

una lamentación, el hecho de que le resulte difícil a la representante del Ministerio Público entender nuestras intervenciones, yo voy en esta corta intervención, tratar de hablar en términos más sencillos, de repente, cuando uno hace referencia a algunos aspectos fácticos o aspectos de derecho, comete el error de que no todos lo entiendan, ese es el caso que se ha presentado acá. Siendo así, yo voy a referirme de manera precisa” El Dr. Johnny Ayluardo toma la palabra y señala que: “El Tribunal considera que no es adecuado calificar la intervención de los sujetos procesales” El abogado Vizuela contesta que: “Lo dijo ella, no lo dije yo.” El Dr. Johnny Ayluardo dice: “Por favor” Retoma la palabra el abogado Vizuela y alude que: “Cuando lo dijo ella está bien, cuando lo decimos nosotros está mal, correcto Presidente le acepto, le acepto”. El Doctor Johnny Ayluardo indica que continúe y cede la palabra nuevamente al abogado Vizuela, quien agrega: “He mencionado claramente que el error de derecho se relaciona con un aspecto muy puntual, la vulneración del principio de reserva o legalidad, violación del principio de reserva o legalidad. Esa violación del principio de reserva o legalidad que hace referencia a la tipicidad, la tipicidad, permíteme a riesgo de redundar en algo muy conocido de sobra por ustedes, pero por necesidad de la defensa para que pueda ser entendido, no es sino la adecuación de la conducta al tipo, pues, y cuando hablamos de esa adecuación de conducta milimétrica que pronuncié claramente, de una conducta de un hecho fáctico al tipo penal, señor juez y señoras Juezas, ¿tengo o no que referirme a los aspectos fácticos? ¿cómo poder hablar de tipicidad sin mencionar la conducta? yo no veo la forma de poder hacerlo; resulta algo imprescindible para poder mencionar que lo uno no se adecúa al tipo penal, tener que establecer justamente esta comparación para ver, finalmente, si se amolda, si se encuadra, si se encasilla, cualquier término que podamos establecer y hemos señalado que esta vulneración, pues, está en lo que prevé el artículo 158, que me permití dar lectura, con su venia, el artículo 158 del Código Penal ¿es un aspecto fáctico acaso?, el artículo 2 del Código Penal, el artículo 2 del Código de Procedimiento Penal? la garantía básica del debido proceso, del artículo 76 de la Constitución ¿son aspectos facticos acaso? ¿resulta difícil poder ver qué son aspectos de derecho?, y que, en eso que hemos centrado en esta mañana, a lo largo de casi una hora nuestra intervención, escuchar, señores jueces, aspectos como se

menciona, en primer lugar, lo del aspecto de nulidad, acá en mi Código de Procedimiento Penal, el artículo 331, es claro, si al momento de resolver un recurso, cualquiera que este sea, la Corte respectiva, Corte Provincial o Corte Nacional, -eso no lo dice el código, lo digo yo para que pueda ser, observar que existe alguna de las causas de nulidad enumeradas en el artículo anterior-, estará obligado a declarar de oficio o a petición de parte la nulidad desde el momento en que se produjo la nulidad a costa del funcionario u órgano jurisdiccional que lo hubiere provocado, resulta, entonces, escuchar que es impertinente la alusión a aspectos de nulidad, porque no estamos tratando nulidad, sino que estamos tratando casación, respecto a la posición de la Fiscalía General, mencionar después que en el artículo 39 de la desestimación, que fue lo que hizo referencia al tema puntual, dice que es después de un año que se puede, y no antes, y que lo otro, lo del artículo hace referencia, es al archivo provisional, sí, pero es parte del artículo 39.1 que hace referencia al archivo provisional y al archivo definitivo y que no puede confundirse con el tema de la desestimación, que persigue dos argumentos o precedentes necesarios, que el hecho no constituya delito o que exista un obstáculo legal para poder investigar y, aquí este artículo 39 dice algo que yo lo mencioné, respecto al peso de la resolución, al peso que tiene fuerza de autoridad de cosa juzgada, cuando mencioné, y ahora lo voy a indicar, tercer inciso, la resolución del juez de garantías penales no será susceptible de impugnación. Entonces, si no era susceptible de impugnación, pero, sí se la puede, en todo caso, el mismo Fiscal que la solicitó, aun cuando ya estaba en firme y ejecutoriada hace mucho tiempo esa resolución, finalmente entrar, finalmente, a decir sin declarar nulidad, ni nada, vamos nuevamente, borre y va de nuevo ignoremos esa resolución y pidamos nuevamente una nueva investigación, ahora fundamentado en el artículo 39 por que han aparecido 'nuevas pruebas viejas' que no han sido consideradas, no, 'nuevas pruebas viejas' que no fueron consideradas. Acá se hace mención a aspectos que guardan relación y ya los aclaró Pedro Granja, respecto al tema de la sentencia, que no es esta, si no es la otra, que no es la sentencia uno, sino que es la sentencia dos, acaso es necesario repetir, más allá de lo que queda claro, aún en el evento, asumamos que la representante de la Fiscalía tiene toda la razón, asumamos, acaso ignoramos entonces que la Constitución de la República establece

en el artículo 169 que las nulidades de una u otra manera, no son absolutas? ¿que la omisión de una formalidad no es causa para poder omitir el cumplimiento de la justicia? ¿acaso las disposiciones del recurso de casación, que ustedes lo conocen, tan bien de sobra, no establece de que aun en el evento de que la parte, incluso, no haya fundamentado correctamente la casación, acaso se desconoce en esta audiencia que el tribunal es el encargado para que prime la justicia, el hecho de establecer de que aun cuando la parte no haya justificado, si observan que, efectivamente, tal violación a la sentencia, a la ley en la sentencia, tienen que así declararlo? pero, estamos viendo formalidades cuando de repente escucho que se termina una intervención diciendo que pide que se niegue la casación en virtud de que la conducta realizada por la profesora Mery Zamora, se adecúa en el tipo penal previsto en el artículo 158; ¿estamos acaso en este nivel de ver si la conducta se encuentra o no configurada en el tipo penal sancionado? o estamos para ver una violación a la ley en la sentencia, ¿para que estamos acá?, estamos aquí porque nosotros consideramos de lo que se menciona en esa sentencia y los verbos rectores, de manera puntual, los elementos constitutivos, tanto objetivos, como subjetivos, dentro de nuestro punto de vista, no nos concurrieron en lo absoluto, porque consideramos que para hablar en términos más sencillos ¿acaso se puede matar a alguien que murió hace tres horas? eso es lo que se nos plantea en una sentencia, que la interrupción del servicio público que se encontraba ya suspendido desde las siete y media, ocho de la mañana de manera fáctica, que la hayan hecho a las nueve horas y treinta o diez de la mañana por parte del Ministro de Salud, pero de manera fáctica estaba suspendida, un servicio de educación a esa hora, sucede que cuando llega Mery Zamora al Colegio Aguirre Abad, lo interrumpe por segunda vez, cuando ya un servicio que estaba interrumpido y suspendido desde las siete y media, con todos los estudiantes fuera del Colegio Aguirre Abad, finalmente va ella y una vez más, a justificar la interrupción o suspensión por segunda vez. Nosotros no podemos creer que se puede matar a alguien dos veces, si ya un servicio está suspendido, no podría ser suspendido por segunda vez, de tal manera que ese es el sustrato de nuestra argumentación para el recurso. Por no existir justamente una consonancia entre el tipo penal, por el que ha sido sancionado y la conducta que fue descrita en la sentencia por

parte del tribunal, tanto del de primera instancia como el de segundo nivel, porque vamos a observar que llegamos a la misma conclusión, no existe ninguna distinción entre la una y la otra. Gracias señor Presidente”

4.4. Intervención de la Procesada Mery Segunda Zamora García, quien manifestó: “Muy buenos días, señor Presidente, señoras Juezas, representantes de la Fiscalía, demás presentes acá, a mis abogados, bueno yo creo que durante todo este proceso como mujer, como madre, como maestra, como una luchadora social, que tengo más de veinte años, durante todos estos casi cuatro años que he tenido que enfrentar este proceso penal, por el cual hoy se me pretende recluir ocho años en la cárcel, creo que desde el punto de vista jurídico, legal, incluso constitucional, ha quedado demostrado que no soy culpable del delito por el cual se me pretende sentenciar. En todo caso, yo he dicho durante todo este proceso, soy una mujer que da la cara, yo no me escondo y cuando hablo miro a los ojos, porque el que nada debe nada teme y más rápido cae un mentiroso que un ladrón, y yo no miento, créanme, en mi vida, desde muy joven me he dedicado a luchar por los intereses, por los derechos de los demás, ese ha sido mi delito seguramente y lo he hecho con mucha convicción, la valentía que tengo para no esconderme y de dar la cara, no es porque responde a un poder, no, mi valentía responde a que soy una mujer con convicciones y soy una mujer que tiene dignidad, y la dignidad para mí, no tiene precio, no tiene precio, tiene un valor incalculable y yo creo que en las circunstancias en las que me encuentro voy a seguir mirando a los ojos, no voy a bajar la mirada, porque yo creo que ese es el legado más grande que le puedo dejar a mis dos hijos, a mis estudiantes, discúlpenme la emotividad, soy una mujer que la firmeza, la convicción y la conciencia, no la he heredado, la he adquirido, fruto de ello, todo lo que hemos tenido que pasar la mayoría de ecuatorianos, necesidades y todo esto, pero eso no significa que esté revestida de piedra o de hierro, no, soy un ser humano, soy una madre que éste día lo único que me duele es que mi hijo Eduardo Patricio, de catorce años, no me pueda acompañar como ahora. En los otros procesos me ha acompañado, porque él sufre de asma y la ciudad de Quito y la altura le hace daño, pero él siempre ha estado conmigo y a pesar de las lágrimas que él siempre ha derramado y que es lo único que a mí me arranca dolor y hace que mis ojos se llenen de



lágrimas y que no es muestra de debilidad, sino que ustedes quienes son padres y madres saben que cualquier situación que uno enfrente, siempre los más golpeados son los hijos, pero, a pesar de eso, créanme mis hijos saben, Eduardo Patricio y Gerardo Andrés, un joven de veinte años, seleccionado de boxeo en Manabí, él sabe y Eduardo Patricio, que su madre no ha robado, no ha matado a nadie, no está envuelta en actos de corrupción, su madre simple y llanamente, ha luchado durante toda la vida y voy a seguir luchando más allá de los años de cárcel, que de manera injusta se me pretendan dar o no, voy a seguir luchando, mi voz no se va a callar, y a mis hijos les he enseñado y les seguiré enseñando, que la lucha continúa y siempre va a continuar, así que, señor Presidente, señoras Juezas, yo soy inocente, soy inocente y yo creo que al final del túnel siempre hay una luz, y esa luz va salir y va a brillar como debe de ser, porque la verdad siempre triunfa, y yo espero esa verdad al final y la espero también de ustedes, yo voy a esperar con mucha tranquilidad, con la serenidad que siempre he tenido y con la misma firmeza y convicción que me caracteriza, porque yo si soy una mujer de izquierda, soy una mujer convencida de que la lucha por las reivindicaciones, la lucha por las libertades, por una auténtica democracia, por una justicia que realmente haga justicia, sí es posible y en ustedes está, no tengo más que decir, simple y llanamente, que actúen en derecho, nada más, Muchas Gracias."

5. CONCEPCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN:

Semánticamente, la casación proviene del vocablo francés *casser* que denota anular, romper, quebrantar. Expresiones que destacan la naturaleza anulatoria de este medio de impugnación¹ que se origina en los ordenamientos jurídicos de la revolución francesa del siglo XVII, mediante la ley número 27 de 1 de diciembre de 1790 dictada por la Asamblea Nacional que creó un tribunal de casación para anular aquellos procedimientos violatorios expresados en las sentencias.

¹ Humberto Fernández Vega, *La casación en el sistema penal acusatorio*, Bogotá, Editorial Leyer, Cuarta edición, s.f., p. 26. Véase también: Francesco, Carnelutti, *Derecho Procesal Penal*, México, Oxford University Press, 1999, p. 174 sobre el error judicial y la impugnación; Francesco, Carnelutti, *Cómo se hace un proceso*, Bogotá, Editorial Temis, Tercera edición, 2012, pp. 33/40 sobre los jueces legos y profesionales, p. 117 la decisión judicial y el error.

La casación es un medio impugnatorio extraordinario, por el que se realiza el análisis de *errores iure* presentes en una sentencia, los mismos que pueden ser *in procedendo* o *in iudicando*; violación de la ley en la sentencia que puede suscitarse ya sea por contravención de su texto, su mala aplicación o errónea interpretación.² Al ser un recurso vertical y extraordinario, analiza la sentencia dictada por el juzgador de instancia; debe desvanecer cualquier tipo de error que se haya suscitado al momento de aplicar las normas del ordenamiento jurídico por el juzgador (*error iure*), a un caso concreto, ya que los hechos probados en la sentencia se entienden que son ciertos, a menos que se comprueben errores en la aplicación de la sana crítica, considerados por la doctrina como *error incogitando*.³ Por tanto, la finalidad primordial de la casación en un Estado constitucional de derechos y justicia es la protección y la garantía de los derechos fundamentales del individuo y la realización del derecho material.⁴

La casación penal, en los delitos de acción pública, se puede interponer en contra de la sentencia que ha dictado el órgano jurisdiccional de segunda instancia y en la que se verifica una violación de la ley; este mandato legal está recogido en los artículos 349 y 350 del Código de Procedimiento Penal, que establecen que *el recurso de casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, ya sea en un proceso de acción pública o privada*; por lo que, a través de este medio de impugnación, no le corresponde a este Tribunal analizar otras piezas procesales que no sea la sentencia impugnada.

La casación es una institución jurídica, concebida como un medio de impugnación de fallos violatorios de la normatividad sustantiva; establecida, con el fin de garantizar la corrección sustancial y la legalidad formal del juicio previo, exigido por la Constitución, para asegurar el respeto a los derechos individuales y a las garantías de igualdad ante la ley,

² Fabio Calderón Botero, *Casación y Revisión en materia penal*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, Segunda edición, 2008, pp. 6-8. La casación no es una nueva instancia sino una fase extraordinaria del proceso en la que se debate en iure la legalidad de la sentencia, por tanto no existen términos probatorios ni se permite actuar prueba.

³ Valentín Héctor Lorences, *Recursos en el proceso penal*. Buenos Aires, Editorial Universidad, 2007, pp. 125-127. El objetivo de la casación es verificar que la sentencia cumpla con todas las garantías de legalidad previstas en la Constitución y la ley.

⁴ Orlando Rodríguez, *Casación y Revisión Penal. Evolución y Garantismo*. Bogotá, Editorial Temis, 2008, pp. 87-116. Aunque a la casación se le ha dotado también de la función unificadora de la jurisprudencia y aplicación uniforme de la ley (nomofilaxis) esta función tiene que redefinirse frente a la actividad de la Corte Constitucional. Sobre la función nomofiláctica véase Teresa Armenta Deu, *Lecciones de derecho procesal penal*, Madrid, Marcial Pons, cuarta edición, 2009, pp. 278-279

inviolabilidad de la defensa, debido proceso, entre otras garantías constitucionales; así como, y en tratándose de materia penal, el mantenimiento del orden jurídico penal por una más uniforme aplicación de la ley sustantiva.⁵

La naturaleza del recurso de casación está íntimamente ligada con el derecho que tenemos todos los ciudadanos a la seguridad jurídica, consagrado en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador⁶; es por ello, que en efecto, los ciudadanos tienen el derecho de reclamar el debido respeto y aplicación de la normativa vigente, al momento en que se presenta en la realidad cierta situación jurídicamente relevante y que cuenta en dicho período de tiempo con regulación legal. Dentro de la sentencia impugnada, cualquier vulneración al ordenamiento jurídico, que tenga como catalizador la actuación del juzgador al emitir su resolución, encuentra solución mediante el recurso de casación, el cual tiene como finalidad fundamental la corrección de errores de derecho.

Respecto a los parámetros para analizar el recurso de casación, este órgano jurisdiccional ha señalado: La interposición del recurso de casación por parte de uno de los sujetos procesales, impone en ellos tres obligaciones para su debida fundamentación: a) La determinación de un artículo específico, vigente dentro del ordenamiento jurídico, que se considere vulnerado mediante la sentencia expedida por el juzgador de última instancia; b) La adecuación de esa vulneración a una de las causales que taxativamente prevé el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, para la procedencia del recurso de casación, con la finalidad de indicar si la violación del ordenamiento jurídico responde a la contravención expresa de su texto, indebida aplicación o errónea interpretación; y, c) Los argumentos jurídicos que sustentan el haber interpuesto este recurso extraordinario, en los cuales debe hacerse mención a la parte de la sentencia del Tribunal *ad quem* que contiene la vulneración;

⁵ Calderón Botero en su obra "Casación y Revisión en materia penal", Ediciones Librería del Profesional. Bogotá-Colombia. 1985. señala que: "Se puede afirmar que la casación penal es un medio extraordinario de impugnación, de efecto suspensivo, contra sentencias definitivas que acusan errores de juicio o de actividad, expresamente señalados en la ley, para que un tribunal supremo y especializado las anule, a fin de unificar la jurisprudencia, proveer a la realización de del derecho objetivo, denunciar el injusto y reparar el agravio referido"

⁶ La Corte Constitucional del Ecuador, en torno a la seguridad jurídica ha señalado "... [que] se entiende como certeza práctica del derecho y se traduce en la seguridad de que se conoce lo previsto como lo prohibido, lo permitido, y lo mandado por el poder público respecto de las relaciones entre particulares y de éstos con el Estado, de lo que se colige que la seguridad jurídica es una garantía que el Estado reconoce a la persona para que su integridad, sus derechos y sus bienes no sean violentados y que en caso de que esto se produzca, se establezcan los mecanismos adecuados para su tutela..." (Sentencia Nro. 006-09-SEP-CC. de 19 de mayo de 2009).

la comparación entre la interpretación o aplicación del ordenamiento jurídico que, a criterio de la recurrente, debía efectuarse y aquella que realizó el órgano jurisdiccional de instancia; y, por último, la trascendencia del error de derecho que se ha presentado en el fallo impugnado, esto es, como ha influenciado en su parte dispositiva.

De lo señalado deviene, que la casación es un medio de impugnación extraordinario, contra la sentencia de última instancia, el cual se caracteriza por su aspecto eminentemente técnico-jurídico, o de formalidad, igualmente jurídica; y, que es limitado a determinadas resoluciones por las causales que la ley ha fijado; es por ello, que a la casación se la considera una sede extraordinaria de control de legalidad, y por ende, de corrección de errores trascendentales cometidos por los estadios ordinarios del proceso.⁷

6. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL:

6.1. El derecho penal como una rama más del universo que conforma el derecho, busca coadyuvar a la convivencia tranquila de los seres humanos. Cuando el derecho penal le expropia el derecho de la víctima a la retaliación busca precisamente evitar la venganza irracional, logrando canalizar la misma por una vía pacífica, es decir, tomando las normas penales para castigar esa conducta. De ahí por eso en el proceso penal se verifican dos polos. Del primero, la víctima representada por el Estado y, del segundo, el acusado representado por su defensa.

Cesare Bonesana entendió bien cuando en 1764 escribía el ensayo titulado *De los Delitos y las Penas*, donde sus principales postulados consistían en establecer ciertos lineamientos que contribuyan al abandono del derecho arbitrario y cruel que se practicaba por aquellos años. Esbozaría el principio de legalidad, perfeccionado luego por Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach. En esta construcción de ideas, encaminadas a mermar el poder del Estado frente

⁷ Samuel Ramírez Poveda en su obra "Los Errores de Hecho en Sede de Casación Penal" (Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Ltda., 2002, p. 19) señala: "La actual casación penal ha de concebirse como un recurso extraordinario, mediante el cual se pone en marcha un juicio técnico limitado de derecho, sobre los procesos de los cuales han surgido sentencias que no han adquirido el carácter de firmeza, con el propósito de hacer efectivo el derecho sustantivo y las garantías debidas a quienes intervienen en el proceso penal, unificar la jurisprudencia nacional como criterio auxiliar del derecho (...) y reparar agravios inferidos por las determinaciones del fallo impugnado a los intervinientes. Se trata entonces coetáneamente, de un juicio enmarcado en la dilogía de legalidad y necesidad. [-sic-] En sentido lato, se trata de un medio de impugnación de fallos violatorios de la normatividad sustantiva."

a sus súbditos, aparecen otros juristas a quienes se les atribuye la primera creación esquemática del delito. Franz von Liszt y Ernst von Beling fundan entonces el esquema clásico del delito mismo que, con algunas variaciones, ha sobrevivido por más de un siglo. La creación de este sistema da forma y definición a la palabra "delito", llegando a construirse actualmente como la acción, típica, antijurídica, culpable, es decir la tan conocida fórmula del verbo junto a tres adjetivos. Después que fue creado este sistema categorial muchos cambios han operado en él, dependiendo de las inclinaciones filosóficas, políticas, sociales en todo el mundo. Así, al concepto de acción se le han juntado el de omisión y se ha logrado añadir otros adjetivos, como por ejemplo, el de punible, tomando en cuenta que el delito deriva inevitablemente en eso, por aquello de la pena que contiene cada infracción. Por eso, Francisco Muñoz Conde, dice que: "(...) desde el punto de vista jurídico, delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena"⁸

Todo esto para explicar que se parte de tres características comunes que todo delito debe contener, como son: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, todas contenidas en nuestra legislación penal en los primeros articulados de la ley sustantiva del ramo; la doctrina ha sido la encargada de ir desarrollando cada una de estas categorías dogmáticas entre las cuales debe existir una suerte de secuencia, pues, se entenderá que "(...) el peso de la imputación va aumentando a medida que se pasa de una categoría a otra."⁹ Entonces sí la acción "matar" está contenida en la norma penal, ese hecho se adecua a la descripción que el legislador ha previsto en la ley, por lo tanto, ese acto ya es típico. Que el acto sea típico nos permite pasar a la siguiente categoría, como es la antijuridicidad. En esta, lo que se analiza es, si esa conducta ya calificada como típica, es contraria a derecho, como en efecto lo es. Finalmente, siendo la acción típica y antijurídica, corresponde saber si es culpable, es decir, si a la persona se le puede atribuir esa acción. Si se le aumenta la punibilidad entonces observaremos si esa conducta típica, antijurídica, culpable, además, merece una pena impuesta por el Estado.

Ahora bien, cada uno de estos diques contienen elementos que deben ser observados al momento de confirmar si una acción puede y debe ser calificada como delito. La acción,

⁸ Francisco Muñoz Conde, *Teoría General del Delito*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2005, 2ª ed., p. 1

⁹ *Ibíd.*, p. 4.

generalmente, coincide con la conducta descrita en el tipo de la figura del delito. Por ejemplo, las acciones de “cantar” y “bailar” a diferencia de las de “matar” y “violar”, es que las últimas están previstas y tipificadas como delitos en nuestro Código Penal. “La realidad ontológica del comportamiento humano sólo adquiere relevancia jurídico-penal en la medida en que coincida con el correspondiente tipo”¹⁰ De lo dicho, se puede colegir, que la acción va de la mano con la tipicidad, por lo que se analizará esta última.

Como se dijo líneas anteriores, Feuerbach desarrolló la máxima que luego llegaría a ser un principio básico del derecho penal, cuando dijo *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*. La ley previa, necesaria para establecer qué conductas son delictivas e imponer una pena, ha sido una constante lucha de la humanidad, precisamente, para evitar los excesos del poder punitivo, en palabras del maestro Eugenio Zaffaroni.

Ese principio de legalidad se ha fortalecido a lo largo de la historia hasta instalarse en instrumentos internacionales y constituciones en todo el mundo. Desde la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948,¹¹ pasando por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966,¹² la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969¹³ y llegando hasta nuestra Constitución de la República, que dice, en su artículo 76.3 “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento” Es decir, que esta garantía es base fundamental del debido proceso, necesaria para configurar la seguridad jurídica como derecho máximo en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia; Estado que se funda sobre la base de la existencia de normas jurídicas, previas, claras y públicas.

¹⁰ Ibid., p. 8

¹¹ Artículo 11.2.- Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito

¹² Artículo 15.1.- Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

¹³ Artículo 9.- Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello

Por imperativo del principio de legalidad, en su vertiente de *nullum crimen sine lege*, solo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales. Ya que este principio constituye "(...) la expresión de uno de los más importantes fines de garantía individual asumidas por el Derecho Penal moderno."¹⁴ A este respecto, debemos considerar que el citado principio es un esfuerzo de la política criminal del Estado, por afianzar el mandato de 'certeza' en el castigo, con la mayor efectividad de la norma correspondiente.¹⁵ El principio en mención, en materia penal significa que la utilización precisa y cierta de la norma penal al caso dado, descarta cualquier tipo de interpretación antojadiza, arbitraria, basada en la costumbre en el derecho de los jueces y en la analogía con otras leyes. Esto implica que la única fuente del derecho penal es la ley dictada por la Asamblea Nacional.¹⁶ La finalidad garantista a que responde el mandato de determinación como emanación del principio de legalidad, tiene un doble aspecto. Por un lado se dirige al legislador, imponiéndole la exigencia de una *lex certa*. Por otro lado, se dirige al juez, prohibiéndole la aplicación de la analogía de esa *lex certa* y obligándole, en consecuencia, a ceñirse a la *lex stricta*.¹⁷

Ahora bien, en caso de que procedan estos tres elementos constitutivos del delito, se deberá analizar la culpa como elemento de enlace entre el actuar ya culpable y el hecho típico antijurídico. Corresponderá al Tribunal Penal la ardua labor de imponer una pena y arrancar del ser humano uno de sus derechos más valiosos después de la vida, como es la libertad. Paradójicamente, los dos derechos son connaturales, porque vienen juntos, correspondiéndole al juzgador penal separarlos en caso de encontrar una conducta delictiva. Esto ha dado lugar a que el ser humano luche durante siglos por establecer parámetros que contribuyan a circunscribir ese maltrato psicológico que se inflige con la imposición de la pena. Edgardo Donna, sostiene que "(...) una de las mayores conquistas del liberalismo jurídico frente al poder del Estado fue limitar esa amenaza de pena, en un sistema

¹⁴ Muñoz Conde Francisco, *Introducción al del Derecho Penal*, B de F Ediciones, Montevideo Buenos Aires, 2001, pág. 140

¹⁵ Cfr. Silva Sánchez Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, B de F Ediciones, Montevideo Buenos Aires, 2010, pág. 402

¹⁶ Cfr. Donna Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos - Teoría de la ley penal*, Rubinzal - Culzoni, Editores, Pág. 340

¹⁷ Ob. Cit. Pág. 406

cerrado, donde se describen algunas acciones que van en contra de la norma, y por lo tanto, que afectan el bien jurídico”¹⁸

6.2. El derecho constitucional a la libertad, debe ser preservado para cualquier persona debido a la gran importancia que este reviste al ser parte esencial de la naturaleza del ser humano y un valor supremo, sin embargo, se ve limitado cuando se perpetua una infracción penal, esa limitación está respaldada por una serie de garantías que señala la Constitución de la República, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, las leyes, y el Código de Procedimiento Penal. Por ende diremos que, sólo se debe privar de la libertad a una persona, después de que un juez competente llegue a la certeza, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinado a través de una sentencia condenatoria en firme, posterior a un juicio transparente, público, con observancia de las reglas del debido proceso. De allí radica la importancia del principio de inocencia consagrada en algunos tratados internacionales vigentes en el país como son: Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 11.1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 14.2; Convención Americana sobre Derechos Humanos artículo 8; Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales artículo 6 numeral 2; Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que a su vez es entidad autónoma de la Organización de los Estados Americanos, artículo 53 apartado VII; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XXVI; Comentario General del Comité de Derechos Humanos sobre algunos Artículos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14 numeral 7.

Algunos tratadistas nos dan definiciones de lo que debemos entender por presunción de inocencia; por ejemplo “(...) Mientras no sean declarados culpables por sentencia firme, los habitantes de la nación gozan de un estado de inocencia, aun cuando con respecto a ellos se haya abierto causa penal y cualesquiera sea el progreso de la causa. Es un estado del cual se goza desde antes de iniciarse el proceso y durante todo el periodo cognoscitivo de éste.”¹⁹

¹⁸ Edgardo Alberto Donna, op. cit., p. 361.

¹⁹ Clariá Olmedo, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I, p 230

El mencionado principio es aquel conforme el cual la persona sometida a un proceso disfruta de un estado o situación jurídica que no requiere construir sino que incumbe hacer caer al acusador. Lejos de ser un mero principio teórico de derecho, representa una garantía constitucional insoslayable para todos; es la máxima garantía del procesado y uno de los pilares del proceso penal acusatorio. De acuerdo con el profesor Hassemer, en su obra Fundamentos del Derecho Penal: *"quien no defiende la presunción de inocencia aún en caso de sospecha vehemente del hecho en forma radical, le quita valor al procedimiento principal, y eleva los resultados del procedimiento instructivo provisionales y adquiridos con instrumentos jurídicamente menos idóneos, a la categoría de sentencia condenatoria"*. Es necesario para desvirtuar esta presunción aportar con pruebas debidamente actuadas dentro de un proceso que asegure en su totalidad las garantías constitucionales.

El tratadista ecuatoriano Jorge Zavala Baquerizo, señala que: *"La inocencia es general, la culpabilidad es concreta. Se es generalmente inocente y concretamente culpable."*²⁰ De esta manera se entiende, que lo que se presume no es la inocencia, sino la culpabilidad, la inocencia no desaparece sino cuando existe una sentencia de culpabilidad que se encuentre ejecutoriada. Hay que tener siempre presente que cuando se inicia un proceso penal se investiga si una persona cometió o no un delito, si participó o no del ilícito, en calidad de autor, cómplice o encubridor; es decir, si es culpable; más no se investiga si la persona es inocente o no, debiendo indicar que dicha inocencia tiene que mantenerse a lo largo de todo el desarrollo del proceso, y ésta únicamente se destruye con la sentencia ejecutoriada que establece que la persona sí estuvo vinculada en el delito por el cual se inició un proceso penal.

Ecuador, al ser un Estado Constitucional de derechos y justicia, nos somete a gobernantes y gobernados a los mandatos consagrados en la Constitución, toda vez que la misma es la norma jurídica fundamental. El parámetro para limitar el derecho penal en un Estado Constitucional de derechos y justicia, es la dogmática penal. A la luz de todo lo expuesto, este Tribunal de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, procede a realizar las siguientes consideraciones:

²⁰ Jorge Zavala Baquerizo, "Tratado de Derecho Procesal Penal", Editorial EDINO, Tomo I, p. 197.

6.3. En el marco del cumplimiento del rol de este Tribunal de Casación, como un órgano de control de la legalidad de los fallos emitidos por los jueces de segunda instancia, y de subsanador, en el caso de haber, de los yerros jurídicos de la sentencia; previo a analizar los argumentos de la recurrente, a los cuales nos referiremos en el siguiente punto al hacer el examen de casación; dado que el proceso que nos ocupa, traído ahora a sede casacional, deviene del delito de sabotaje a los servicios públicos y privados por lo que resulta pertinente realizar el análisis del delito en cuestión.

El artículo 158 del Código Penal que se refiere al delito de sabotaje a servicios públicos o privados se encuentra incorporado al capítulo cuarto del mismo Código Penal que corresponde a los delitos de Sabotaje y Terrorismo, entendiéndose al delito de sabotaje como el acto delictual, y deliberado, en que se daña o destruye, bienes públicos o privados, con el objeto de anular su funcionamiento, o ponerlos fuera de servicio.

El ilícito por el que se ha iniciado el enjuiciamiento hay que diferenciarlo del delito de terrorismo, el mismo que *"(...) toma en consideración la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, aclarando que no se aplicará cuando los hechos a juzgar tuvieren lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional."*²¹

Establecida la distinción entre ambas acciones señaladas en el capítulo cuarto, antes referido, resulta necesario centrarnos, de manera específica, en el artículo 158 del Código Penal, pues este es, exactamente, el delito por el que ha sido procesada la recurrente. Empezamos el análisis por describir los cinco verbos rectores contenidos en la norma penal sujeta análisis esto es: destruir, deteriorar, inutilizar, interrumpir o paralizar. En ese sentido, destrucción: Aniquilamiento, ruina, asolamiento, inutilización, deterioro. ²² Deterioro: Menoscabo, detrimento, desperfecto o avería, daño o perjuicio.²³ Inutilización: Consiste en la destrucción total o parcial de un bien inmueble o mueble siempre que tal

²¹ Gustavo Franceschetti, Reflexiones político-criminales en torno a la ley que pune el Terrorismo y Financiación del Terrorismo, Estudio realizado para ser presentado al II Encuentro Inter-Cátedras de Derecho Penal de la UBA (Javier De Luca) y UNR (Daniel Erbetta), 16 de marzo de 2012 en la Facultad de Derecho de la UNR.

²² Cabanellas de Torres, Guillermo "Diccionario de Ciencias Jurídicas" Ed. Eliasta, Buenos Aires, 2006, p. 319.

²³ Op cit., p. 320

acto pueda ocasionar perjuicio.²⁴ Interrupción: Obstáculo, estorbo o impedimento para seguir una cosa o continuar una situación. Aplazamiento, suspensión, cese temporal de iniciada actividad con el propósito de ulterior prosecución.²⁵ Paralización: Detención, impedimento, dificultad que surge en la marcha de algún asunto o en el movimiento de algún cuerpo o aparato.²⁶

Por otro lado, la dogmática penal nos enseña que en los delitos de sabotaje, el bien jurídico protegido,²⁷ es la seguridad pública, a decir de Leonardo Cruz Bolívar, todo delito implica un daño, una desconfianza social: ello se puede sostener desde un punto de vista sociológico, pero cuando se atenta contra esa certeza de que se convive en un ambiente de comunes expectativas de no agresión se entra en la desconfianza colectiva y en la incertidumbre acerca de un eventual atentado a la comunidad. En tal momento, se ingresa en la ruptura de la seguridad pública entendida como orden público, seguridad interior, etc.²⁸

7. DE LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO Y DE LAS VULNERACIONES LEGALES INVOCADAS POR LA RECURRENTE:

Previo al análisis de los cargos formulados por la defensa de la recurrente, es necesario precisar que: *“La premisa jurídica fundamental para vincular no sólo al Estado sino también a los ciudadanos en el respeto de los intereses y derechos de los demás, es precisamente la Constitución, ya que al contener en su parte dogmática toda una gama de bienes jurídicos relevantes, permite que tanto Estado como ciudadanos se obliguen a respetarlos, eso sí, es el Estado el que se encuentra con una vinculación mucho más directa y fuerte, en especial en los países que han sido influidos por las ideas liberales, que otorgan a los derechos cuya base es la libertad una importancia considerable,*

²⁴ Goldstein, Diccionario de Derecho Penal y Criminología. Editorial Astrea, 1998, p. 618

²⁵ Cabanellas de Torres, Guillermo “Diccionario de Ciencias Jurídicas” Ed. Eliasta, Buenos Aires, 2006, pág. 502

²⁶ Cabanellas de Torres, Guillermo “Diccionario de Ciencias Jurídicas” Ed. Eliasta, Buenos Aires, 2006, pág. 677.

²⁷ El concepto de bien jurídico ha cumplido hasta hoy importantes funciones en la dogmática penal; lo ha hecho como criterio para la clasificación de los delitos, y como elemento de base y límite al orden penal. Así, el bien jurídico ha servido al liberalismo como barrera contenedora del poder punitivo. Sin embargo, esta idea de bien jurídico como noción reductora de la coerción estatal se encuentra actualmente en una de sus más fuertes crisis. Mariano Kierszenbaum, El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas (...), pp. 187-211

²⁸ Leonardo Cruz Bolívar, *El objeto de protección, en los delitos contra la propiedad industrial*, Universidad Externado de Colombia, 2006.

digna de ser protegida con mayor énfasis."²⁹ Por esta razón, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, como órgano estatal, está obligado a respetar a la recurrente, las garantías básicas del debido proceso contempladas en la Constitución y en los instrumentos internacionales del bloque de constitucionalidad y convencionalidad. El núcleo esencial de la argumentación casacional propuesta por los defensores de la ciudadana Mery Segunda Zamora García, se circunscribe a los siguientes temas específicos:

7.1. Que existe nulidad procesal, de conformidad con el artículo 330.3 y 331 del Código de Procedimiento Penal, por violaciones procesales. Que ya se había desestimado la denuncia, y archivado el proceso, de conformidad con el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, por petición de la Fiscalía, respecto de los hechos objeto de la sentencia. Que en este caso no se había generado un archivo provisional, sino un archivo definitivo y que a pesar de eso se reabrió la investigación.

7.1.1. La defensa de la recurrente, dijo que el proceso está viciado de nulidad de conformidad con el artículo 330 del Código de Procedimiento Penal, debido a que la Fiscalía solicita al Juez Quinto de Garantías Penales del Guayas, y este dictó una resolución desestimando y declarando el archivo de la denuncia, fundamentado en lo que dispone el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, y que posteriormente se reabre la investigación. Por su parte, la Delegada del señor Fiscal General del Estado, en la contestación al recurso de casación, en lo fundamental señaló que para que se cierre finalmente una indagación debe pasar el lapso de un año para declarar el archivo provisional en definitivo, según lo señalado en el artículo 39.1 del Código de Procedimiento Penal, entonces cuando existen elementos de convicción que permiten reaperturar un archivo provisional del juez, puede hacérselo, así lo establece la norma, porque caso contrario, estaríamos ante una imposibilidad del órgano titular de la acción penal, de encontrar elementos nuevos de convicción con los que se pueda reabrir las investigaciones. Por lo expuesto, este Tribunal considera que siendo la Fiscalía un ente autónomo de la función judicial, es independiente respecto de su actuación dentro del proceso penal

²⁹ M. Paulina Araujo Granja, *La Desobediencia Civil, Análisis Político y Penal: Caso ETA*, Editorial Cevallos, Quito, Ecuador, 2007, p. 165

público, es por ello que dirige la investigación pre procesal y procesal penal, ejerciendo la acción pública en base a varios principios con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De haber mérito acusará a los presuntos infractores ante el Juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.

Cabe resaltar, que un sistema como el nuestro que se sustenta en el principio dispositivo, para la sustanciación de los procesos judiciales y específicamente penal, queda en manos de la Fiscalía la decisión de qué actos deben ser investigados, y qué asuntos deben llegar a juicio, es por ello que no debemos confundir que el Fiscal durante la indagación previa y la instrucción fiscal produce elementos de convicción, que pueden dar paso a una acusación en la etapa intermedia, o para solicitar un sobreseimiento, mas no son la base de una sentencia, que necesariamente declare la culpabilidad. Puede ocurrir, que el Fiscal que actuó en la etapa de juicio e incorporó los medios de prueba y sometió sus actuaciones a los principios *inter alia* de inmediación y contradicción, en lugar de acusar y pedir una pena, se abstenga de hacerlo, con lo que, eliminaría los cargos iniciales de su acusación, planteados en el debate de apertura; por lo que el juez, basándose en los principios dispositivos y de congruencia, debe dictar sentencia ratificando el estado de inocencia, en vista de que "sin acusación fiscal, no hay juicio", acusación que no solamente se requiere para que el proceso siga su causa para llegar a la etapa de juicio -cuando existen graves presunciones de existencia del delito y sus responsables- sino también para una sentencia que declare la culpabilidad.

De considerar el juez, que la actuación del Fiscal no es acorde con la prueba incorporada al juicio, o que existió negligencia en la investigación, entre otros actos que le corresponde a la Fiscalía, durante el proceso penal, está en la obligación legal de consignar tales hechos en la sentencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 309.6 del Código de Procedimiento Penal.

7.1.2. Respecto a la nulidad alegada el Tribunal hace la siguiente acotación: El artículo 330 del Código de Procedimiento Penal, establece, taxativamente, las causas de nulidad y señala que: "Habrá lugar a la declaración de nulidad, en los siguientes casos: 1. Cuando la Jueza o Juez de Garantías Penales o el Tribunal de Garantías Penales hubieren actuado sin competencia; 2. Cuando la sentencia no reúna los requisitos exigidos en el artículo 309 de este Código; y, 3. Cuando

4



en la sustanciación del proceso se hubiere violado el trámite previsto en la ley, siempre que tal violación hubiere influido en la decisión de la causa”.

El Derecho Procesal Penal responde a los principios del Derecho Público, de tal manera que sólo debe realizarse lo expresamente señalado en la norma procesal, por lo que no puede haber otras causas de nulidad que las determinadas en dicho artículo; de tal manera que, cuando se omite en la sustanciación del proceso penal cualquiera de las tres formalidades indicadas, se provoca la nulidad total o parcial de un proceso penal.

La doctrina señala que la nulidad, es la sanción procesal que prevé el Código de Procedimiento Penal, en su propia defensa o en intereses de sus destinatarios, mediante la cual se invalida, jurídicamente, actos que ella reglamenta, debiendo insistirse que las causales del artículo 330 del Código de Procedimiento Penal son taxativas, de tal modo que cualquier irregularidad que la ley no conmine su sanción de validez, no produce nulidad, pues son meras formalidades, recordando que sólo la transgresión u omisión de solemnidades sustanciales, producen nulidades, pues una de las características del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, es que la ley sustancial está sobre la ley procesal, de tal modo que la nulidad, es una severa sanción frente a las irregularidades procesales, que se traducen en ostensibles violaciones de los derechos del procesado.

En el caso *sub judice*, la recurrente ha invocado la causal tercera del artículo 330 del Código de Procedimiento Penal, al respecto este Tribunal, recalca que, la ley exige que un proceso penal debe estar sustanciado siguiendo un procedimiento previamente establecido, y el juez está obligado a ajustarse a dicho procedimiento, si no lo hace, provoca la nulidad del proceso; constituye una garantía constitucional que el proceso penal sea sustanciado conforme las normas establecidas en el Código de Procedimiento Penal; la omisión de alguna solemnidad esencial que hace procedente el reclamo de nulidad no influye decisivamente en la resolución definitiva del proceso.

El innumerado primero a continuación del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, faculta al Fiscal la reapertura de la investigación, quien tiene la potestad de reabrir la investigación y proseguir con el trámite.



Adicional a lo dicho anteriormente, es importante puntualizar que el proceso penal, está conformado por etapas, y es en donde los sujetos procesales ejercen su derecho a la defensa dentro de los términos establecidos en la ley, caso contrario estaríamos frente a la preclusión, que es la situación procesal que se produce cuando alguna de las partes no haya ejercitado oportunamente y en forma legal, alguna facultad o algún derecho procesal o cumplido alguna obligación de la misma naturaleza. La preclusión es una de las características del proceso moderno porque mediante ellas se obtienen: a) Que el proceso se desarrolle en orden determinado, lo que sólo se consigue impidiendo mediante ella, que las partes ejerciten sus facultades procesales sin sujeción a principio temporal alguno; b) Que el proceso esté constituido por diversas secciones o períodos, dedicados cada uno de ellos al desenvolvimiento de determinadas actividades; y c) Que las partes ejerciten en forma legal sus derechos y cargas procesales, es decir no solo dentro del término que para ello fije la ley, sino también con las debidas formalidades y requisitos. Concluido cada período, no es posible retroceder a otro anterior.

Al respecto el artículo 76.3 de la Constitución de la República contempla que "*sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento*", lo que concuerda con el artículo 8 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, los artículos 9.1, 14 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y con ellos se garantiza la seguridad jurídica, derecho que se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes como un medio de la realización de la justicia. En virtud de todo lo expuesto, se desprende que no procede la mencionada nulidad por cuanto no se advierte la existencia de ninguna de las causales contempladas en el artículo 330 de Código de Procedimiento Penal.

7.2. La defensa técnica también señaló que la sentencia recurrida contiene un error *in iudicando* y en consecuencia, se debe hacer una casación *de jure*, debido a que, en toda la sentencia se ha dicho que la conducta de la procesada tiene que ver con el verbo "incitar", acción que no está contemplada dentro de los verbos rectores del tipo penal de sabotaje y terrorismo, estipulado en el artículo 158 del Código Penal, por el que se la condena; y, que

por lo tanto, existe una inconformidad y calificación irregular de su conducta. Que no se puede hablar de la interrupción o paralización de un servicio público, ya que las actividades educativas habían sido suspendidas por disposición de las autoridades de educación con anterioridad a su llegada al colegio Aguirre Abad.

7.2.1. Este Tribunal considera que el error *in iudicando* es de derecho, cuando: “(...) expresa un falso juicio de valor sobre la norma, ese juicio erróneo puede recaer sobre su existencia, su selección o su hermenéutica, se entiende que afecta su existencia el error de tener como vigente, un precepto no promulgado o previamente derogado; que altera su selección el haberse equivocado en la escogencia de la norma para regular una situación dada y, por último, que desvirtúa su hermenéutica, el interpretar incorrectamente su sentido. Pero es claro que dichos errores son idóneos mientras incidan en una norma de carácter sustancial, no importa que la incidencia sea directa o indirecta, esto es, que el error nazca y muera en esa norma, o que mediante la trasgresión inicial de una norma de índole probatoria, se llegue a la violación inequívoca de la norma sustancial. Apoyado en las razones anteriores, el legislador consideró que estos errores van contra ius, y que, por consiguiente, la sentencia que los acoge en su parte dispositiva, declara una falsa voluntad de la ley que debe ser enmendada, por tal circunstancia, elevó a la categoría de causales de casación la infracción directa, la aplicación indebida y la interpretación errónea de una norma sustancial o su violación indirecta mediante la valoración falsa de una prueba determinada”³⁰ Es decir, el análisis precedente nos plantea, la existencia de una alteración en la interpretación del juez de la norma legal, en este caso concreto, el artículo 158 del Código Penal.

Ahora bien, el artículo 158 del Código Penal, señala que: “Será reprimido con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años y multa de ochenta y siete a ciento setenta y cinco dólares de los Estados Unidos de Norte América, el que fuera de los casos contemplados en este Código, destruya, deteriore, inutilice, interrumpa o paralice servicios públicos, instalaciones industriales o fabriles, centros comerciales, puertos, canales, embalses, minas, polvorines, vehículos o cualquier otro elemento de transporte, instalaciones públicas o privadas de energía eléctrica, de agua potable, gas u otras semejantes, o instalaciones de radio, teléfono, telégrafo, televisión o cualquier otro sistema de transmisión; depósitos de mercancías, de explosivos, de lubricantes, combustibles, materias primas

³⁰ Fabio Calderón Botero, *Casación y Revisión en Materia Penal*, Ediciones Librería del Profesional, Segunda Edición, Bogotá, Colombia, p. 14

destinadas a la producción o al consumo nacional, o cualquier otro tipo de abastecimiento semejante, con el propósito de producir alarma colectiva.

Si, como consecuencia del hecho, se produjere lesiones a personas, la pena será del máximo indicado en el inciso anterior; y si resultare la muerte de una o más personas, la pena será de dieciséis a veinticinco años de reclusión mayor especial, y multa de ciento setenta y cinco a cuatrocientos treinta y siete dólares de los Estados Unidos de Norte América."

De la revisión de la sentencia impugnada consta, únicamente, en su Considerando QUINTO, a manera de motivación, el análisis de la conducta de la procesada en los siguientes términos: *"En la especie se puede apreciar que los enunciados se refieren a hechos que son calificados como verdaderos o a los hechos de la realidad fáctica; obteniendo así la certeza y llegando a un estado supremo de seguridad aceptando la verdad de las pruebas en la audiencia; logrando superar o contradecir la duda razonable a la que tiene derecho todo procesado y después de realizar la operación racional de la valoración, estos reflejan y resulta considerar que existe el nexo causal entre la infracción y la procesada, la misma que ha pretendido desvirtuar su responsabilidad al indicar que no ha ni incitado o paralizado un servicio público, lo cual es totalmente contradictorio a lo verdad fáctica que reflejan las pruebas como han sido la prueba pericial de audio y video, donde claramente se puede apreciar a la procesada en el lugar en que se desarrollaron los hechos, esto es, en el colegio Aguirre Abad, estuvo dentro de las instalaciones del colegio, caminó por las instalaciones del colegio, se reunió con los estudiantes de colegio Aguirre Abad, se dirigió a los estudiantes, manifestando con claridad y escuchándose, cuando ella le indicaba a los estudiantes, que tenían que reunirse en las calles 9 de Octubre y Santa Elena; considerándose que conminó, estimuló, incitó al alumnado de dicha institución educativa, para que se reúnan y vayan a la dirección dada por ella; siendo así el video una prueba determinante, identificando además a la acusada. En virtud de lo anteriormente anotado esta Primera Sala de lo Penal y Transito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, ADMINISTRADO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, niega el recurso de apelación interpuesto por la procesada y se confirma en todas sus partes la sentencia expedida por el Décimo Tribunal de Garantías Penales del Guayas, declarando a MERY SEGUNDA ZAMORA GARCÍA, de nacionalidad ecuatoriana, nacida en Portoviejo, de 41 años de edad, de estado civil soltera, de profesión profesora, de instrucción superior, y con domicilio*

en la ciudadela San Gregorio del cantón Manta, en donde se la considera autora del delito tipificado y reprimido en el Art. 158 del Código Penal, y se le impone la pena de OCHO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA, y multa de OCHENTA Y SIETE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA”

En virtud de lo transcrito, este Tribunal procede a realizar el análisis respecto a los elementos constitutivos del delito de sabotaje y paralización de servicios públicos, por el que ha sido condenada la recurrente Mery Segunda Zamora García, para lo que resulta necesario volver sobre la definición que se esbozó en principio, respecto a la tipicidad, que es la primera categoría dogmática del delito y está compuesta de algunos elementos que deberán ser cumplidos, para emitir una sentencia de condena.

La tipicidad está formada por un elemento objetivo y por otro subjetivo. El elemento objetivo a su vez parte de la acción típica, entendida como la conducta descrita en el supuesto de hecho de la norma penal que se constituirá en el eje medular del tipo que es otro elemento de la tipicidad. Las conductas que están enunciadas en la acción típica son los llamados verbos rectores, que para el caso del artículo 158 del Código Penal, son cinco destruir, deteriorar, inutilizar, interrumpir o paralizar. Esos verbos recaen necesariamente sobre un objeto u objetos, que para el caso que nos ocupa sería el servicio público de la educación; pero es menester, volver sobre los verbos, pues aquí es donde el Tribunal de casación, encuentra serias anomalías.

Al respecto, es importante tener en cuenta lo que el tratadista español Muñoz Conde señala: *“Ningún hecho, por antijurídico y culpable que sea, puede llegar a la categoría de delito si, al mismo tiempo, no es típico, es decir, no corresponde a la descripción contenida en la norma penal.”*³¹

A *prima facie* no se observa, de la sentencia y concretamente en el considerando transcrito de la sentencia impugnada, que el Tribunal de instancia haya mencionado alguno de los referidos verbos rectores contenidos en el artículo 158 del Código Penal, esto es: **destruir, deteriorar, inutilizar, interrumpir o paralizar**. Por el contrario, en la escueta y diminuta *ratio decidendi*, (de apenas 16 líneas), sólo describe como conducta de la procesada, que ésta *“conminó, estimuló, incitó al alumnado de dicha institución educativa para que se reúnan y vayan a*

³¹ Francisco Muñoz Conde, Teoría General del Delito, tercera reimpresión de la segunda edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2008, p. 31.

la dirección dada por ella”, acciones que no se adecuan a los verbos rectores constitutivos del tipo penal de “Sabotaje a servicios públicos o privados”, por el que ha sido sentenciada, cabe mencionar que al no existir certeza de la materialidad de la infracción, no cabe una sentencia condenatoria, tal como lo establece el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal.

El hecho de que en la sentencia del tribunal *ad quem* no se han logrado configurar los verbos del delito de sabotaje a servicios públicos o privados, conlleva a dos conclusiones inmediatas: La primera es que, al no existir verbos del tipo penal imputado, no existe acción y por lo tanto, tampoco existe tipicidad, ya que las acciones de “conminar”, “estimular” e “incitar” no han sido previamente tipificadas, pues el legislador no las ha valorado como intolerables o lesivas para la sociedad, por lo tanto, mal podía el Tribunal *ad quem* declarar la culpabilidad de la procesada. La segunda, es que, una vez que el análisis se ha truncado en el elemento del verbo rector, no cabe continuar analizando los demás elementos de la categoría dogmática de la tipicidad, menos revisar las demás categorías como son la antijuridicidad y la culpabilidad, puesto que en la teoría del delito la configuración de cada elemento está condicionada a la existencia del anterior.

En consecuencia, en razón de que los hechos que el Tribunal de apelación considera probados no se subsumen en el tipo penal por el cual se emite sentencia de condena en contra de la procesada Mery Segunda Zamora García, es evidente la transgresión al principio de legalidad establecido en el artículo 76.3 de la Constitución de la República.

7.3. Por último, la defensa técnica de la recurrente alegan que no se tomó en cuenta el artículo 15 del Código Penal que establece “La acción u omisión prevista por la ley como infracción no será punible cuando es el resultado de caso fortuito o fuerza mayor”.

7.3.1. En cuanto al último cargo alegado por la defensa, que consiste en que se debió tomar en cuenta lo que establece el artículo 15 del Código Penal establece “La acción u omisión prevista por la ley como infracción no será punible cuando es el resultado de caso fortuito o fuerza mayor.” Al respecto, es pertinente señalar que el recurrente únicamente enuncia la norma, sin que se haya fundamentado como en estricto rigor corresponde al ser este un recurso

extraordinario y formal, aún más, dicho cargo resulta contradictorio con el primero, por lo que este Tribunal considera que no es necesario entrar a analizarlo.

8. CONSIDERACIONES FINALES:

Retomando todo lo mencionado, se destaca lo siguiente: Los hechos en la forma en que han sido declarados como probados por el Tribunal de apelación específicamente en el considerando quinto de la sentencia impugnada, en la cual se considera que la procesada "(...) conminó, estimuló, incitó al alumnado de dicha institución educativa para que se reúnan y vayan a la dirección dada por ella", no se adecuan a la conducta descrita en el artículo 158 del Código Penal, en el cual se señala como verbos rectores del tipo penal a quien destruya, deteriore inutilice, interrumpa, o paralice servicios públicos.

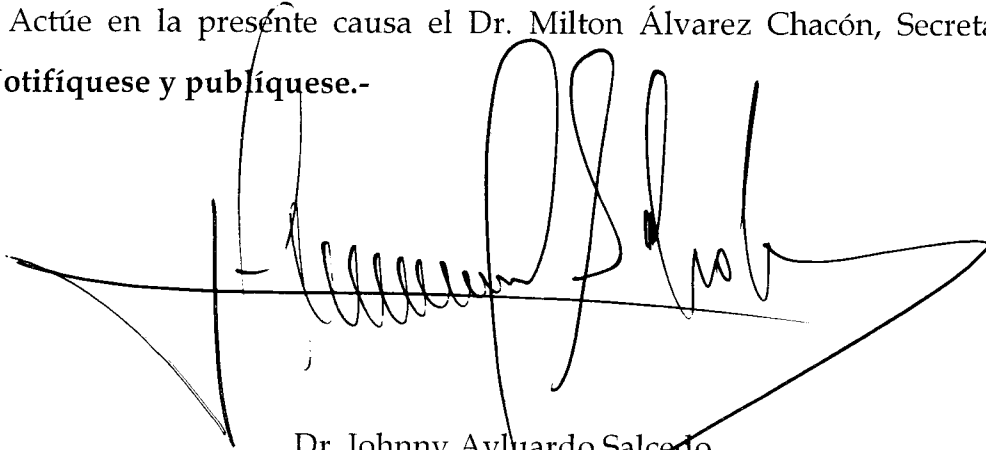
En resumen, de la fundamentación realizada por la recurrente, a través de su defensa técnica, se establece que en la sentencia materia de casación, existe una contravención expresa al tipo contemplado en el artículo 158 del Código Sustantivo Penal, esto, porque los hechos en la forma en que han sido declarados como probados por el Tribunal de Apelación, no se subsumen en la conducta típica descrita en la referida norma y por la cual se la condenó a la procesada, tal como ha quedado expuesto; en consecuencia, en la especie no se cumple el primer elemento que forma parte de la estructura del delito, esto es, la tipicidad, por ende, si no existe un acto típico mucho menos pueden existir las restantes categorías del delito, esto es, la antijuricidad y culpabilidad, lo que da lugar a la no comprobación conforme a derecho de la infracción tipificada en el artículo 158 del Código Penal. En este contexto, es preciso mencionar que la violación a la tipicidad, deviene directamente en una contravención al principio de legalidad, constante en el artículo 2 del Código Penal y 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador, en virtud del cual sólo se puede declarar la responsabilidad penal de una persona, e imponer una sanción, por hechos, previamente tipificados como infracción; y sobre los cuales se contempla una sanción, de ahí que si los hechos que se le atribuyen a la ciudadana Mery Segunda Zamora García, no forman parte de la conducta típica del delito de sabotaje a servicios públicos o

privados, mal puede declarársele autora de este delito, esto como parte del principio de máxima taxatividad de la ley penal y del principio de lesividad que se resume en que si no existe la lesión a un bien jurídico mal puede ser considerada una persona como autora de un delito, ambos principios que son a su vez integrantes del de legalidad, constante en el artículo 2 del Código Penal y 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador, en sus numerales 1 y 3, que prescribe lo siguiente: "(...) corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes".

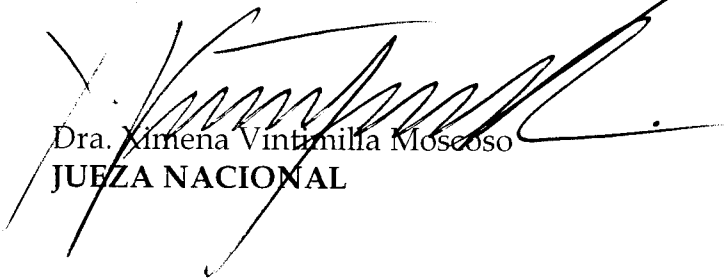
9. DECISIÓN:

De la fundamentación realizada por la recurrente, a través de su defensa técnica, se establece que en la sentencia materia de casación, existe una contravención expresa al tipo contemplado en el artículo 158 del Código Sustantivo Penal, esto porque los hechos no se subsumen en el tipo penal por el cual se le condenó; lo que atenta contra el principio de legalidad, constante en el artículo 2 del Código Penal y 76 de la Constitución de la República del Ecuador, en sus numerales 1 y 3, que prescribe lo siguiente: "(...) corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes" y "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no este tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará otra sanción no prevista en la Constitución o la ley (...)" Por lo expresado, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, conformado por las doctoras: Ximena Vintimilla Moscoso, Mariana Yumbay Yallico, y por el Dr. Johnny Ayluardo Salcedo, Juez ponente, dentro de la presente causa No. 144-2014, por unanimidad, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, casa la sentencia recurrida y enmendando la violación de la ley, declara procedente el recurso de casación interpuesto por la ciudadana MERY SEGUNDA ZAMORA GARCIA, y por tanto ratifica su estado de inocencia. Se dispone el cese de las medidas personales reales

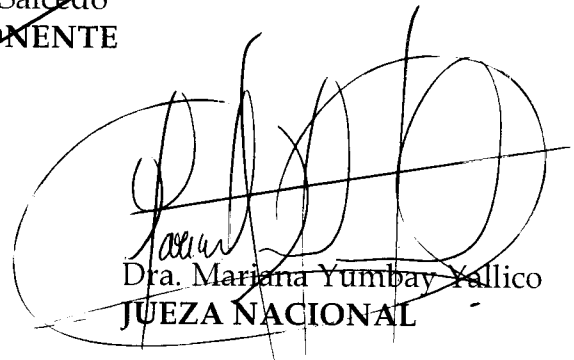
ordenadas en su contra. Devuélvase el proceso al Tribunal inferior para la ejecución de la sentencia. Actúe en la presente causa el Dr. Milton Álvarez Chacón, Secretario Relator Titular.- Notifíquese y publíquese.-



Dr. Johnny Ayluardo Salcedo
JUEZ NACIONAL PONENTE




Dra. Ximena Vintimilla Moscoso
JUEZA NACIONAL



Dra. Mariana Yumbay Yallico
JUEZA NACIONAL

Certifico.-


Dr. Milton Álvarez Chacón
SECRETARIO RELATOR