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...”*¹¹. Por su parte, Calamandrei define la casación como un instituto judicial *“...consistente en un órgano único del Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas...”*¹²

En razón de lo anotado, se advierte que el recurso de casación tiene fuertes características técnicas y de excepcionalidad, cuyo especial y único cometido se concreta en el control de legalidad de la sentencia de segunda instancia, pero, cuando específicamente se haya violentado la ley por alguna de las causales establecidas en el régimen procesal penal contravención expresa, indebida aplicación, errónea interpretación, su naturaleza le conlleva a ser un recurso de carácter vertical, extraordinario y de excepción, encaminado a corregir los errores *“in iudicando”* existentes en la sentencia del Tribunal *ad quem*. Como corolario, cabe hacer énfasis en lo siguiente: las reglas procesales prohíben en sede de casación volver a valorar prueba o revisar los hechos; este es el ámbito conceptual, constitucional, jurídico y procesal del recurso de casación en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

VI

ANÁLISIS EN TORNO A LA ARGUMENTACIÓN ESGRIMIDA POR EL SEÑOR FISCAL Y ACUSADOR PARTICULAR, CON LA FINALIDAD DE SUSTENTAR EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO DENTRO DEL CASO *SUB JUDICE*.

El principio dispositivo¹³, conforme lo dispuesto en la Constitución de la República, rige todas las

11 Roxin, Claus; *Derecho Procesal Penal*, Editores El Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 466.

12 Calamandrei, Piero; *La casación*, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.

13 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*

etapas y fases del proceso, e impone a los juzgadores el deber de enmarcar sus decisiones dentro del ámbito de los planteamientos esgrimidos por las partes procesales. Por consiguiente, la fundamentación del recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal y acusador particular, se ha circunscrito específicamente a:

La Fiscalía General del Estado, señaló que fundamentara su recurso mediante dos cargos casacionales a saber: El primero respecto de la errónea interpretación del artículo 39 del COIP, sosteniendo que el Tribunal *Ad quem* le ha dado un alcance y sentido a la norma que no tiene; y, como segundo cargo casacional, planteó la indebida aplicación del artículo 76.2 de la Constitución de la República del Ecuador, determinando como proposición jurídica completa, la aplicación del artículo 185 del COIP -delito de extorsión-, en el grado de tentativa (Art. 39 del COIP).

5.1.1.- Errónea interpretación del artículo 39 del COIP:

Esta modalidad de infracción consiste en que el error de interpretación de una norma jurídica se produce cuando el juez, en su labor sentenciadora, pese a haber elegido la disposición apropiada para solucionar el conflicto surgido entre las partes, yerra al determinar su verdadero sentido y alcance ^a haciendo derivar de ella consecuencias que no concuerdan con su contenido.

De lo antes expuesto, se deduce que la interpretación errónea comprende, tanto los errores de interpretación en los que puede incurrir el juez, respecto a la hipótesis abstractamente prevista en la norma, así como en cuanto a la determinación de sus consecuencias legales, es decir, el juez habiendo elegido acertadamente una norma yerra al interpretarla en su alcance general y abstracto.

Así, este error afecta la premisa mayor de la decisión judicial; es decir, el supuesto normativo del que parte la decisión judicial no deriva específicamente de la norma jurídica aplicable, sino exclusivamente del sentido jurídico dado por el juez, en cuanto contiene una alteración del contenido jurídico intrínseco a la misma.

Para resolver el fondo de un cargo de errónea interpretación, el recurrente debe exponer en su fundamentación que este error de significado o entendimiento, se origina esencialmente

llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

cuando al aplicar una norma concreta, se le hace producir consecuencias al caso concreto que no tiene, le provee más o menos alcance del que realmente tiene o le da efectos que le son contrarios.

La norma invocada prescribe:

Art. 39.- **Tentativa.** - Tentativa es la ejecución que no logra consumarse o cuyo resultado no llega a verificarse por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, a pesar de que de manera dolosa inicie la ejecución la ejecución del tipo penal mediante actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito [1/4]

El recurrente al fundamentar este cargo, señaló que el Tribunal *Ad quem*,^a [1/4] se ha excedido en la interpretación que contiene el art. 39º, [1/4] ha dado un alcance o sentido inadecuado [1/4]º, añadió que la tentativa^a [1/4] existe desde que el agente ha ejecutado los actos intimidatorios o fraudulentos, pero que no se dieron por un motivo ajeno a la voluntad del autor [1/4]º así como que^a [1/4] no es el sujeto pasivo quien debe darse cuenta si los actos del sujeto activo son idóneos para cometer la infracción [1/4]º.

Indicó que el error intelectual se encuentra en la foja 66, párrafo quinto de la sentencia de apelación, en la que interpretan que es la tentativa, agregó además que el propósito del procesado constituyó el beneficio para terceros o para la compañía a la cual representaba.

El párrafo en cuestión señala lo siguiente:

^a [1/4] La peligrosidad de la conducta, debe llevarse desde el análisis de error de tipo al revés, por lo que, si para el sujeto pasivo fue invencible predecir la posibilidad de realización del tipo, la conducta del autor es peligrosa; por el contrario, si para el sujeto pasivo fue vencible percatarse de la equivocada representación del autor, la conducta no es peligrosa. En el caso, el sujeto pasivo es conocedor que los actos realizados por el sujeto activo jamás iban a ejecutarse, tal es así que ningún ente público apoya estas decisiones ilegítimas.º

La tentativa por su parte es la exteriorización de los actos tendientes a producir el resultado deseado, dando inicio a la acción típica sin llegar a consumarlo.

El error visualizado en lo referente a la tentativa y que ha sido alegado por parte de fiscalía, está en el numeral 6.4, acápite en el que se ha señalado que para que se considera peligrosa una conducta, es necesario que a más de que las circunstancias que el sujeto activo conoce para alcanzar el resultado, también deberían ser conocidas por el sujeto pasivo y que estas de manera objetiva puedan realizarse; lo manifestado en este acápite, debe ser tomado en consideración los hechos atribuidos al procesado, que si bien es cierto están representados por actos y medios exteriorizados, pero que son utilizados por él para atentar contra la propiedad.

La doctrina le dan a la institución de la tentativa en materia penal, que para interpretarla correctamente hay que ubicarse, en los actos idóneos y conducentes a la realización del delito, solo así se puede analizar si tales actos tenían la aptitud o no de provocar el resultado.

El profesor Alfonso Reyes de Echandía, en su obra TIPICIDAD, indica lo siguiente:

a [1/4] en cuanto a la idoneidad, se predica de la conducta y no de los medios utilizados en la comisión del delito[1/4]°.

Por estas consideraciones este tribunal, manifiesta que la adecuada interpretación que debió haberse dado a la norma es que en el caso de la tentativa, existe desde que el agente ha ejecutado los actos intimidatorios o fraudulentos o pretendidos sin que la víctima por cualquier motivo ajeno a la voluntad del autor no haya cumplido o satisfecho la exigencia de la gente, esta interpretación es lo que corresponde a lo que es la tentativa, porque en la tentativa hablamos de actos ejecutivos e idóneos para consumarse el delito, pero que no se lo realizó por causas ajenas a la voluntad y esta interpretación no solamente sale de quien está exponiendo, si no es un criterio de argumentación jurídica de la Corte Nacional de Justicia, como en el caso número 854-2013, a partir de aquello se señala, es la correcta interpretación que debió haberse dado a la tentativa.

En el caso de análisis y conforme se desprende de los hechos que han sido declarados como probados, podemos advertir que se verifica que, efectivamente existe una hermenéutica errada por la sala de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, en la estructura del tipo penal, por considerar en forma inversa, de acuerdo a la percepción que podía tener la víctima respecto a la idoneidad de los actos del procesado para materializar el daño, en lugar de atender a la conducta del procesado, con la ejecución de los actos intimidatorios en que la víctima por cualquier motivo ajeno a la voluntad del autor no haya cumplido o satisfecho la existencia del intimidador del agente, en cambio, el recto sentido de la norma es que la tentativa se produce con la exteriorización de la acción de amenaza e intimidación para conseguir un provecho en desmedro del patrimonio de la víctima o de terceros, de acuerdo al tipo de delito sobre el que hubo tentativa de comisión.

5.1.2.-Indebida Aplicación del artículo 76.2 de la Constitución de la República del Ecuador cuando debió haberse aplicado el artículo 185 del COIP.

La aplicación indebida de la ley se presenta cuando entendida rectamente la norma de derecho en su alcance y significado, se la aplica a un caso que no es el que ella contempla. El quebranto de una norma sustancial, por aplicación indebida, ocurre cuando, sin embargo de interpretarla el juzgador en su verdadera inteligencia, la aplica a un caso que ella no regula; es decir, cuando se aplica al asunto que es materia de la decisión una ley impertinente

La Aplicación Indebida tiene lugar cuando la norma legal es clara, pero ocurre por uno de estos motivos: 1) porque se aplica a un hecho debidamente probado, cuestión que el tribunal reconoce y el recurrente no discute en ese cargo, pero no regulado por esa norma, 2) porque se aplica a un hecho probado y regulado por ella, haciéndose producir los efectos contemplados en tal norma en su totalidad, cuando apenas era pertinente su aplicación parcial; 3) porque se aplica a un hecho probado y regulado por ella, pero haciéndole producir efectos que en esa norma no se contemplan o deduciendo derechos u obligaciones que no se consagran en ella, sin exponer una errada interpretación del texto.

Debemos indicar que el error de derecho por indebida aplicación, exige que el recurrente ofrezca una norma de contraste. La Sala hace notar que la Fiscalía indicó como norma de contraste el artículo 185 del COIP \pm delito de extorsión-, en el grado del artículo 39 *Ibíd*em \pm tentativa-.

La fundamentación de este cargo casacional, el representante de Fiscalía General del Estado, sostiene que el Tribunal *A dquem* [1/4] debió aplicar el tipo penal contenido en el artículo 185 en el grado de tentativa [1/4]°.

La norma invocada, prescribe:

Art. 185.- **Extorsión.**- La persona que, con el propósito de obtener provecho personal o para un tercero, obligue a otro, con violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o el de un tercero [1/4].

Este artículo se compone de varios elementos no objetivos y complementos normativos, cuyo verbo rector es la conducta que realiza el sujeto procesal, que es el de obligar a otro,

complementándose con los elementos normativos, como son intimidación y la verdadera dimensión de lo reprochable sería la de: ^a obligar con intimidación^o.

En la especie, es de importante trascendencia indicar que la extorsión, es un delito que consiste en obligar a una persona, a través de la utilización de violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto jurídico o negocio jurídico con ánimo de lucro y con la intención de producir un perjuicio de carácter patrimonial o bien del sujeto pasivo

Desde la consideración del legislador el verbo rector de esta conducta delictiva lo constituye el término ^a obligar^o; verbo que para efecto del análisis se le entiende como forzar, imponer, compeler, constreñir o someter a determinada persona a otorgar algo en contra de su voluntad.

La extorsión se clasifica en sujeto activo puede ser cualquier persona y sujeto pasivo es la persona a quien se obliga a otorgar la ventaja pecuniaria indebida. Este concepto da importancia en saber diferenciar entre sujeto pasivo (extorsionado) y el sujeto activo (extorsionador), y dentro de este delito siempre se emplea la intimidación, amenazas o violencia.

Dicho esto, tenemos que la Corte Provincial, al indicar que se trata de un error de tipo al revés, le imputo a la víctima que era ella la que debía saber si el acto a efectuarse era peligroso, dejando con ello en la impunidad las acciones realizadas por el procesado, error jurídico que se avizora a partir del numeral 6.4 de la sentencia de segunda instancia.

A partir de estos hechos que el juzgador da como probados, deja de aplicar una norma que se compone de varios elementos no objetivos y complementos normativos, que no es otra cosa que obligar a una persona, con el propósito de obtener un provecho personal o para un tercero, complementado a esto el elemento normativo de la intimidación.

Por consiguiente, este Tribunal considera que al haberse demostrado la materialidad de la infracción y la responsabilidad del procesado, atento a los hechos tenidos por ciertos que obran del proceso la conducta se subsume a lo tipificado en el artículo 185 del COIP.

5.2.- Sobre la fundamentación del recurso de la acusación particular:

El acusador particular recurrente, manifestó que fundamentar tres cargos casacionales, pero en el desarrollo de su intervención hizo su argumentación en torno a dos cargos a saber: el primero consistente en la errónea interpretación del artículo 39 del Código Orgánico Integral Penal; y, el segundo, referente a la contravención expresa del artículo 185 inciso primero ibídem.

En lo concerniente al primer cargo, señaló que el error en la sentencia recurrida se encuentra en el numeral 6.4; manifestó que el análisis de la Sala cambia el sentido y el alcance de la tentativa, que lo que exige el derecho penal es que cuando se analiza la tentativa, se analice ex ante, es decir, desde la posición de la víctima; luego, añadió que se debió considerar la conducta del procesado como idónea, ya que ^a la idoneidad del comportamiento del procesado para provocar la extorsión es clara con sus resoluciones y con sus plantones como medio de amedrentamiento, amenaza e intimidación para lograr sus fines^o.

Al exponer el segundo cargo casacional, sostuvo que la contravención expresa del artículo 185 inciso primero del COIP, se encuentra, igualmente en el numeral 6.4 de la sentencia recurrida, además que: ^a el tribunal *Ad quem* comete el error de omisión al considerar que no se configura la parte objetiva del tipo penal, denunciado al elemento normativo de la idoneidad de la intimidación, forjando así un claro error in iure bajo la modalidad de contravención expresa.^o

Finalmente solicitó que se declare la culpabilidad del señor Pedro Burga Peralta como autor directo del delito previsto en el artículo 185.1 del Código Orgánico Integral Penal, extorsión en el grado de tentativa.

En desarrollo del artículo 195 de la Constitución de la República, el artículo 411 del COIP determina que la Fiscalía ejercerá la acción penal pública cuando tenga los elementos de convicción suficientes sobre la existencia de la infracción y de la responsabilidad de la persona procesada, por lo dicho, el Código Orgánico Integral Penal establece una regla sobre la titularidad de la acción penal (Art. 411).

Así mismo la Corte Constitucional en el caso número 768-15-EP del 2 de diciembre del 2020, resolvió que la acusación particular no tiene pretensión punitiva, que solo la Fiscalía es la que tiene pretensión punitiva.

La Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, ha indicado que según el ordenamiento

jurídico, la Fiscalía General del Estado ostenta un estatus especial, respecto de la investigación, ejercicio de la acción penal e impulso de la acusación, así como que ejerce el monopolio de la pretensión punitiva del Estado¹⁴. Tales determinaciones se han efectuado considerando las normas constitucionales y legales, así como que la jurisprudencia constitucional ha señalado que únicamente la Fiscalía tiene ^a pretensión punitiva en los delitos de acción pública^o

En ese sentido, corresponde al agente fiscal ejercer la pretensión punitiva incluso mediante la interposición de recursos, pues sólo a través del ejercicio de medios idóneos se puede revisar una sentencia ratificatoria del estado de inocencia dictada en un proceso penal; y, en sentido contrario, se entiende que la falta de interposición de recurso implica \pm aunque no lo exprese \pm un acuerdo o conformidad con la decisión judicial.

Pero debe tenerse presente que, por efecto de la jurisprudencia constitucional, el derecho a recurrir de la víctima está limitado a ciertas cuestiones, como la reparación integral¹⁵; y, ello implica la imposibilidad de modificar la sentencia ratificatoria del estado de inocencia de las personas procesadas en ausencia de recurso de la Fiscalía. Incluso cuando existiere impugnación fiscal y ésta no tendría alegación sobre el posible aumento de pena, los tribunales de alzada no podrían agravar la sanción establecida en la sentencia en perjuicio del procesado.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional ha referido que las personas, que ostentan la calidad de víctimas, tienen cuatro derechos específicos: verdad, justicia, reparación y no revictimización. La pretensión punitiva materializada en la acusación y en la posibilidad de pedir el agravamiento de una pena es una competencia de la Fiscalía y no es un derecho de la víctima.

Como hemos podido evidenciar, los cargos casacionales fundamentados por el acusador particular que pretenden que se declare la culpabilidad del procesado, como autor del delito previsto en el artículo 185 inciso primero del COIP, en el grado de tentativa, no tiene asidero alguno, ya que carecen de la pretensión punitiva conforme a la sentencia 768-15-EP de la Corte Constitucional, quedando facultado exclusivamente para solicitar la reparación integral

14. Procesos No. 17721-2011-0220B, sentencia de 24 de noviembre de 2021; No. 09285-2018-00504, sentencia de 25 de abril del 2022

15 Sentencia No. 768-15-EP/20, de 2 de diciembre de 2020

de acuerdo a lo mencionado en la sentencia constitucional.

Por lo tanto, es inoficioso el pronunciamiento sobre las causales de casación fundamentada por el acusador particular.

VII

ANÁLISIS JURÍDICO DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

Respuesta al cargo planteado por el impugnante

Con la finalidad de tratar estas alegaciones de manera motivada, vamos a destacar ciertas premisas de carácter inaugural. De modo que, conviene recordar que el recurso de casación es de naturaleza extraordinaria, pues verifica la posible existencia de errores judiciales relacionados a errores de derecho en las sentencias de segunda instancia. Por ello, la doctrina sostiene que la casación tiene como finalidad: la defensa del derecho objetivo (nomofilaquia); así como ^a [1/4] el aseguramiento de la *unidad jurídica*, la realización de *justicia* para el caso *individual*, o finalmente, en *ambos*.^o

Es decir, la casación viene a ser una especie de demanda contra la sentencia de segundo nivel; en donde, se va a verificar exclusivamente errores de *iure*. De manera que este medio impugnatorio es eminentemente técnico y formal, que a su vez contiene principalmente la prohibición de valorar prueba conforme el artículo 656 segundo inciso del Código Orgánico Integral Penal.

En ese marco, la naturaleza del recurso de casación, dista de un medio impugnatorio como la apelación; pues éste último, permite revisar hechos y dar una nueva valoración probatoria, en ese sentido:

TIEDEMANN, anota que al contrario de la apelación, la casación es un recurso limitado, que lleva solo a la revisión jurídica de la sentencia, no admitiendo, por el contrario, en principio ningún examen de las constataciones fácticas.

En tal virtud, la casación emerge como un medio de naturaleza extraordinaria que no permite un debate probatorio; por tanto se tiene que el recurso *in examine* no constituye una nueva instancia. En

ese hilo argumentativo la doctrina manifiesta:

La casación, se ha dicho, no constituye una especie de tercera instancia; no consiste en someter a un nuevo juicio al procesado, ni en sede de casación puede postularse un debate probatorio generalizado y sin acatamiento de la lógica argumentativa que le es inherente, puesto que el recurso extraordinario no fue concebido como un medio adicional para litigar libremente, sino como un control constitucional o legal a través del cual se lleva a conocimiento del máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria el fallo proferido por el ad quem [1/4]

De ahí que, el objetante al momento de plantear el recurso de casación debe inexorablemente considerar el aspecto limitado del medio impugnatorio en mención; pues, el mismo se encuentra taxativamente regulado por la normativa penal en torno a la existencia de tres posibles modalidades para poder justificar la existencia del error *in iudicando*, que son indebida aplicación, errónea interpretación y contravención expresa de la ley.

En torno al examen de los cargos casacionales planteados corresponde analizar el sentido y alcance que involucra el planteamiento de las causales invocadas, tomando en consideración que conforme lo señala el segundo párrafo del art. 656 del COIP, a través de la casación no puede pretenderse la revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba. Dicho lo anterior, este Tribunal de casación, constata de acuerdo a los hechos tenidos por ciertos por la Sala de Corte Provincial, que la Sala de Corte Provincial incurrió en errónea interpretación del art. 39 del COIP y que el recto sentido de la norma es que la tentativa se produce con la exteriorización por la acción de amenaza e intimidación para conseguir un provecho en desmedro del patrimonio de la víctima o de terceros de acuerdo al tipo de delito sobre el que hubo tentativa de comisión (art. 185 del COIP que se dejó de aplicar en función del error de interpretación de la Sala por una supuesta falta de idoneidad de la tentativa); y que los hechos tenidos por ciertos por la Sala de Corte Provincial se encasillan en el tipo penal en el grado de tentativa, independientemente del grado de posibilidad de verificación del cumplimiento de las medidas que el procesado impulsó para lograr su cometido.

VIII.- DECISIÓN:

Por las consideraciones expuestas, conforme lo dispuesto en el artículo 656, 657.6 del Código Orgánico Integral Penal, 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 CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, resuelve

- 1.- Aceptar el recurso de casación propuesto por la Fiscalía General del Estado.
- 2.- Casar la sentencia de segunda instancia y en su lugar se confirma la sentencia condenatoria dictada en primera instancia, esto es la del Tribunal de Garantías Penales de Imbabura.

Disponer la devolución al órgano jurisdiccional de origen para su ejecución. CUMPLASE Y NOTIFIQUESE.

LOAYZA ORTEGA PABLO FERNANDO
CONJUEZ NACIONAL (PONENTE)

ORTIZ VARGAS HIPATIA SUSANA
CONJUEZ NACIONAL

DR. ARRIETA ESCOBAR JULIO ENRIQUE
CONJUEZ NACIONAL