

**VOTO SALVADO DEL DOCTOR LUIS MOYANO ALARCON**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA – PRIMERA SALA DE LO PENAL**

Quito, 25 de enero del 2012, las 9H20.-

**VISTOS:** Mediante sentencia expedida el 23 de septiembre del 2011, las 11H20, por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo que confirma en todas sus partes la dictada por el Segundo Tribunal de Garantías Penales Chimborazo y niega el recurso de apelación y nulidad interpuesto por los procesados LOLA MALDONADO LEON, ANIBAL OLEAS ALDAZ, ELÍAS YEPEZ Y LUIS CARVAJAL NOVILLO, que les impuso la pena de un año de prisión correccional por considerarlos coautores del delito de invasión previsto en el art. 155 del Código Penal. De la referida sentencia, los procesados interpone recurso de casación; siendo el estado procesal el de resolver, para hacerlo, se considera: **PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** En virtud de lo dispuesto en el artículo 184, numeral 1 y la Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el R.O. No. 449, de 20 de octubre de 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional, publicada en el R.O. No. 479, de 2 de diciembre de 2008; la Resolución dictada por el pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre de 2008, publicada en el R.O. No. 511 del 21 de enero del 2009 y el sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de Jueces Nacionales, respectivamente, de esta Primera Sala

de lo Penal, procedemos a conocer la presente causa. **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad, por lo que este Tribunal declara la validez procesal. **TERCERO: ALEGACIONES DE LOS RECURRENTES.-** En la audiencia oral, publica y contradictoria llevada a efecto el día diecisiete de enero de dos mil doce, a las nueve horas diez minutos, comparecieron los recurrentes Lola Maldonado, Aníbal Oleas, Luis Carvajal y Elías Yépez, quienes por intermedio de sus abogados defensores manifestaron: **A)** La señora Lola Maldonado a través de su abogado defensor, Julio Benavides, señaló: que su defendida Lola Maldonado con fundamento en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal y dentro del término legal, ha interpuesto recurso de casación de la sentencia condenatoria dictada por el Segundo Tribunal de Garantías Penales de Chimborazo, que le ha impuesto una pena de año de prisión correccional supuestamente por haber incurrido en el delito tipificado en el Art. 155 del Código Penal, esto es, por el supuesto delito de invasión de edificios públicos. Indica la defensa que hará una breve reseña de los hechos, manifestando que con fecha 30 de septiembre de 2010 en horas de la mañana, haciendo uso y respaldados en el Art. 66 numerales 6 y 13 de la Constitución de la República del Ecuador, la señora Lola Maldonado y varios de los ahora recurrentes, conjuntamente con compañeros profesores y alumnos de la Universidad Nacional de Chimborazo se dirigieron hacia la Gobernación de

Chimborazo realizando una protesta en contra de la Ley de Educación Superior que se encontraba debatiéndose en la Asamblea Nacional, acotando que esta manifestación pacífica nada tenía que ver con los hechos suscitados el 30 de septiembre de 2010 por miembros de la Policía Nacional. Continúa la defensa manifestando que una vez en la Gobernación su defendida observa que varios compañeros ingresan en forma pacífica a las instalaciones de la misma, observando además que es el mismo Intendente General de Policía de Chimborazo, señor Iván Vinuesa conjuntamente con el señor Edgar Samaniego que fungía como Gobernador encargado de la provincia de Chimborazo, les permite el acceso a las referidas instalaciones en las que permanecen aproximadamente unas tres horas luego de dar una rueda de prensa y, posteriormente, deciden salir en la forma como entraron, es decir, sin haber producido ningún destrozo. Indica entonces el abogado defensor, doctor Julio Benavides, que en la sentencia impugnada, el Tribunal viola lo dispuesto en el Art. 84 del Código de Procedimiento Penal sobre el objeto de la prueba; el Art. 85 sobre la finalidad de la prueba; y, el Art. 86 ibídem que se refiere a la apreciación de la prueba, esto es, que el Tribunal dictó sentencia sin haber aplicado las reglas de la sana crítica, violando con ello concomitantemente el Art. 250 del Código de Procedimiento Penal sobre la finalidad del juicio el que claramente dice que la finalidad del juicio es determinar la existencia de una infracción y la culpabilidad de las personas acusadas, es decir, que el tribunal hace una falsa aplicación del aludido artículo. Señala entonces la defensa,

que la perito Isabel Cristina Calero, que es la persona que realiza el reconocimiento del lugar de los hechos, dijo que al observar las instalaciones de la Gobernación se destaca la destrucción de un buzón de sugerencias de plástico y una lámpara luminaria, pero que no se había podido determinar en qué momento se hizo esa destrucción ni qué personas eran las responsables de dicha destrucción, por lo que no pudo establecerse por parte de la perito que haya existido una invasión de la Gobernación, manifestando en relación a lo indicado que invasión de acuerdo a la Real Academia de la Lengua invasión es "interrumpir" o "entrar por la fuerza" y que Cabanellas en su Diccionario de Derecho Usual, Tomo IV, dice que invasión es "el apoderamiento por la fuerza de bienes inmuebles ajenos..", pero que la perito jamás llegó a determinar que haya existido fuerza en el ingreso a las instalaciones de la Gobernación, jamás en su testimonio manifestó que se haya evidenciado destrucción en el ingreso a las instalaciones a la Gobernación, es decir, que no existió forzamiento ni violencia en el acceso. Agrega entonces la defensa que el Tribunal en la sentencia impugnada también viola lo dispuesto en la Art. 309 numeral dos del Código de Procedimiento Penal, dando a continuación lectura del mismo, e indicando que se ha violado dicha disposición por cuanto en forma extraña se omite analizar el testimonio rendido por el doctor Iván Vinuesa, quien fungía de Intendente General de Policía de Chimborazo y quien había dicho que: se hizo una toma simbólica de la Gobernación por parte de profesores y alumnos de la Universidad de Chimborazo y

que dicha toma tenía por objetivo rechazar el proyecto de la Ley de Educación Superior que se analizaba en la Asamblea Nacional; que previo al ingreso de los prenombrados estudiantes y profesores de la Universidad de Chimborazo mantuvo una reunión con el señor Gobernador de Chimborazo y que los dos autorizaron el ingreso; que las personas permanecieron alrededor de tres horas y luego de que los manifestantes salieron de las instalaciones, se dio una vuelta por las instalaciones y observó un buzón de sugerencias que había sido destruido y que la señora Sara Ruiz, funcionaria de la Gobernación, le había manifestado que dicha destrucción había sido después de que salieron los manifestantes y que no se pudo identificar a la persona que había hecho la destrucción. Dice el abogado defensor que en virtud de lo expuesto cabe la duda porque no se puede determinar si los manifestantes realizaron la destrucción o bien lo hicieron otras personas con el fin de involucrar a otras en este caso y, que de acuerdo al Art. 4 del Código Penal, la duda se interpretará de la manera más favorable al reo. Continúa el abogado de la defensa y dice que el testimonio del señor Iván Vinuesa contradice lo manifestado por el señor Edgar Hernán Samaniego que fungía como Gobernador de la Provincia de Chimborazo quien habría señalado que él no habría permitido el ingreso de los manifestantes a la Gobernación pero luego dijo que sí abrió las puertas de la Gobernación porque vio que los manifestantes estaban en una actitud violenta y que lo hizo por precautelar los bienes del Estado, pero por lógico si se ve una turba que pretendía ingresar a la Gobernación lo

más lógico era no abrir la puerta y pedir un refuerzo de las fuerzas armadas, lo que no lo hizo. Añade que lo más importante acerca del testimonio del Lcdo. Edgar Samaniego es que habría manifestado que abrió las puertas voluntariamente lo que querría decir que el ingreso de los manifestantes fue en forma voluntaria y no a la fuerza y más aún no se determinó que existieran daños materiales. Dice además el doctor Benavides que en cambio sí se toma en cuenta el testimonio de Carlos Ortiz quien habla de un video donde ha grabado los hechos que se produjeron en la Gobernación pero en la sentencia del Tribunal no se menciona nada de ese video que hubiera sido clave para condenar a los hoy recurrentes y, que el Tribunal en forma absurda no valora el testimonio de Efrén Alvarez y Fernando Hidalgo que coinciden con el testimonio del señor Iván Vinuesa que manifiesta que el ingreso de los manifestantes fue en forma pacífica. Se puntualiza además por parte de la defensa que el Tribunal viola lo dispuesto en el Art. 143 del Código de Procedimiento Penal por cuanto no se toma en cuenta el testimonio de la acusada el cual debe ser considerado como medio de prueba y de defensa a su favor, añadiendo que la sentencia impugnada viola también el Art. 310 del Código de Procedimiento Penal por cuanto el Tribunal no individualiza la actuación de cada uno de los procesados, sino que en forma general se los sentencia por el supuesto delito tipificado en el Art. 155 del Código Penal. Finalmente la defensa manifiesta que el Tribunal en la sentencia impugnada hace una falsa aplicación del Art. 309A del Código de Procedimiento Penal, que dice

que toda sentencia será motivada y que terminará acusando al procesado o absolviendo y que respecto a este artículo se debe analizar la motivación y la sentencia y, que en la sentencia impugnada no existe tal motivación pues no se explica detalladamente los hechos o pruebas practicadas o evacuadas en la audiencia de juzgamiento ni tampoco las vincula o analiza para inmiscuirlas en la norma jurídica. La defensa, en lo que respecta a la certeza, dice que el Art. 252 del Código de Procedimiento Penal menciona que ésta se obtendrá de las pruebas de cargo y descargo que presenten las partes en la audiencia de juzgamiento y, que en este caso no se desprendió la certeza de la existencia del delito supuestamente acusado por la Fiscalía y condenado por parte del Tribunal, esto es, la invasión de edificaciones públicas. El abogado defensor concluye manifestando que al haberse violado la ley en la sentencia por parte del Tribunal segundo de Garantías Penales de Chimborazo en lo referente al Art. 309A del Código de Procedimiento Penal, solicita que enmendando los errores de ese Tribunal se case la sentencia impugnada y se ratifique el estado de inocencia de su defendida Lola Fabiola Maldonado León; **B)** Los señores Aníbal Oleas y Elías Yépez, a través de su abogado defensor, abogado Luis Carvajal, y éste último por sus propios derechos, manifestaron: Que las causales en las que se ha fundamentado su recurso son las que determina el Art. 349 del Código Procesal Penal vigente, considerando que en la sentencia se ha violado la ley por indebida aplicación o errónea interpretación de la ley. Continúa y señala que en la sentencia en las

que se les condena es dictada por el tipo penal especificado en el Art. 155 del Código Penal del cual da lectura, pero que como se dijo anteriormente, jamás se ha podido comprobar ninguna de estas causales tipificadas en el artículo antes mencionado, jamás en los exámenes periciales se pudo determinar que existió invasión del edificio de la Gobernación, no se determinó que hubo fuerza en las cosas o violencia contra las personas. Agrega el doctor Carvajal que la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo en su voto de mayoría violó la ley al realizar una indebida y errónea interpretación de la ley lo que se demostrará con la enunciación de los artículos que han sido violados. Señala que el Art. 79 del Código de Procedimiento Penal establece que las pruebas deben ser producidas en el juicio ante los tribunales penales correspondientes, salvo el caso de pruebas testimoniales urgentes que serán practicadas por las juezas y jueces de garantías penales, retomando el hecho de que la prueba pericial que se practicó por parte de la señora cabo de policía designada, jamás pudo demostrar ni tampoco se presentó prueba de que hubo forcejeo en las puertas de la Gobernación, lo único que se demostró es que existió un deterioro en el buzón de quejas al ingreso de la Gobernación de Chimborazo pero no se demostró en qué tiempo fue destruido, antes del ingreso de los manifestantes o un daño que se produjo luego. Acota la defensa que se debe considerar que la Universidad Nacional de Chimborazo, se acogió al derecho constitucional establecido en el Art. 66 num. 3 y 6 de la Constitución de la República que da la posibilidad a



los ciudadanos de marchar o protestar cuando se sienten perjudicados. Añade que en efecto se realizó una marcha pacífica hacia la Gobernación, pero que no tienen responsabilidad que ese mismo día, 30 de septiembre, se haya producido una protesta por parte de la Policía Nacional, pero que sin embargo al llegar a la Gobernación fueron recibidos por las autoridades de turno: el doctor Iván Vinueza Cisneros, Intendente de Policía de Chimborazo, quien en su testimonio manifestó que él permitió el ingreso previa una conversación con el Gobernador encargado en ese tiempo, Lcdo. Edgar Samaniego, de lo que se puede determinar que jamás hubo invasión, que es "el ingreso a un establecimiento o a una institución pública o privada por la fuerza o con violencia". Se refiere la defensa a otro de los artículos del Código de Procedimiento Penal que establece también que el acusado no podrá ser obligado a declarar contra sí mismo pero podrá solicitar que se reciba su testimonio en la etapa de juicio ante el Tribunal de Garantías Penales y que dicho testimonio servirá como medio de defensa y de prueba, pero que en la sentencia emitida por el Tribunal Segundo de lo Penal jamás se ha dado una valoración a los testimonios que dieron los recurrentes como procesados, puntualizando además que el Código de Procedimiento Penal dispone que antes de comenzar una declaración, se debe indicar claramente al acusado el tipo de acusación que se le imputa, lo que en el caso no se dio. Dijo la defensa que en la especie la Fiscalía solicitó la comparecencia del señor Intendente Iván Vinueza Cisneros, quien en el examen y contra examen declaró textualmente

que invitó a pasar a los estudiantes, profesores y empelados del UNACH hacia el interior de la Gobernación, que además es la casa de todos. Señala entonces la defensa que con los artículos antes expuestos, la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo mutila el contenido probatorio desarrollado en la audiencia de juicio, ya que la misma fue solicitada en juicio por la Fiscalía en donde se contraviene abiertamente la norma del Art. 309 numeral 2 del Código de Procedimiento Penal dando lugar a una interpretación inmotivada, castrada y parcializada de la prueba, causando motivación aparente, lo que contraviene a lo dispuesto en el Art. 76 numeral 7 de la Constitución de la República, sin que se haya justificado como en derecho corresponde el primer requisito del procesamiento penal, esto es, la existencia material del delito, de ahí que de los testimonios soslayados por el juzgador, se precisa que no hay delito ni el nexo causal, esto es, participación penal en hechos delictuosos, cuestión que es congruente con las declaraciones con juramento realizadas por los acusados las que de conformidad con los Arts. 143 y 148 del Código de Procedimiento Penal deben ser consideradas como medio de defensa y como un medio de prueba, lo que no ha sido apreciado en la sentencia impugnada. Señala la defensa que debe considerarse además, que no existe la certeza de que el delito se llevó a cabo y tampoco se ha podido determinar la responsabilidad de los acusados, por lo que en la sentencia del Tribunal Segundo de lo Penal se puede apreciar el voto salvado del doctor Enrique Donoso por las circunstancias de que no existe o no se ha podido apreciar una

certeza clara de que el delito se ha cometido. Por los antecedentes expuestos, solicita se acepte el recurso de casación y correspondientemente se ratifique el estado de inocencia que mantienen los procesados; **C)** El señor Aníbal Oleas, por intermedio de su abogado defensor, Walter Parra, dijo: que las causales en las que se fundamenta el recurso de casación están establecidas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, haciendo acto seguido una breve relación de los hechos. Afirma entonces la defensa que no es como se pretende hacer ver, que la marcha salió específicamente el 30 de septiembre ya que la Universidad de Chimborazo y la Universidad ecuatoriana todo el mes se encontraba en marchas en contra de la Ley de Educación Superior y, en este caso la marcha coincidió con el 30 de septiembre, misma que fue pacífica sin un desmán; que al llegar a la Gobernación son invitados a pasar y lo dice Iván Vinueza Cisneros, Intendente, esto por disposición de Edgar Samaniego, Gobernador encargado. Agrega el abogado defensor que la Fiscalía presentó como prueba de su parte el testimonio del gobernador titular, Carlos Castro Vaca, como testigo presencial, cuando él mismo manifestó que estuvo en la ciudad de Quito y que llegó a las 16H00 a la ciudad de Riobamba, mientras que los testimonios de Iván Vinueza, Edgar Samaniego y Marisabel Mancheno pedidos por la misma Fiscalía dicen que la Gobernación se desocupó a las 14H30, por lo que era imposible que el señor Castro Vaca pueda ser testigo presencial de los hechos. Por otra parte señala la defensa, que el Art. 143 del Código de Procedimiento

Penal establece claramente que el testimonio del acusado es medio de defensa y medio de prueba, tanto más si está respaldado por el testimonio de Ramiro Alvarez, Fernando Hidalgo y del mismo Iván Vinueza quienes en su orden bajo juramento en el Segundo Tribunal Penal de Garantías Penales declararon que vieron que el Intendente con otra persona quitaron los cerrojos y los invitaron a pasar, por lo que no se puede hablar de invasión, ya que invadir es "acometer o entrar por la fuerza no se puede hablar de invasión si se los invitó a pasar. Sigue su exposición el abogado de la defensa y señala que por otro lado el Tribunal Segundo de Garantías Penales de Chimborazo sentencia a los hoy acusados con el testimonio de una enemiga manifiesta, la doctora María Isabel Mancheno, cuando el Art. 216 numeral 7 del Código de Procedimiento Civil, norma supletoria, dice que no podrán ser testigos los amigos íntimos y peor aún los enemigos manifiestos y, en este caso, la prenombrada señora María Isabel Mancheno por múltiples denuncias hechas por Luis Carvajal ante la Asamblea Constituyente, era lógico que tuviera una enemistad manifiesta, sin embargo de lo cual el Tribunal de Garantías Penales consideró relevante ese testimonio sin tomar en cuenta los de Ramiro Alvarez, Fernando Hidalgo de Iván Vinueza, quienes fueron testigos presenciales. Para concluir, el doctor Parra dice que el Art. 304 del Código de Procedimiento Penal dispone que la sentencia debe ser motivada y tener la certeza, pero cuando hay los testimonios de los mismos acusados respaldados por tres testimonios de testigos presenciales obviamente hay la duda razonable, no hay

certeza, por lo que se aplicará lo más favorable al reo, razón por la que finaliza solicitando se case la sentencia y se confirme el estado de inocencia de su defendido. **D)** Se deja constancia de que ante la no comparecencia del señor Fiscal General o su delegado a la precitada audiencia oral, pública y contradictoria, se declara el abandono del recurso de casación interpuesto por parte de la Fiscalía General.

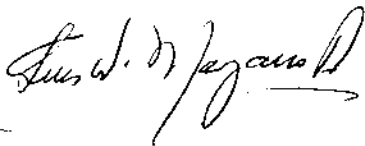
#### **CUARTO: APRECIACION DOCTRINARIA SOBRE LA CASACION.- A)**

Lo primero que la Sala debe observar es la naturaleza y presupuestos del recurso de casación, valiéndose para ello de la Constitución, la ley, la jurisprudencia y de lo que la doctrina nos enseña. Al respecto, el profesor español Andrés de la Oliva Santos sostiene: "El recurso de casación es un recurso devolutivo extraordinario ante el grado supremo de la jerarquía judicial. Por su carácter extraordinario procede únicamente si concurren los presupuestos y requisitos especiales determinados en la ley" (*Derecho Procesal Penal*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Cuarta Edición, Primera Reimpresión, 2000, Madrid-España, p. 623). Como nos ilustra el autor, su carácter es rescindente y rescisorio, porque con la admisibilidad del recurso se anula la resolución impugnada y se dicta otra ajustada a derecho, partiendo de sus fines primordiales que son: "la revisión o control de la aplicación de la ley hecha por los Tribunales de instancia (función monofiláctica) y la unificación de criterios jurisprudenciales. A esta doble función clásica se ha añadido una tercera: la de velar por el cumplimiento de las garantías constitucionales (...) la casación penal

cumple también la función de velar por el derecho a la tutela judicial efectiva en su más amplio contenido" (Ídem, p. 624). La corriente mayoritaria y prevalente en los tiempos actuales en el concierto jurídico internacional relativa con el recurso de casación y conforme lo sostiene Daniel Pastor en su obra *La nueva imagen de la casación penal*, editorial Ad Hoc, primera edición, octubre 2001, pp. 125-128, "... la casación procesal es un "juicio sobre el juicio" en la cual no se juzga la conducta del imputado, sino la de los jueces bajo la lupa del derecho procesal ... la casación procesal es una cuestión fáctica. Frente a la reprobación procesal el tribunal de casación "cumple un verdadero examen fáctico, en tanto debe examinar la conducta concretamente observada en el proceso por los sujetos procesales a fin de decidir su conformidad o no con las normas de derecho procesal. Actúa en este caso como juez del hecho". Esto conduce inexorablemente a que el juicio de casación procesal sea un juicio de mérito en el cual se examina una cuestión de hecho que, en caso de ser demostrada, decide la suerte de la reprobación hecha valer con el recurso ... Los vicios de procedimiento encierran, entonces, cuestiones de hecho cuya existencia la reprobación debe intentar demostrar a través de la proposición de las pruebas necesarias para confirmar la infracción ... El examen probatorio puede ser practicado sobre las actas del proceso, lo cual incluye a todos los actos protocolizados que arrojen luz acerca de la existencia del supuesto de hecho de la infracción reprobada y, entre ellos, muy especialmente a los documentos que contienen la sentencia y el acta

del juicio, pero también, de resultar necesario, la prueba deberá ser adquirida en la audiencia de casación y según los principios del juicio público.”; **B)** La Sala, en el caso sub júdice, cree pertinente hacer las siguientes aportaciones de orden doctrinario y legal: **b.1.-** El Art. 155 del Código Penal, prescribe: “Serán reprimidos con reclusión menor de tres a seis años y multa de cuarenta y cuatro a ciento setenta y cinco dólares de los estados Unidos de Norte América, los que, con el fin de alterar el orden público, invadan edificios, instalaciones o terrenos públicos o privados, o los que al cometer tales hechos con los mismos fines propuestos, se apoderaren de cosas ajenas.”; **b.2.-** Los elementos constitutivos del delito de invasión dicen relación con la utilización de la violencia o fuerza con el fin de apoderarse de bienes inmuebles ajenos, lo que en el caso sub lite esta evidenciada con las pruebas aportadas en la audiencia de juzgamiento, es decir se configuran los elementos del tripartito penal imputado a los recurrentes y para su procedencia deben ser probadas conforme se encuentra establecido taxativamente en el Art. 84 del Código de Procedimiento Penal, de manera especial la violencia que es el primer medio comisivo para la consecución de la invasión y de conformidad con lo previsto en el Art. 596 del Código Penal, por violencia se entiende los actos de apremio físico ejercido sobre las personas Consecuentemente el tribunal ad quem aplicado correctamente los artículos 66 numerales 6 y 13 de la Constitución de la República, así como de los artículos 79, 84, 85 y 87 del Código de Procedimiento Penal, especialmente el que se refiere a la sana crítica,

por lo que no se pueden aceptar las alegaciones formuladas. Por las motivaciones antes expuestas, esta Primera Sala de lo Penal, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LEYES DE LA REPUBLICA**, desecha los recursos de casación formulados por los recurrentes, pero por haberse demostrado atenuantes a su favor se les impone la pena de seis meses de prisión correccional, pena que se la deja en suspenso en aplicación del Art. 82 del Código Penal. Notifíquese, devuélvase y publíquese.-



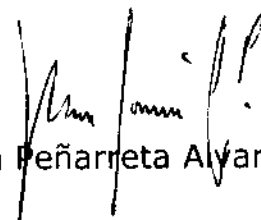
Dr. Luis Moyano Alarcón

**JUEZ NACIONAL**



Dr. Hernán Uñoa Parada

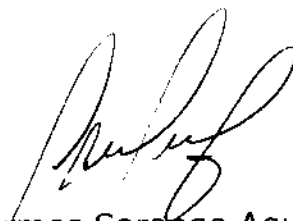
**JUEZ NACIONAL**



Dr. Milton Peñarreta Álvarez

**JUEZ NACIONAL**

**CERTIFICO.-**



Dr. Hermes Sarango Aguirre

**SECRETARIO RELATOR**