Entrega nueva

SEÑORES JUECES DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

LUIS MODESTO GAVILANEZ JIMENEZ, ecuatoriano; mayor de edad; con cédula de ciudadanía No. 0200554160; divorciado; de ocupación agricultor; con domicilio y residencia en la ciudadela El Mamey de la ciudad de Babahoyo; ante ustedes, muy respetuosamente, comparezco y **propongo ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN**, dentro del Juicio Penal No. 99-2013VB, de conformidad con lo señalado en los Arts. 94 y 427 de la Constitución de la República, en concordancia con los Arts. 58 y ss., de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en los términos que a continuación siguen:

PRELUDIO

Conforme lo expresa el primer inciso del Art. 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, presento esta acción extraordinaria de protección en la judicatura que dictó la decisión definitiva, esto es, ante el Dr. Wilson Merino Sánchez, Dr. Vicente Robalino Villafuerte y Dr. Edgar Flores Mier, Jueces de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, asignados a sustanciar el Juicio No.099-2013VB; magistrados que deberán proceder conforme lo estipulado en el numeral 2, de la Sentencia Nº 001-10-PJO-CC, de Jurisprudencia Vinculante, dictada por la Corte Constitucional dentro del caso Nº 0999-09-JP, constante en la Gaceta Constitucional Nº 001, y publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial Nº 351 del miércoles 29 de diciembre de 2010.

1.- CALIDAD EN LA QUE COMPARECE LA PERSONA ACCIONANTE.-

La persona accionante es el suscrito, cuyas generales de ley constan en el encabezamiento de la presente, compareciendo a esta acción extraordinaria de garantías constitucionales por mis propios y personales derechos.

2.- CONSTANCIA DE QUE LA SENTENCIA O AUTO ESTÁ EJECUTORIADO.-

Mediante auto de fecha "Quito, 01 de Abril de 2013; a las 16H00", notificado el 3 de Abril del presente año, los señores Jueces de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia Dr. Wilson Merino Sánchez, Dr. Vicente Robalino Villafuerte y Dr. Edgar Flores Mier, asignados a sustanciar el Juicio penal No.099-2013VR, por recurso de casación interpuesto contra la sentencia condenatoria dictada por los Jueces de la Primera Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, por inexistente delito de estafa, resolvieron declarar el abandono del recurso de casación interpuesto por el suscrito.

"CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO PENAL.-
Quito, 01 de Abril de 2013; a las 16H00.-
VISTOS: *Avoca conocimiento el Dr. Vicente Robalino Villafuerte Juez Nacional, Dr. Edgar Flores Mier, Conjuez Nacional en reemplazo de la Dra. Lucy Blacio Jueza Nacional, en virtud del oficio que antecede. En el día y hora señalados, conforme consta de autos para que tenga lugar la audiencia oral pública y contradictoria dentro del juicio incoado por Jiménez Díaz Carlos Alberto en contra de Gavilánez Jiménez Luis Modesto, no se la llevó a efecto por cuanto no compareció el recurrente, según obra de autos la razón actuarial. En tal virtud y siendo el estado procesal el de resolver para hacerlo se considera:*

PRIMERO.- ASPECTOS JURIDICOS Y DOCTRINARIOS:
(...)
SEGUNDO.- RESOLUCIÓN:
En el caso sub lite ha sido el recurrente Gavilánez Jiménez Luis Modesto, quien pese haber hecho ejercicio de todos los mecanismos de defensa contemplados en el Art. 76, numeral 7. Literal a) de la Constitución de la República, así como lo señalado por la doctrina, ha acudido hasta la Corte Nacional con la interposición del Recurso de Casación y, habiendo sido oportunamente notificado para la audiencia, oral, pública y contradictoria de fundamentación de su recurso, no asistió a dicha diligencia, es decir, ha sido el propio recurrente quien de manera inexplicable han renunciado al derecho de fundamentar su recurso, impidiendo con ello que este Tribunal de la Sala Penal de la Corte Nacional pronuncie sentencia conforme lo establece el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, por lo que en aplicación del principio de debida diligencia previsto en los

Arts. 172 de la Constitución de la República del Ecuador; 20 del Código Orgánico de la Función Judicial y el Art. 326.1 del Código de Procedimiento Penal reformado, ***se declara el abandono del recurso de casación****, interpuesto. Por otro lado, se deja constancia de la falta de observancia del principio de buena fe y lealtad procesal, consagrado en el Art. 26 del Código Orgánico de la Función Judicial, del abogado que patrocina la defensa del recurrente, pues ha sido el quien con su actuar ha impedido que su defendido haga uso del legítimo derecho que le asistía. Devuélvase el proceso al Tribunal de origen para los fines de ley.- Actúe la Dra. Sala Jiménez Murillo, Secretaria Relatora Encargada.- Notifíquese..."* (Sic).

Ante esta circunstancia contraria a los hechos reales, solicité la revocatoria de la anterior providencia, pero los Jueces negaron mi pedido y vulnerando mis derechos constitucionales efectuaron una interpretación contraria a la reflejada en su propio auto de abandono, lo que contraría la lógica jurídica cuando emitieron el auto de fecha "Quito, 12 de abril de 2013; Las 09h15", notificado el 15 del mes y año en curso, el cual transcribo:

"CORTE NACIONAL JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL.-
Quito, 12 de abril de 2013, las 09h15
VISTOS: Agréguese al proceso los escritos y certificado médico presentado por la señora Merly Barberán Solórzano, Abogada Defensora, del señor LUIS MODESTO GAVILANEZ JIMENEZ, de fechas 2, 3 y 4 de abril de 2013, las 15h05; 11h30; y, 12h10, respectivamente; atendiendo a los mismos se dispone: 1.- El artículo innumerado que se encuentra a continuación del artículo 326 del Código de Procedimiento Penal establece: "la falta de comparecencia de uno o más recurrentes a la audiencia de que trata el artículo 325(), dará lugar a que se declare el abandono del recurso respecto de los ausentes" 2.- La Constitución de la República en su artículo 76.7.a) dice: "nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento" y b): "Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa", 3.- El recurrente, ha sido debidamente notificado y oportunamente, conforme consta en la razón actuarial constante en autos a fs. 13 del cuadernillo de la Corte Nacional de Justicia, para que se lleve a efecto la audiencia señalada, por lo que no ha sido privado del dere4cho a la defensa; consecuentemente, no se ha vulnerado el derecho constitucional al debido proceso del recurrente; al haber presentado un certificado médico después de notificado el auto de abandono en el presente proceso, no es causa de procedencia para que se revoque dicho auto, razón por la cual se declara improcedente la petición solicitada por el recurrente. Devuélvase el proceso al lugar de origen. Actúe la Dra. Martha Villarroel Villegas, en calidad de Secretaria Relatora Encargada. NOTIFÍQUESE..." (Sic).

Estos dos autos concatenados y que guardan íntima relación entre sí, que es la de atentar contra mis derechos: El primero que refiere a la declaración de abandono del recurso de casación, no obstante que antes de la notificación de dicha declaratoria mi Abogada Defensora presentó el certificado médico con el cual demostraba la fuerza mayor que le aconteció imprevistamente el mismo día en que debía desarrollarse la audiencia oral pública y contradictoria de fundamentación de mi recurso de casación, suceso médico que le impidió estar presente en la misma; y, el segundo, que refiere a que no se ha vulnerado el derecho a la defensa ni al debido proceso; esta providencia, a la presente fecha, se encuentra ejecutoriada por el Ministerio de la Ley, es decir, pasó a ser un auto definitivo, quedando cumplido de esta forma el presupuesto determinado en el numeral 1 del Art. 437 de la Constitución de la República.

En estos dos autos mencionados se encuentran principalmente los actos violatorios de los derechos reconocidos en la Constitución, los cuales determinaré más adelante.

3.- DEMOSTRACIÓN DE HABER AGOTADO LOS RECURSOS ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS.-

Como bien podrán colegir señores Jueces Constitucionales, los autos o providencias *supra* mencionadas, se dictaron dentro del Juicio Penal No.099-2013VB, que lo sustanciaron el Dr. Wilson Merino Sánchez, Dr. Vicente Robalino Villafuerte y Dr. Edgar Flores Mier, Jueces y Conjuez Nacionales respectivamente de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, por la interposición de recurso de casación.

Para esta clase de autos de abandono del recurso de casación, no existen legalmente recursos ordinarios o extraordinarios que interponer, dado que el Código de Procedimiento Penal no contiene una figura aplicable en dicho sentido impugnatorio vertical, solo restaba la aplicación de la norma subsidiaria del Código de Procedimiento Civil que permite solicitar ampliación, reforma, aclaración o revocación, también denominados doctrinariamente recursos horizontales; se escogió la solicitud de revocatoria, la misma que fue negada; y, como no puede solicitarse por segunda vez, sólo resta la presente acción extraordinaria de protección, que

servirá a vosotros señores Jueces Constitucionales, para que despejen de una vez por todas, aquellas dudas concernientes a la indefensión en que quedamos los ciudadanos frente a un caso fortuito o fuerza mayor, que de no ser aplicado correctamente se estaría contra la Constitución de la República, vulnerando ex profesamente los derechos y garantías de los ciudadanos que aprobamos la Carta Magna elaborada en Montecristi en el referendo de octubre de 2008, donde se decidió que `nadie será discriminado por estado de salud, ni distinción personal temporal o permanente´ y que `no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la Ley´.

Aquello será motivo de profundo análisis dentro de la presente acción extraordinaria de protección de derechos interpuesta, por lo que solicito su atenta lectura a los postulados que siguen que contienen la argumentación del suscrito accionante o legitimado activo.

4.- <u>SEÑALAMIENTO DE LA JUDICATURA, SALA O TRIBUNAL DEL QUE EMANA LA DECISIÓN VIOLATORIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL</u>.-

Menciono que la judicatura de la cual emana la decisión violatoria del derecho constitucional proviene de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, específicamente del Tribunal conformado por los señores Jueces Nacionales Dr. Wilson Merino Sánchez, Dr. Vicente Robalino Villafuerte y Dr. Edgar Flores Mier, asignados por sorteo a la sustanciación del Juicio Penal No. 099-2013VB.-

5.- <u>IDENTIFICACIÓN PRECISA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL VIOLADO EN LA DECISIÓN JUDICIAL</u>.-

Los derechos constitucionales violados, entre otros, son:

- La no discriminación por razones de estado de salud, ni por cualquier otra distinción, temporal o permanente (numeral 2, del Art. 11 de la Constitución de la República, en concordancia con el Art. 32, y numeral 4 del Art. 66 de la misma Carta Magna);

- Aplicación directa e inmediata de la Constitución de la República por parte del servidor judicial asignado al caso *supra* mencionado (numeral 3, del Art. 11 de la Constitución de la República);

- La no restricción de derechos y garantías constitucionales (numeral 4, del Art. 11 de la Constitución de la República);

- Aplicación e interpretación que favorezca la efectiva vigencia de la norma constitucional (numeral 5, del Art. 11 de la Constitución de la República);

- Menoscabo injustificado de los derechos constitucionales por acción de carácter regresivo (numeral 8, del Art. 11 de la Constitución de la República);

- El derecho de libertad: ninguna persona puede ser obligada a ser algo prohibido o dejar de hacer algo no prohibido por la ley (literal d), del numeral 29, del Art. 66 de la Constitución de la República);

- El derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita (Art. 75 de la Constitución de la República);

- El derecho al debido proceso (numeral 1 del Art.76 de la Constitución de la República);

- El derecho a la defensa (literales *a, b, c, g, l*, del numeral *7*, del Art. 76 de la Constitución de la República);

- El derecho a la seguridad jurídica (Art. 82 de la Constitución de la República);

- El derecho a no sacrificar a la justicia por la mera omisión de formalidades (Art. 169 de la Constitución de la República);

- El derecho a la debida diligencia (Art. 172 de la Constitución de la República);

- El derecho de aplicar el principio PRO SER HUMANO, de no restricción de derechos, de aplicabilidad abierta y de cláusula abierta (Art. 417 de la Constitución de la República);

- El principio de jerarquía y prevalencia de la Constitución (Art. 424 y 425 *ibídem*).

6.- <u>ALEGACIÓN DE LA VIOLACIÓN ANTE EL JUEZ QUE CONOCIÓ LA CAUSA</u>.-

Durante la corta sustanciación de la causa por parte de Jueces, específicamente mediante escritos presentados por mi abogada defensora el 02 de abril de 2013 a las 15h05; 03 de abril de 2013 a las 11h30; y el de revocatoria presentado por el suscrito accionante el 04 de abril de 2013, se alegó que se atienda y justifique la inasistencia por fuerza mayor y quebranto en la salud de mi abogada defensora a la audiencia oral pública y contradictoria; y, luego de notificado el auto de abandono solicité la revocatoria del mismo por el justificativo referido, expuse que de no hacerlo se vulneraría mi derecho a la defensa y al debido proceso, entre otros derechos, empero dichas peticiones no fueron acogidas por los Jueces Nacionales; y, por el contrario, como ya lo transcribí en líneas anteriores, y de una manera totalmente regresiva de mis derechos constitucionales, se contradicen los Jueces Nacionales y, luego de haber manifestado en la parte final del auto de abandono del recurso de casación que por la actitud de mi Defensora (su inasistencia a la audiencia) se me ha dejado en indefensión; luego, cuando justificamos su inasistencia y peticionamos la revocatoria, sorprendentemente cambian de opinión y expresan que no se ha violado el derecho a la defensa ni el debido proceso. Qué ironía señores Jueces Constitucionales, que falta de motivación y de argumentos constitucionales para perjudicar en su derecho a la defensa a un ciudadano cuya defensor sucumbió a la fuerza mayor como lo es su dolencia médica.

Esta contradicción, a la luz de la Constitución y de la propia Ley, no corresponde a la verdad ni a la realidad, a lo que quiso decir el legislador constituyente. Por esta interpretación absurda existen abusos de quienes son los primeros llamados a respetar la Constitución de la República, tal como se verá más adelante.

7.- LOS HECHOS POR LOS QUE SE PRESENTÓ EL RECURSO DE CASACIÓN.

Como esta acción jurisdiccional no intenta que los Jueces Constitucionales conozcan y traten el fondo del juicio sino la vulneración de mi derecho a la defensa en la Corte de Casación, sólo efectuaré un breve recuento del porqué mi caso se subió a dicho alto Tribunal de Justicia ordinaria:

Carlos Alberto Jiménez Díaz entabló un juicio civil en mi contra por una compraventa de terreno; tiempo después, al ver que los jueces no encontraban lugar para su acción, por este mismo hecho presentó una denuncia por estafa, la misma que fue desestimada por el Fiscal primigenio por existir prejudicialidad empero el Juez Penal expuso que debía seguir investigándose, luego otro Fiscal por presiones del denunciante que es un acaudalado comerciante, "encontró" que debía iniciarse instrucción fiscal y de allí hasta llegar a la etapa del juicio. En esta última etapa, los jueces del Tribunal de Garantías Penales tuvieron una opinión dividida al momento de sentenciar: mientras la mayoría consideró que era responsable, el voto de minoría consideró lo contrario y que no existía mérito alguno para la acción penal. Se apeló la decisión y la Sala por las presiones del referido acusador confirmó la sentencia de mayoría. De esta sentencia interpuse recurso de casación el cual fue concedido.

En la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia los Jueces que ahora son los legitimados pasivos, señalaron para el lunes 1 de abril de 2013 la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso de casación. Siendo el día señalado, mi Abogada Defensora sufre un intempestivo quebranto en su salud que le impide acudir a la audiencia referida y como tiene su domicilio y residencia en la ciudad de Guayaquil, el médico le prescribió descanso por ende no pudo siquiera viajar hasta la ciudad capital para presentar su justificativo ese mismo día. Obviamente, al día siguiente se presente el escrito con el justificativo, pero los Jueces Nacionales no dieron paso a la revocatoria del auto de abandono solicitada, como expuse anteriormente.

8.- ARGUMENTACIÓN DEL CASO DESDE LA OPTICA CONSTITUCIONAL.-

Así, expuestos sumariamente los hechos, es menester desarrollar cómo influye esta negativa a revocar el auto de abandono del recurso en mis derechos.

Al habiéndose justificado de forma oportuna y documentada la inasistencia a la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso de casación por fuerza mayor como lo es el quebranto intempestivo en la salud de mi abogada defensora, y la no consideración de tal circunstancia por parte de los señores Jueces Nacionales accionados, SE VULNERA EL DERECHO DE TODA PERSONA A NO SER DISCRIMINADA POR RAZONES DE SALUD; el discrimen existe desde el momento en que, en el auto del 12 de abril de 2013; Las 09h15, los legitimados pasivos establecen que el ser humano es inquebrantable en su salud y que si se quiere justificar una inasistencia debe hacerlo antes de que ocurra el quebranto en la salud; en el auto referido dicen: "*al haber **presentado un certificado médico** después de notificado el auto de abandono en el presente proceso, **no es causa de procedencia para que se revoque dicho auto***". Esto es ilógico señores Jueces Constitucionales, pues, ningún ser humano puede determinar cuándo se va a enfermar o cuándo acontecerá un quebranto en su salud. De esta manera se apartó como sujeto de derechos a mi abogada defensora y por extensión al suscrito accionante que ve afectado su derecho al debido proceso y a la defensa por cuanto se impide a mi defensora que fundamente el recurso de casación presentado (numeral 2, del Art. 11 de la Constitución de la República, en concordancia con el Art. 32, y numeral 4 del Art. 66 de la misma Carta Magna).

Con la lamentable postura de los señores Jueces Nacionales, se deja en evidencia el incumplimiento del principio de APLICACIÓN DIRECTA E INMEDIATA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA POR PARTE DEL SERVIDOR JUDICIAL, pues debían priorizar lo establecido en la Constitución sobre argumentos legales ordinarios (numeral 3, del Art. 11 de la Constitución de la República). También con su negativa, si bien han esgrimido artículos constitucionales sobre el debido proceso y derecho a la defensa, estos principios y derechos han sido aplicados de forma restrictiva y regresiva, pues

los mismos derechos que los legitimados pasivos mencionan en su auto del 12 de abril de 2013; las 09h15, debieron ser aplicados en favor del suscrito y como medio para proceder a la justificación de la inasistencia a la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso de casación, con el correspondiente nuevo señalamiento de fecha para la diligencia. Al no haberlo entendido así, se RESTRINGIÓ MIS DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES (numeral 4, del Art. 11 de la Constitución de la República). Los Jueces Nacionales debían recordar que siempre deben aplicar las normas jurídicas de manera que FAVOREZCAN LA EFECTIVA VIGENCIA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL (numeral 5, del Art. 11 de la Constitución de la República).

Con la negativa de justificación de la inasistencia a la diligencia por parte de mi defensora, se MENOSCABÓ INJUSTIFICADAMENTE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES POR ACCIÓN DE CARÁCTER REGRESIVO (numeral 8, del Art. 11 de la Constitución de la República).

La ley no prohíbe enfermarse; la ley no prohíbe quebrantos de salud más aún si son intempestivos; la Ley no prohíbe faltar a una audiencia por estas circunstancias que pueden calificarse de fuerza mayor, por el contrario, la Ley indica que esto es una causa de justificación válida. Por esto, al no considerarse como válida la justificación de inasistencia por motivos de salud a mi abogada defensora, los Jueces Nacionales vulneraron mi DERECHO DE LIBERTAD que implica NO SER OBLIGADO A SER ALGO PROHIBIDO O DEJAR DE HACER ALGO NO PROHIBIDO POR LA LEY (literal d, del numeral 29, del Art. 66 de la Constitución de la República).

Aplicar correctamente y según cada caso los preceptos constitucionales y legales, son parte del diario quehacer de las servidoras y de los servidores judiciales. En el presente caso, los Jueces Nacionales solo aplicaron el principio de la debida diligencia de forma regresiva a mis derechos cuando no concedieron la revocatoria del auto de abandono solicitada por el suscrito, no obstante la justificación oportunamente presentada y aún antes de que se encuentre ejecutoriada dicha providencia. De esta forma se vulneró mi DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, IMPARCIAL Y EXPEDITA (Art. 75 de la Constitución de la República).

Por cuanto los derechos y garantías no son regresivos, los Jueces Nacionales debieron considerar que el derecho al debido proceso y a la defensa que invocaron estuvo mal enfocado, pues debieron garantizar el cumplimiento de las normas *pro hombre*, debieron observar que al no justificar la inasistencia de mi defensora caprichosamente me dejaban en indefensión dado que por la calamidad en su salud me perjudicaban en mis derechos ya que no escucharían los argumentos a mi favor de forma oportuna y en igualdad de condiciones, se me impedía ser asistido por un abogado defensor, etc., Y lo más sobresaliente es que la providencia de negativa de revocatoria del 12 de abril de 2013, las 09h15, carece de motivación pues no explican la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, **no dicen nada sobre la justificación médica, no dicen nada sobre el porqué no consideraron como eximente la fuerza mayor alegada,** por lo que se debe considerar sin efecto actuado (numeral 1 del Art.76; y literales *a, b, c, g, l,* del numeral *7,* del Art. 76 de la Constitución de la República).

La seguridad jurídica fue violentada con la negativa señalada porque no se respetó la Constitución, ni las normas jurídicas previas, claras, públicas que hemos enunciado como la de la fuerza mayor. El derecho a no sacrificar a la justicia por la mera omisión de formalidades también fue violentado porque **el bien mayor que contemplaba la justicia era saber si el suscrito tenía o no razón para que se case la sentencia condenatoria que me aflige** y por una utopía jurídica de los señores Jueces Nacionales, se me impidió este derecho; por ello no se actuó con la debida diligencia (Arts. 82, 169 y 172 de la Constitución de la República).

Esta negativa a justificar la inasistencia de mi Abogada Defensora a la audiencia oral, pública y contradictoria, por fuerza mayor y/o quebranto de su salud- está provocando que el suscrito quede en indefensión, porque se ejecutaría una sentencia injusta sin que se me haya escuchado fundamentar mi recurso de casación.

La base para la aplicación de todos los derechos y garantías son los derechos humanos universales. La visión de las constituciones modernas es ensalzar al ser humano como objeto de derechos por sobre un Estado que cree que no los tiene. Nuestra Constitución es la más vanguardista en dicho sentido y por ello el legislador

constituyente dejó para aplicación de todo servidor público el derecho de aplicar el principio **PRO SER HUMANO, de no restricción de derechos, de aplicabilidad abierta y de cláusula abierta** para que no se diga que la ley impide aplicar los derechos, como en el presente caso (Art. 417 de la Constitución de la República).

9.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE LA FUERZA MAYOR.-

Según el Art. 30 del Código Civil, "se llama FUERZA MAYOR o caso fortuito, el imprevisto a que **no es posible resistir**, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.".

El Dr. Manuel Sánchez Zuraty, en su obra "Diccionario Básico de Derecho (1ª Edición, 1987), dice que: "FUERZA MAYOR. Es el imprevisto a que **no es posible resistir**, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.".

En la Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XII, publicada por Driskill S.A., Buenos Aires, 1980, Págs. 936 a 963, encontramos algunos conceptos doctrinarios sobre FUERZA MAYOR:

> "...La fuerza mayor en el Derecho Civil, funciona, al igual que en el caso fortuito, como causal eximente de responsabilidad, por el incumplimiento de las obligaciones... Al tratar la voz CASO FORTUITO, en esta misma obra, señalamos la identidad de conceptos... entre ambas figuras. Las dos requieren los mismos elementos constitutivos (imprevisibilidad, irresistibilidad y actualidad)... Adoptaremos la misma clasificación enunciada por el codificador en su nota al artículo 514 del Código Civil: "Los casos fortuitos o de fuerza mayor son producidos por dos grandes causas: por la naturaleza o por el hecho del hombre"... "...la diferencia que existe entre fuerza mayor que depende de la naturaleza, como el rayo, la inundación, el terremoto, y el caso fortuito que, *sensu stricto*, supone acontecimiento causado por el hombre, si

bien el resultado fue incalculable; es decir, que se halla fuera de la previsibilidad humana...".

"..A pesar de haber insistido mucho Maggiore en lo difícil y arduo que es separar la fuerza mayor del caso fortuito... creemos que el fenecido Profesor de Palermo vió bastante claras las diferencias. En primer término fortuito "se refiere siempre a la acción de un hombre"..., mientras que la *vis maior* es "una fuerza natural o una fuerza humana". Además, "lo imprevisible, característica del caso fortuito, no es ciertamente un requisito de la fuerza mayor" que tiene en cambio, como nota la inetabilidad. Advertimos que éste es también el criterio de Bettiol...".

"Recordemos a Scialoja: "La fuerza mayor está constituida por un suceso que es absolutamente imposible remediar, del que es imposible defenderse, aunque sea previsible y se prevea; yo puedo prever muy bien que este año estallará la guerra, pero no puedo llevarme a otra parte mis campos para defenderlos de la devastación...".

"Con más claridad todavía se expresa Antolisei: "El caso fortuito, en el campo jurídico, se toma sólo en consideración cuando existe un nexo de causalidad entre la acción del hombre y el resultado..."..., mientras que, por fuerza mayor "debe entenderse, en general, toda fuerza externa que, por su poder superior, determina a la persona, de modo necesario e inevitable, a un acto positivo o negativo (movimiento corporal o inacción)...".

"Más extensamente, y con mayor precisión y exclusividad que Antolisei, afirma Vincenzo Cavallo que mientras en el caso fortuito es preciso que exista "una acción u omisión del agente que inicia una serie causal"..., la fuerza mayor "no debe ser humana", y que ha de tratarse de una fuerza "natural o animal", o "subhumana"; es decir, de seres humanos que aún no tienen la capacidad de entender y de querer o que la han perdido, e incluso de una fuerza "sobrehumana, como la que se considera proveniente de energías misteriosas que trascienden la experiencia humana, pero que se manifiesta siempre como energía

natural"...". Según Cavallo esta energía ha de ser "física" y no moral; debe "ser mayor", no frente a la voluntad del agente, sino respecto de su "fuerza física de resistencia", y tiene que ser "irresistible"... En consecuencia nos ofrece esta definición de la fuerza mayor: Es "una energía externa, natural o subhumana, que es mayor que la energía física que el autor puede oponer para contrarrestarla, y le arrastra, como instrumento, a la realización de un hecho del cual es ella la verdadera causa".

De todos los anteriores conceptos, se aprecia que el presente caso, cuyo análisis constitucional se pone a vuestro conocimiento señores Jueces Constitucionales, se encuentra dentro de la denominada FUARZA MAYOR. Partiendo del hecho cierto de que el ser humano es parte de la naturaleza y en el hábitat terrestre siempre se estará a merced del ataque externo o interno de "fuerzas" que procuran vencer la resistencia al bienestar y a la salud, y cuando estas fuerzas -llámeselas virus, bacterias, gérmenes, placas bacterianas, etc.-, logran vencer esta la resistencia del ser humano producen dolor lo que se traduce en quebranto de salud, la reacción inmediata es buscar ayuda contra esas "fuerzas". Ningún ser humano resistirse a su embate; si bien en algunos casos la buena salud se puede prevenir con tratamientos, empero no se puede predecir cuándo existirá un ataque de aquellas "fuerzas invasoras", las mismas que por factores de la propia naturaleza se ven fortalecidas en su ataque.

De este razonamiento, aplicándolo al caso nuestro, fácilmente se colige que el quebranto en la salud de mi Abogada Defensora constituye un caso de FUERZA MAYOR plenamente justificable por ser producto de una fuerza que no se pudo resistir y que la obligó a buscar ayuda urgente. Aquí aplicamos en sumo grado el principio constitucional PRO HUMANO y el de la cláusula abierta que permitía a los señores Jueces Nacionales atender la justificación por la inasistencia a la audiencia referida *ut supra* de mi Abogada Defensora, más aún que con ello se salvaba mi derecho al debido proceso y a la defensa conforme lo expuse en numerales anteriores.

10.- <u>HECHO QUE SE EXIGE</u>.-

Por las consideraciones expuestas en esta acción extraordinaria de protección, habiendo quedando demostrado que se han violado derechos constitucionales del suscrito legitimado activo, de manera muy respetuosa y comedida SOLICITO a los señores Jueces Constitucionales:

a. Que en sentencia, se acepte esta acción extraordinaria de protección que estoy planteando;

b. Que se declare que se ha vulnerado el derecho a la no discriminación por razones de estado de salud (numeral 2, del Art. 11 de la Constitución de la República, en concordancia con el Art. 32, y numeral 4 del Art. 66 de la misma Carta Magna); se ha vulnerado el derecho a la Aplicación directa e inmediata de la Constitución de la República por parte del servidor judicial asignado al presente caso (numeral 3, del Art. 11 de la Constitución de la República); se ha vulnerado la garantía de restricción de derechos y garantías constitucionales (numeral 4, del Art. 11 de la Constitución de la República); se violentado la Aplicación e interpretación que favorezca la efectiva vigencia de la norma constitucional (numeral 5, del Art. 11 de la Constitución de la República); se ha violado el derecho a no menoscabo injustificado de los derechos constitucionales por acción de carácter regresivo (numeral 8, del Art. 11 de la Constitución de la República); se ha vulnerado el derecho de libertad en lo que respecta a que ninguna persona puede ser obligada a ser algo prohibido o dejar de hacer algo no prohibido por la ley (literal d), del numeral 29, del Art. 66 de la Constitución de la República); se ha violado El derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita (Art. 75 de la Constitución de la República); se ha violado el derecho al debido proceso (numeral 1 del Art.76 de la Constitución de la República); se vulneró el derecho a la defensa (literales *a, b, c, g, l*, del numeral *7*, del Art. 76 de la Constitución de la República); se violentó el derecho a la seguridad jurídica (Art. 82 de la Constitución de la República); se violentó el derecho a no sacrificar a la justicia por la mera omisión de formalidades (Art. 169 de la Constitución de la República); se violentó el derecho a la debida diligencia (Art. 172 de la Constitución de la República); se violentó el derecho de aplicar el principio PRO SER HUMANO, de no restricción de derechos, de aplicabilidad abierta y de cláusula abierta (Art. 417 de la Constitución de la

República); y, se vulneró el principio de jerarquía y prevalencia de la Constitución (Art. 424 y 425 *ibídem*).

c. Que se deje sin efecto lo actuado desde el auto de fecha "Quito, 01 de Abril de 2013; a las 16H00", dictado dentro del juicio penal No. 099-2013VB, sustanciado por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia integrada por los señores Jueces Dr. Wilson Merino Sánchez, Dr. Vicente Robalino Villafuerte y Dr. Edgar Flores Mier;

d. Disponer la prosecución del procedimiento contemplado en el Código de Procedimiento Penal para el recurso de casación por parte de otros Jueces Nacionales, quienes deberán convocar a la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso de casación;

11.- La presente acción extraordinaria de protección permitirá a la Corte Constitucional, solventar las violaciones graves de derechos al suscrito, establecer precedentes judiciales y sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional, como: La trascendencia del caso fortuito como causa de justificación en los procesos judiciales y la extensión del derecho pro humano; sin perjuicio que vosotros, de oficio, en virtud del principio de suplencia y el principio *iura novit curia*, entre otros, apliquen lo que consideren pertinente.

12.- <u>LUGAR DE NOTIFICACIÓN DE LA PRESENTE ACCIÓN A LA PERSONA ACCIONADA</u>.-

Las personas accionadas o legitimadas pasivas, son los señores: Dr. Wilson Merino Sánchez, Dr. Vicente Robalino Villafuerte y Dr. Edgar Flores Mier, Jueces de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, a quienes se les notificará con la presente acción extraordinaria de protección, en sus despachos públicos que lo tienen ubicado en la Corte Nacional de Justicia, sito: calles Amazonas No. 37 – 101 intersección de la calle Unión Nacional de Periodistas, de esta ciudad de San Francisco de Quito, D.M.; lugar conocido por el señor Secretario de la Corte Constitucional.

13.- LUGAR PARA NOTIFICACIONES DEL ACCIONANTE.-

El suscrito accionante recibirá notificaciones en la **casilla constitucional No.1201**, sito: Bajos de la Corte Constitucional, en esta ciudad de Quito, D.M..-

14.- AUTORIZACIÓN A LETRADOS.-

Autorizo a la Abg. Merly Barberán Solórzano y Abg. Juan Carlos Quintana Wilches, para que en mi nombre y representación, sea de forma individual o colectivamente, presenten tantos y cuantos escritos sean necesarios durante la tramitación de la presente causa constitucional, así como puedan comparecer a cuantas audiencias o diligencias sean convocadas, bastando en lo posterior sus solas firmas.

Hágase Justicia Constitucional.-

Luis M. Gavilánez Jiménez

Abg. Merly Barberán Solórzano
Mat. 09-2006-66
Foro de Abogados

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA DE LO PENAL
RECIBIDO: Valoria B.
FECHA: 19/04/2013 HORA: 15h21
FIRMA:

PRESENTADO: Quito, hoy diecinueve de abril del dos mil trece, las quince horas, veintiún minutos. - Certifico.-

DRA. MARTHA VILLARROEL VILLEGAS

SECRETARIA RELATORA (E)