

Dr. FELIPE GRANDA AGUILAR

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SEGUNDA SALA DE LO PENAL.-**

Quito, 13 de diciembre de 2011; las 10h00.-

**VISTOS:** Los recurrentes Rafael Yépez Cadena y Elías José Barberán Queirolo, interponen recursos de casación de la sentencia dictada por la Segunda Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Pichincha, por considerarlo autor del delito tipificado en el Art. 489 y sancionado en el Art. 491 del Código Penal, imponiéndole la pena de cuatro meses de prisión correccional. Concluido el trámite y siendo el estado de la causa, el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA:** Esta Segunda Sala Especializada de lo Penal es competente para conocer y resolver este recurso de casación, en virtud del Art. 184 de la Constitución de la República del Ecuador, vigente a partir del 20 de octubre de 2008, publicada en el Registro Oficial No. 449; por lo dispuesto en los literales a) y b) del numeral 4 de la Sentencia Interpretativa: 001-08-SI-CC, de fecha 28 de noviembre de 2008, dictada por la Corte Constitucional, publicada en el Registro Oficial No. 479, de 2 de diciembre de 2008; por el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal y por sorteo de 31 de octubre de 2011. **SEGUNDO:** A los veinte y dos días del mes de noviembre de dos mil once, a las once horas, comparecen por parte del acusado Oswaldo Rafael Yépez Cadena los abogados defensores Dr. Jorge Andrade Lara y el Dr. Álvaro Francisco Román Márquez; por parte de Elías José Barberán Queirolo, acusador particular el señor doctor Wilson

Dr. FELIPE GRANDA AGUILAR

**Velasteguí. TERCERO: ALEGACIONES DE LOS RECURRENTE:** Se concede la palabra al señor doctor Álvaro Román Márquez: Mi intervención va a versar sobre las cuestiones jurídicas técnicas del fundamento del recurso de casación en la que se demuestra que primero la sentencia incumple el mandato de la Constitución del Art. 76 numeral 7 literal I) en la que vamos a demostrar que la sentencia de la Segunda Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha, fracasa en motivar y concatenar la pertinencia de las normas con los elementos que motivan la sentencia condenatoria; dentro de esa motivación, adicionalmente se va a demostrar que el juez ponente y la Sala en pleno fracasa primero en hacer una indebida aplicación de la norma, producto de una errónea interpretación y con ello son las proposiciones que nos proponemos en este momento de la audiencia hacerlo. La sentencia dictada por la Segunda Sala de fecha 28 de septiembre de 2011, por la Corte Provincial de Pichincha, en la fundamentación del recurso, expresamos claramente de que existía una violación en la obtención y fuente de una prueba y caso omiso hizo la Corte. Nuestra alegación la hicimos tomando en cuenta que en el Art. 35 del Código Penal, en el segundo inciso establece que los actos urgentes para la obtención de aquellos y justamente la obtención de videos, de grabaciones radiales, por el mérito de la ley de la material, solamente tienen vigentes grabación durante 30 días, y el segundo inciso establece que para esos casos, el juez natural, para la obtención de esa prueba, es el juez de garantías, en el momento que revisen el proceso, van a encontrar que la obtención de la prueba la hizo un Fiscal, Dr. Jaime Loján y a petición del señor Abogado Dr. Wilson Velasteguí

Dr. FELIPE GRANDA AGUILAR

Contreras, el Fiscal envió oficio a cada una de las radios solicitadas por dicho abogado, y todas las radios le enviaron dichas grabaciones, con esa recopilación de información se envió al perito respectivo y realizó la pericia; es decir, la persona, la fuente, es el Juez, no el Fiscal y justamente cuando se afecta un derecho fundamental, una garantía procesal como es la actual, si es posible la casación porque se estaría violando directamente una norma procesal en el contenido, violación de texto. Ante eso, la otra alegación fue, que cuando ingresó el testigo perito que hizo la transcripción de todas estos videos, grabaciones, alegamos, que la acusación particular extrajo de uno de los informes y de la grabación de radio Sonorama el texto de la supuesta injuria calumniosa proferida en contra del señor Barberán por parte del señor General Yépez, pero le hicimos notar a la Sala Provincial que la prueba era mutilada, manipulada, porque le hicimos notar que en la radio en la notifica hubo edición y para que funcione esta injuria, en este caso, tiene que verse en el contexto, de como expresó el General, claro yo puedo sacar de la grabación lo que me conviene, y se pierde el contexto como debe ser interpretado, entonces, al ser manipulada la prueba, carece de eficacia probatoria, por lo tanto, esa prueba jamás debió haber sido valorada porque peca de ilegalidad manifiesta por los argumentos mencionados, y sustentado en esa prueba es en la que, la Sala constituye que está probada la materialidad de la infracción, entonces, con este argumento demuestro, que en el momento en que hicimos la fundamentación de la apelación, la Sala hábilmente en la sentencia de primera Instancia había hecho una cita del informe de la señora Perito Bastidas la que si había hecho

Dr. FELIPE GRANDA AGUILAR

una transcripción total de la intervención de la rueda de prensa del señor Rafael Yépez, pero esa perito jamás ingresó a rendir su testimonio, por lo tanto la Sala muy hábilmente acepta el error de la primera instancia y como no es documento la prueba pericial, no se puede reproducir como prueba documental, si no asiste conforme a los Arts. 119 y 13 del Procedimiento Penal si no asiste el perito no se practicó la prueba como manda el Art. 83 del Código de Procedimiento Penal, que debe ser pedida, ordenada, practicada e incluida, entonces ante estos dos informes el uno inexistente y el otro violatorio, sostuvimos que el delito no se había probado, esa era la alegación desde el punto de vista formal de la fuente y medio probatorio que si es factible expresarlo en casación. Cuando alegamos esto, la Sala no mencionó por qué motivo desechaba la una o aceptaba la otra, es decir, la sentencia para que sea válida en su motivación, expresan los jueces y tratadistas que tienen que marcar las tres primicias y la conclusión, primero la primicia mayor que le da la legalidad para que esa prueba cumpla con aquello y allí viene la contradicción de nuestra intervención, allí viene el silogismo dialéctico del que habla Ferrajoli, que tiene que haber la confrontación de las dos partes, la contradicción para que esa contradicción que se golpea, el Juez pueda tomar una decisión e ir, en cada uno de los silogismos, ir destruyendo las propuestas, la verificación de la acusación y la refutación nuestra y diga es válida por esto y no es válida por esto, este testimonio es creíble y este otro no es creíble, así debería haber sido la motivación de la sentencia, pero esta sentencia lo único que hace es, una copia del producto de la grabación y de las intervenciones, el análisis de la Sala



Dr. FELIPE GRANDA AGUILAR

carece de aquello de confrontar y de dar credibilidad o de darnos la razón a nosotros, eso es que la Sala no ha cumplido la motivación. Cuando la Sala Penal viola hechos que aquí se van a decir que no son susceptibles de casación, pero como dice Fernando La Rúa y otros autores, cuando los hechos que fija el juzgador están allí, el Juez de casación no puede hacerse caso omiso de aquello, porque cuando la Sala Penal trae acotación elementos que no se dijo en audiencia, que se dijo pero que ellos tergiversan el momento que motivan la parte resolutive y estos errores que encontramos nosotros son: La sentencia de la Corte Provincial manifiesta que nosotros hemos hablado de un error de prohibición, que jamás hemos hablado. Cuando mantuvimos nuestra posición argumentamos, sostuvimos que aquí había un error de tipo. Voy a la falsa e indebida aplicación, le dije a la Sala, cuáles son los elementos que fija el tipo penal de la injuria calumniosa, y así lo dice el Art. 489 falsa imputación de un delito, esos son los tres elementos que dice el Código. Y le decía a la Sala y este no argumenta, no destruye ningún argumento de mi parte, más bien, lo que me causa extrañeza que esa argumentación justamente no conste en la sentencia de la Corte Provincial, me decía el General, que esa es la parte que se apagó la grabadora. Pero voy a repetir esa argumentación porque es sumamente importante. Como defensa, que incluyó prueba como son el parte policial, el acta de formulación de cargos y hago mención de estos dos elementos probatorios, porque son importantes ya que destruyen el elemento de la falsedad como elemento indispensable del delito de injuria calumniosa, porque cuando el General sale a la rueda de prensa sale con esta información,

Dr. FELIPE GRANDA AGUILAR

con el parte de aprehensión del señor Barberán, con el acta en la que constan los testimonios del señor Silvano Segundo Varela y el parte policial firmado por el señor Subteniente Juan Carlos Pacheco, ésta es la información que tiene el General, entonces, sucede que, para que sea falso tiene que haber como dice el Dr. Edgardo Donna: La esencia de la calumnia es que la imputación sea falsa, debe ser tanto objetiva como subjetivamente, es decir el delito no debe haber ocurrido o debe haber acaecido en las distintas condiciones relatadas por el ofensor o bien, sin la participación del sujeto a quien se ofende,; Eso es lo que dice que debe ser la falsedad, pero adicionalmente la parte subjetiva entra en que el General sabiendo que el señor Barberán es no partícipe y teniendo la información de que no tiene nada que ver, vaya, entre y diga lo contrario, teniendo la interpretación en su conocimiento interno, que salga afuera y diga si, él con los documentos de información de sus subalternos que le entregaron dicha información para que él informe, y aquí viene un error gravísimo de la Corte porque en la parte final dice que el General estaba impedido de realizar aquello porque menciona el Art. 215 del Código Penal, en la que dice que la Indagación Previa es secreta y por lo tanto no tenía que haber salido y que grave es esta afirmación de parte del juez ponente y les hace caer en error a los otros dos jueces, que es una barbaridad, cuando de la propia argumentación de la Sala, menciona que hay el acta de Instrucción Fiscal; es decir, en el considerando Tercero literal k) en donde dice: Pruebas Actuadas del General Oswaldo Yépez, que hay el acta de instrucción fiscal, y esto me asusta porque el señor Juez se inventa algo que no existe, que afecta

Dr. FELIPE GRANDA AGUILAR

a la motivación porque está trayendo un elemento probatorio que no existe, esta calidad de Jueces debería salir de la Función Judicial. Entonces, el momento que argumentó que no hay la falsedad del hecho, porque el General tenía la información verdadera con los dos instrumentos como tal, se cae un elemento del tipo penal, porque está objetivamente probado, y aquí vendrá a decirnos el acusador particular que es un reo reclutado por la policía, y más, aquí es objetivo, no estamos creando absolutamente nada. El General en su condición de Director General de la Policía Judicial, Jefe Administrativamente como tal, no operativo, eso es muy importante, él no ordenaba investigaciones, no es operativo, eso lo hacen los Comandantes de cada Distrito, que era por lo tanto el Coronel Claudio Guerra, él hace la investigación y hay una acta de formulación de cargos en la que consta la declaración de este señor. Es decir: aquí el General no creo absolutamente nada, no falseó absolutamente nada, jamás le imputó falsamente un delito. Hay prueba, que lo que dijo el General en ese momento existe, que posteriormente fue sobreseído, es posterior, pero para el hecho, pero para ese rato, el General tenía una verdad dada por los subalternos y eso le crea un error de tipo porque le elimina el elemento cognoscitivo, el conocimiento, es decir una falsa apreciación de aquel hecho, por eso es que la Sala fracasa en argumentar de que no existe y nunca hace mención de mi exposición en la parte en la que comienza a destruir el dolo supuestamente, pero en ninguna parte dice aquello y esa fue la argumentación más fuerte nuestra. **CUARTO:** El Dr. Jorge Andrade en cuanto al ánimo de informar, como había ofrecido, la motivación de la sentencia de la Sala es

Dr. FELIPE GRANDA AGUILAR

diminuta, ilegal porque se toma de prueba ilegal, rompiendo normas expresas procesales, se basa en una interpretación de una norma penal erróneamente porque no interpreta correctamente y la aplica indebidamente. Con esos argumentos les solicitamos que casen la sentencia y declaren la nulidad de la misma y la inocencia del General Rafael Yépez. El Dr. Román ha argumentado completamente el recurso, pero, concretamente planteo violación por parte de la Segunda Sala de Corte Provincial de lo Penal de Pichincha, violación del Art. 489 del Código Penal. Concepto de calumnia, violación al precepto, a la doctrina, esta norma dice que es la falsa imputación de un delito, nos obliga por la lógica común y tomando la palabra no solamente en el término jurídico sino en el término popular, en el diccionario común, imputar, atribuir, achacar a una persona, decirle, afirmar que él cometió el delito, el General Yépez de su creación no dice que el señor Barberán cometió el delito, él no dice, no hace ningún comentario, él lee sobre los informes, sobre los operativos realizados, no es afirmación de él, sino de la policía, de sus inferiores, y él fue Director Nacional de la Policía Judicial, como él llega en ese momento y es la máxima autoridad le dicen venga y lea los Informes de investigación, en donde se dice que hay fuertes presunciones de que el señor Barberán es autor de una muerte de este joven deportista y esto es lo que se informa, quiero decir que él no atribuye, no afirma, no imputa no hace nada de su creación, de su palabra, él lee lo que hicieron otros, los investigadores hacen un Informe y se convoca a una rueda de prensa y le dicen como máxima autoridad Usted lea a la prensa. Otra cosa es decir yo le imputo, yo afirmo que ha cometido el delito, eso no



*Diez seis 16*

Dr. FELIPE GRANDA AGUILAR

hay. Estoy insistiendo que se ha violado la doctrina, el contenido, la esencia, todo lo que es la calumnia, se ha violado expresamente el Art. 489 del Código Penal, porque él no imputó, él leyó, lo que la policía le entregó como investigación, pero hay algo más que decir, la policía, el poder público, el Ministro del Interior actualmente está obligado a rendir cuentas de su gestión, y hace bien, la policía debe informar sobre las investigaciones, sobre descubrimientos, o no descubrimientos, imputaciones o lo que sea que haga, el momento en que la policía diga estoy prohibida de informar, que ha cometido delito se acabó toda labor de la policía, y la ciudadanía se viene encima diciendo ¿Qué hace la policía, por qué no nos informa? Y qué se hace contra la delincuencia. Primera vez que en la historia del Ecuador que por el informe la lectura del trabajo de la policía, de descubrimiento de autores, cómplices o encubridores, esto se haya convertido en calumnia, y se dicte sentencia condenatoria porque un Oficial de la Policía haya dado lectura a informes, hemos visto pasar en la televisión, los noticieros, en otros casos que el Ministro de Gobierno, el Jefe de la Policía de Manabí, de Manta etc. todos los días informando sobre tal hecho, informaciones, datos concretos, se han descubierto o no se han descubierto, con error o sin error, el General Yépez se le está culpando de algo que no hizo, no investigó, no dio testimonios, inclusive hay un testigo que dice que yo le vi a este joven que tenía un puñal por consiguiente él debe ser, inclusive yo le vi que le cogía de alguna blusa de camisa del occiso, él no hizo, hicieron sin su conocimiento porque no es su dependencia, inclusive su oficina no la tiene donde se investigó. Primera vez

Dr. FELIPE GRANDA AGUILAR

que leer un informe, señalar el trabajo hecho por la policía ha sido delito, yo creo que si esto se sentaría como precedente, la policía no podría informar nada, la ciudadanía se vendría encima de la policía; entonces habría que mandarles a la cárcel por el trabajo realizado. Expresamente se ha violado lo señalado por el Art. 489 en su esencia, en su contenido del Código Penal, esa no es calumnia, de tal manera, los periodistas, cogen, redactan e informan a la ciudadanía, entonces eso también será calumnia, porque en todo caso están atacando el honor de alguna persona, sobre todo los que están involucrados en casos penales, en presuntos delitos. Para concluir dicen los Inferiores, que el General Yépez no ordenó que se le ponga el uniforme, esa camisa rayada es costumbre para hacer las ruedas de prensa, para informar a la ciudadanía. El General nunca ordenó tal cosa, para decir ahí estuvo el dolo, la intención de causar daño, de avergonzar, de herir el honor del joven Barberán, esto hace que violándose expresamente por la interpretación y aplicación del Art. 489 del Código Penal, a más del argumento que hizo el Dr. Román, proceda el recurso de casación sobre todo porque este es un precedente señores Magistrados, si hoy se condena por este hecho, por haber informado el trabajo de la policía, entonces la hemos anulado. Se concede la palabra al Dr. Velasteguí que dice: A través del recurso de casación se puede plantear la nulidad de un fallo, de una sentencia, porque el Art. 349 lo permite siempre y cuando en dicha sentencia se hubiera violado la ley por contravención del texto, por indebida aplicación o por errónea interpretación de la ley empezaré por la intervención del Maestro Dr. Jorge Andrade Lara y diré que sólo se ha referido a los hechos, de

*Decreto 117*

Dr. FELIPE GRANDA AGUILAR

ninguna manera nos ha hecho caer en cuenta de cómo en la sentencia que se ha impugnado se ha violado la ley, consecuentemente no tengo mayor comentario al respecto. Respecto de la anterior intervención del Dr. Román, una vez más hemos venido a escuchar aquí, la utilización de tecnicismos propios del neo constitucionalismo que pretenden o han pretendido que sean recogidos por los jueces de segundo nivel y ahora por esta Sala, lo cual no cabe. Lamentablemente porque la ley penal particularmente en el delito de que trata esta causa no ha sido reformada aún, y en esta misma Sala se conoce el caso del Diario El Universo, también se viene alegando que de acuerdo con el constitucionalismo, de acuerdo con nuevas prácticas extranjeras etc., no hay injuria, o los medios no cometen injuria contra el Primer Mandatario, hasta este momento los jueces de los niveles anteriores no se han pronunciado al respecto de esa tesis, están aplicando la ley de una forma objetiva y en mi modesto entender, correcta. Aquí acabo de escuchar que se alega el derecho, entre comillas de informar que tiene la policía respecto de quienes son detenidos y consecuentemente tendrían el derecho a cometer día a día calumnias porque en verdad todos los días hay ruedas de prensa donde la policía realiza imputaciones en contra de ciudadanos que son detenidos y a quienes se les atribuye la comisión de un delito, es muy fácil dilucidar el asunto, por qué no todos plantean esta clase de acciones privadas?, seguramente porque tienen rabo de paja, cómo vamos a esperar, que estos angelitos de aquí abajo, que son cogidos con decenas de kilos de cocaína, con armas etc., con qué cara van a plantear una acción a favor de la honra, pero aquí mismo

Dr. FELIPE GRANDA AGUILAR

en este periódico el General Yépez, con dos inferiores jerárquicos, dando una rueda de prensa a la que se convocó con la siguiente antelación, fueron todos los medios de comunicación acreditados en el Ecuador, nacionales y extranjeros, e hizo la pública imputación de un delito en concreto, le dijo a Elías José Barberán que él era la persona que con un puñal asestó varias puñaladas, este es uno de los elementos de prueba de los cientos que existen en el proceso, sólo aquí tenemos como cincuenta, arriba, un muchacho sollozando privado de la libertad a quien le vistieron con la camiseta anaranjada con blanco a rayas y le dijeron que mató a un menor de edad sin razón alguna, que había sido detenido en delito flagrante, ocho días después del hecho que tenían evidencias, que había el puñal asesino etc. etc. Como dije uno de estos se atrevió por primera vez en la historia a acusar a un alto Oficial de la Policía de calumnia, estos de acá, no, seguramente fueron condenados, con qué cara iban a acusar, así que la teoría esta de que la policía está obligada a informar, más o menos quiere decir que la policía está obligada a injuriar y eso es inaceptable porque simplemente el Art. 16 numeral 18 de la Constitución de la República garantiza la honra de todos los ciudadanos por ser parte de la integridad personal de todo hombre y la Constitución lo que hace es recoger declaraciones universales, regionales supra de derechos humanos. Impugnamos el recurso de casación, porque lo que hace la sentencia es simplemente recoger el material probatorio, procesarlo, comprobar su autenticidad a través de los medios pedidos en gran parte por el mismo acusado y declarar que está probada la existencia material del delito

*Diciembre 13*

Dr. FELIPE GRANDA AGUILAR

previamente a terminar juzgando y condenando al acusado, aquí lo que no se ha dicho y recién a estas alturas en la casación se pretende alegar es que el acusado desde la contestación a la querrela admitió el hecho, que también fue admitido en la audiencia de juicio, no lo ha negado, lo único que se discutió es que aparentemente había actuado sin animus injuriandi, pero eso le correspondía probar al mismo acusado, el colega Dr. Andrade Lara ha dicho que no existe animus injuriandi y esa es la idea que se nos ha transmitido el día de hoy. Que le llegó al General Yépez un Informe pre elaborado realizado por sus inferiores, y que él se limitó a dar lectura, eso es lo que nos han dicho, si en este momento le pido a cualquiera de los aquí presentes que me dé dando lectura a una carta ofensiva, injuriosa contra los señores jueces, seguramente van a decir que no, porque saben que la honra es un derecho constitucional para todas las personas, ahora bien quién lo dijo, quien expresó esa injuria, sea que le hayan dado o no haciendo, fue un General de la Policía, fue un abogado de la República, un ciudadano mayor de edad y lo que es más un experto en investigación y criminalística que se supone que sabe las consecuencias de cada palabra que expresa, es más era Director Nacional, no era operativo, peor todavía. Si se admitió el hecho no cabe en definitiva la argumentación de que no ha tenido el ánimo o lo que a último momento se ha dicho que no lo ha cometido, respecto de cómo está probado el asunto aquí se ha mencionado por parte del Dr. Román que la forma cómo se ha obtenido la prueba no ha sido la correcta, quiero recordarle al respecto que de acuerdo con el Art. 384 y hasta el 388 del Código de Procedimiento Penal, cuando los delitos se cometen a

Dr. FELIPE GRANDA AGUILAR

través de los medios de comunicación, el Fiscal requerirá a los medios de comunicación la información correspondiente y al final dice si se tratare de un delito de acción privada la persona que se considerare afectada presentará su acusación, qué de malo ha hecho el Fiscal, hay que recordar que no es que la imputación se hizo en un reunión privada o pública, esto es a través de una rueda de prensa a la que no fueron precisamente invitados todos los ciudadanos, testigos de los cuales no sabemos su existencia, la injuria se difunde minutos, horas después a través de los medios de comunicación, los testigos nuestros han ido ante el Tribunal Penal de cómo ellos se enteraron de la injuria proferida por el General Yépez, se practicó el reconocimiento del lugar de los hechos. Aquí no se ha podido demostrar en qué forma la sentencia viola la ley, y estoy respondiendo en la parte que corresponde a la supuesta indebida aplicación de la ley estoy demostrando cómo es que el delito sí se encuentra probado materialmente. Peritos pedidos por la misma parte acusada, acudieron a reconocer tales informes periciales de transcripción de las publicaciones a través de las cuales se escucha se ve al señor General Yépez expresando la calumnia. Peritos han transcrito las publicaciones de prensa y ninguna de las publicaciones de prensa han sido objeto de tacha o de prisión, bien, estamos a pocos días de que prescriba esta acción, al interponer nuestro recurso de casación, lo hicimos después de conocer de que el acusado había interpuesto el suyo y no quiero hilar muy fino, sin embargo creo que una de las pretensiones fue llegar a la prescripción. Pero más allá de eso, está nuestro recurso de casación que voy a sustentarlo no estando en discusión ni la



Dr. FELIPE GRANDA AGUILAR

materialidad de la infracción, ni la realidad que fue cometida, ni las motivaciones que pudo haber tenido el General Yépez para expresar una calumnia, lo que está en discusión de nuestra parte es cómo se ha pretendido manejar la cuantificación y aplicación de la pena en el caso que nos ocupa. El Juez de primera instancia ya cometió un error, le puso seis meses de prisión correccional y al mismo tiempo ordenó la suspensión de la misma de forma incorrecta y dispone que se investigue y se juzgue administrativamente la conducta del Juez de primer nivel. Por qué nosotros pensamos que el señor General Yépez merece una pena mayor a la de 4 meses que en segunda instancia se le impone, porque consideramos que la calumnia que cometió no fue un hecho cualquiera, la calumnia no reviste una importancia ínfima es aquella en que una persona le injuria a otra en presencia de un determinado grupo de personas. Para empezar es mediante rueda de prensa, las publicaciones que esa rueda de prensa generó fueron a nivel nacional e internacional, las cadenas televisivas internacionales que se difunden donde existen ecuatorianos en el mundo dieron cuenta de esa información, no fueron solamente los trece o catorce millones de ecuatorianos sino aquellos que están en el extranjero, a través del Internet, existen medios de comunicación que también hicieron que esto llegue a la ciudadanía en general. Y si esta imputación, esta calumnia proferida a una persona inocente llegó a ese ámbito tan amplio, incuantificable, lo más grave es que fue proferido por un General de Policía experto en criminalística y abogado de la República. Esa es una circunstancia agravante, toda vez que, se aplica el numeral 6 del Art. 30 del

Dr. FELIPE GRANDA AGUILAR

Código Penal que dice: cuando la infracción ha sido imputada por motivos de discriminación, referentes al lugar de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación sexual, discapacidad o diferencia de cualquier índole, un muchacho pobre, hijo de madre soltera, desprovisto de todo medio para defenderse, a quien se le sorprendió con una boleta de detención para motivos de investigación, sin embargo fue llevado a una audiencia de flagrancia pese a que el delito fue cometido una semana antes. Se abusó de la autoridad, y todo eso hace que haya habido aquí discriminación por su condición económica y por su edad. Fue puesta una camiseta para criminalizarlo ante el público ante la ciudadanía como un delincuente, criminal, como un asesino. Ha habido gente que ha expresado con lágrimas la expresión que tuvo de este muchacho implorando que sea reconocida su inocencia, en medio de decenas de policías que le custodiaban a él solo. Será posible que la buena conducta anterior del acusado, le hace merecedor de la rebaja de la pena? No. Como tampoco fue posible la suspensión de la pena por su evidente ilegalidad, ya anticipó el colega Dr. Román, bien podría hablar del famoso Sargento Martínez, porque lo peor de todo esto y estoy tratando de que la Fiscalía se motiva es que poco a poco este crimen de aquel muchacho de 16 años, le atribuyeron a mi defendido, ser un crimen institucional, hubo un testigo falso que resulta ser un delincuente, una Teniente de Policía dedicada a reclutar testigos falsos, testimonio base al cual se le hizo la imputación. Aquí lo que no se ha dicho que aquella imputación entre comillas legal fue declarada nula y tampoco se ha





Dr. FELIPE GRANDA AGUILAR

dicho que mi cliente fue beneficiado de un sobreseimiento; es decir, fue declarado inocente y si ponemos en la balanza la expresión del general Yépez que el muchacho es un asesino, que había matado con un puñal y la resolución de que es inocente, que es lo que queda en el ambiente que se cometió una injusticia y un delito de acción privada al realizar una falsa imputación del delito en forma pública a través de los medios de una rueda de prensa y eso merece sanción, en verdad le digo al Maestro, nunca se ha sancionado esta forma de actuación, que se va a sentar un precedente positivo, no negativo porque nadie tiene derecho por el hecho de ser uniformado o no a quitarle la honra a nadie y mucho menos convocando a una rueda de prensa y difundirlo a medio mundo. Por eso estimo que en la sentencia al momento de ponderar la proporcionalidad, al momento de cuantificar o de graduar la punición se ha cometido un error por parte del Tribunal Inferior, error que radica en la indebida aplicación de la ley y que están en perfecta capacidad de corregir, rectificar, aplicando la pena que en realidad corresponde. A tal hecho de acuerdo con sus circunstancias, la pena debe ser la más justa posible, pero hablar de que no se ha cometido una infracción o de que no está probada, de ninguna manera. Así lo dicen los cientos de pruebas que constan agregadas. **SEXTO: REPLICA:** Interviene el Dr. Román y dice: El Dr. Velasteguí plantea ciertos hechos que no estuvieron en discusión. En ningún momento, en ninguna de las instancias. La agravante que acaba de alegarla en este momento, cuando se alega una situación jurídica de agravante, eso se llama indefensión porque nunca alegó, ni en primera ni en segunda instancia, por lo tanto no existe ningún argumento

Dr. FELIPE GRANDA AGUILAR

que Ustedes puedan acogerlo. Segundo, en cuanto a la cuantificación de la pena, dice Fernando La Rúa en su libro, página 64, Los poderes discrecionales de los jueces es justamente cuando tienen que aplicar la pena, son poderes discrecionales y su ejercicio es incontrolable en casación, los relativos a la determinación de la pena. Solamente es controlable cuando el juez de instancia se sale de los márgenes de imposición de la pena y así lo dice: Cuando hay una falta de relación con la conducta que tuvo el imputado en ocasiones del hecho y con su sinceridad en el debate o la valoración directa de las circunstancias, y termina diciendo, mientras el tipo de pena y la escala de la norma penal hayan sido respetados, la determinación de su monto es incensurable, es decir lo que pretende la acusación es un motivo de no casación y no puede alegar aquello. Como mantuvo y gracias a su intervención rescato un asunto que pienso que es muy valioso para el momento porque cuando dice que se declaró sobreseimiento tendríamos que aplicar el Art. 245 del Código de Procedimiento Penal, es que la acusación tendría que ser calificada de maliciosa y temeraria, y de allí recién tendría derecho al 499, entonces también dice la acusación que nosotros no debemos aplicar el neo constitucionalismo y que debe aplicarse la proporcionalidad; es decir, aplica la constitución, no entiendo en qué parte no hay que aplicar la constitución, hay que aplicarla, y nosotros no traemos ideas extranjerizantes, crear una nueva manera de pensar nuestra como ecuatorianos, porque tenemos que construir en base a un estado constitucional de derechos, con una de las características fundamentales de la Constitución, la interculturalidad, eso le va a tocar a la



Dr. FELIPE GRANDA AGUILAR

Corte Nacional a las autoridades esa nueva teoría de derecho ese es el compromiso como abogados en libre ejercicio y ustedes como Jueces, crear el diálogo entre la filosofía andina y la filosofía occidental, crear la interpretación intercultural. Hemos aceptado el hecho, creo que como hombres de bien, cuando hay una prueba preconstituida no podemos decir no existe, qué tenemos que hacer, tenemos que crear el verdadero sentido y contexto. El padre Juan Larrea Holguín en el repertorio de Jurisprudencia hace una transcripción del Maestro Francisco Carrara y aquel al hacer esta transcripción nos pone muy claramente que ese es el motivo por el cual tenemos que basarnos en que la injuria tiene que ser siempre en contexto, y dice: Repertorio del año 2000, la Primera Sala de lo Penal en el Proceso Penal No. 131.-99-OJ, en la sentencia de 6 de abril de 2000, publicada en el Registro Oficial 123 de 19 de julio de 2000, expresa lo siguiente: La injuria consiste en la intención del que la hace es cierto que el ánimo injuriandi resulte las palabras, Francisco Carrara manifiesta además, para determinar la existencia del animus injuriandi el juzgador debe analizar las circunstancias que rodean el acto previsto por la ley como infracción y si no lo hubiere prometido con violencia y conciencia y dice que tiene que verse las circunstancias que rodean el hecho no solamente tiene que verse la extracción como pretende el abogado de la defensa de la acusación, ésta es una cita nuestra, no es traído del extranjero y por lo tanto cuando nosotros mantenemos aquel hecho de que no hay falsedad. El General asume como conocimiento los hechos como tal, la prueba que le dan, lo que tiene que leer y eso para él es una verdad, él no falsea, él dice la verdad por

Dr. FELIPE GRANDA AGUILAR

eso hay el error de tipo, lo único que manifestó ante la alegación de la acusación es que la cuestión de la pena no puede ser controlada por Ustedes y segundo, la agravante que recién la plantea, esa no la planteó jamás ni en segunda instancia, eso es sorprender, eso es crear indefensión y eso está en contra de la Constitución. **SEXTO:** Se concede la palabra al señor doctor Velasteguí, para la **REPLICA** dice: La acusación particular reza, refiriéndome al General Rafael Yépez Cadena, contra quien me querello civil y penalmente a fin de que luego del trámite de rigor, respetando apropiadamente el debido proceso y fundamentalmente el derecho de defensa que tiene el acusado, como él no lo hiciera conmigo, una vez probados los fundamentos de hecho y de derecho que esta sea condenado a cumplir el máximo de las penas de prisión para esta infracción, junto con los daños y perjuicios, está reclamando desde la acusación particular, segundo la acusación particular fue admitida a trámite y fue ratificada en la audiencia de juicio, así que no se puede alegar que no hemos expresado esta petición. Finalmente, más allá de que la prueba se practica dentro del juicio, el derecho a la defensa del acusado fue respetado, y eso quiero dejarlo en claro, desde la diligencia previa practicada a través de la Fiscalía, notificada oportunamente al acusado, consecuentemente su derecho a la defensa ha sido respetado y así lo expresamos desde la acusación particular, en ningún momento ha estado en indefensión, su expresión de que admite el hecho fue realizada por escrito al contestar la acusación particular por escrito y luego en audiencia, ya no cabe discusión alguna, pido por lo tanto se tome en cuenta nuestra ratificación de la fundamentación del recurso de

Dr. FELIPE GRANDA AGUILAR

casación de nuestra parte y la impugnación que hemos realizado del recurso de casación de la otra parte. **OCTAVO:** El recurso de casación es un medio impugnatorio que tiene por objeto corregir los eventuales errores de derecho en que pudo haber incurrido el juzgador de instancia inferior, por manera que la Sala de Casación no puede reexaminar el acervo probatorio, sino que ha de ajustar su examen a la confrontación entre los hechos que se han dado por probados, con la adecuada aplicación de la normatividad pertinente; se debe establecer que la sentencia recurrida contenga violaciones a la Ley. Al respecto vale la pena señalar que los errores de derecho son corregibles mediante la casación que debe limitarse a examinar si el fallo impugnado, ha aplicado la ley correctamente, frente a la valoración que de los hechos ha realizado el juzgador. A más de lo anterior es menester señalar que el recurso de casación, requiere para su conocimiento y resolución, de la intervención de un Tribunal de la más alta jerarquía jurisdiccional como es la Corte Nacional de Justicia, a fin de que sus decisiones sean acatadas en casos concretos; y, tendrá que ser fundamentado en cualquiera de las causales que contiene el artículo 349 del Código Procesal Penal; es decir, si la sentencia recurrida hubiere violado la ley, por: **a)** contravenir expresamente su texto; **b)** por haberse hecho una falsa aplicación de ella; y, **c)** por haberla interpretado erróneamente, parámetros éstos sobre los cuales ha de decidir el Tribunal de Casación. La primera implica contrariar su contenido, hacer lo que no dispone; se trata de una violación directa. La falsa aplicación puede darse aplicándose en un caso que no le corresponde, lo que constituye un error en la selección de ésta. Finalmente la

Dr. FELIPE GRANDA AGUILAR

interpretación errónea podría dar lugar a ir más allá del contenido de la norma, contrariar su espíritu, su alcance, lo que puede provenir de un falso raciocinio.

**NOVENO:** De acuerdo a la Ley Procesal Penal existen dos clases de recursos, los ordinarios y los extraordinarios y precisamente los extraordinarios fueron creados en la Ley Procesal Penal, a efecto de que se observen las sentencias de segunda instancia, aquellas que incurren tanto en errores de derecho, y, precisamente el recurso de casación es aquel permitido en la ley procesal penal, los recursos que tienen defectos en la sentencia de manera especial relacionados con el derecho. Este recurso de casación tiene diferentes objetivos, uno de los principales es restaurar el imperio de la ley, unificar los sistemas procesales, unificar la jurisprudencia, a lo mejor rectificar el agravio inferido por las partes procesales y de manera especial corregir los errores de derecho. El Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, este recurso de casación es bastante limitativo, celoso, técnico científico, jurídico, es lógico que nos da una gran gama, que dice cuando se hubiere violado la ley, pero la violación a la ley hay que hacerla en uno de los tres esquemas, porque producido el uno no caben los dos restantes, el uno es cuando se contraviene expresamente a su texto, esto es cuando la sentencia pronunciada por el Juez es diferente a lo actuado dentro del proceso, la segunda es la falsa aplicación de la ley es decir cuando se le aplica de forma diferente, no objetivo de acuerdo a los recaudos procesales y la tercera es la falsa o errónea interpretación de la ley, es decir cuando se aplica una disposición legal no correspondiente, de acuerdo a los elementos de convicción que tiene el proceso. **DECIMO:** Se está

Dr. FELIPE GRANDA AGUILAR

deliberando por un delito de injurias, según la pretensión de la actora es que este delito se halla incurso en lo que dispone el Art. 489 del Código Penal, esto es la falsa imputación de un delito, en verdad que el caso como decía el Dr. Velasteguí no es un caso casero, es un caso internacional, el que todos nos conmovimos, todos vimos la actuación tanto de la policía en su trabajo cuando la defensa personal del señor Barberán; y, es lógicamente que tendríamos que analizar qué es esto de la injuria y de acuerdo a lo que tanto la doctrina, la jurisprudencia, los tratadistas, la injuria es imputar a una persona el falso cometimiento de un delito y esto se lo hace cuando se lanza un improperio a una persona, cuando se le acusa con ese ánimo de ofender, de injuriar, la honra es para todos y cada uno de nosotros, como nuestra sombra, la honra de las personas es aquella que debemos defenderla en cualquier tiempo, espacio, medio; es decir, lo último que nos queda como seres humanos es la dignidad, que no puede ser vilipendiada por ninguna persona. **DECIMO PRIMERO:** Para la existencia del delito de injuria, es importante llegar a conjugar y a comprender la existencia de los dos elementos, tanto de la existencia material del delito, como la responsabilidad de la persona acusada. Para el delito de injuria es importante valorar la existencia material y la existencia del elemento intencional; es decir, la intención que tiene la persona para injuriar. La existencia de lo que en derecho llamamos dolo, este ánimo que nos da para decir a una persona una mentira o acusar a una persona cuando sabemos que es falso lo que le estamos diciendo; es decir, este es el animus injuriandi, elemento típico y fundamental de la injuria. Como lo sostiene Soler. "Es

Dr. FELIPE GRANDA AGUILAR

evidente que la acción injuriosa debe apoyarse en el conocimiento positivo del valor ultrajante de la expresión, acompañado de la voluntad de proferir la palabra, no obstante ese conocimiento y a pesar del significado de la palabra adquirirá al ser empelada" (Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, Tomo III, Segunda Reimpresión, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1953, p. 254), que como bien lo manifestaba el Dr. Román cuando existe la existencia de otros animus se destruye el animus injuriandi; es decir, cuando hay el animus defendendi cuando hay el animus iocandi, animus corrigendi, destruye lógicamente el injuriandi y no se diga el momento actual que estamos dilucidando, existe el animus informandi, no por lo que la policía haga o deje de hacer, no por lo que los elementos de la policía dejen de hacer o vayan a hacer, no., por lo tanto el sólo hecho de denunciar posibles actuaciones incorrectas de ciertas personas, no pueden considerarse como una acción injuriosa. La doctrina la jurisprudencia en nuestros fallos que han sido consultados e incluso utilizados para defensas similares es de que es importante que para considerar este delito de injuria debe existir el dolo específico, es decir personalizar, imputar a la persona con ese deseo propio que caracteriza al ser humano, acabar con ese sentimiento personal, sabiendo que yo conozco de que a quien imputo ese delito no lo merece. La Ex Corte Suprema de Justicia coincidió en señalar la importancia el animus injuriandi en torno a la configuración del delito de injurias; así, se ha expresado que "La injuria consiste objetivamente en el ánimo deliberado que "La injuria consiste objetivamente en el ánimo deliberado de ofender y para que se configure el



*Veinticuatro 24*

Dr. FELIPE GRANDA AGUILAR

delito, esa conducta requiere tres elementos: primero, el objetivo material, consistente en la acción proferida o acción ejecutada; segundo el ANIMO DE INJURIAS, requisito de marrada signo de origen subjetivo pero que vertebrada con especificidad al delito; y, el tercero, la valoración determinada del alcance, naturaleza y magnitud de la ofensa" (...) " por lo que, faltando aquella prueba de intención de ofender , no hay configuración de injuria por el acusado" Gaceta Judicial Serie XVII, No. 1 septiembre-diciembre 1999, p. 161, de acuerdo con ello el animus injuriandi se identifica con el dolo de cometer el delito, la teoría de los animus esta ya superada a nivel doctrinal y su jurisprudencia. **DECIMO SEGUNDO:** Lo actuado por el General Rafael Oswaldo Yépez Cadena al hacer conocer mediante rueda de prensa el estado y situación del señor Elías Barberán Queirolo, como las partes lo han dicho; es decir, no es que fue utilizado, es una persona Ex General de la Policía que para llegar a esos niveles necesita ser preparado física e intelectualmente, es un abogado de la República y un experto en investigación, pero en realidad, él cumplía sus objetivos de Director Administrativo de la Policía Judicial y quien en realidad tenía que dar información sobre el estado y situación de la supuesta persona encontrada como culpable del ilícito que se le acusaba. En tal virtud, ese ánimo que se exige y bien dicho por el Maestro Dr. Jorge Andrade Lara, ese elemento importante y sustancial que exige el Art. 489 del Código penal no existe. Al existir el animus informandi decía, se destruye el animus injuriandi, respetamos mucho a nuestros Jueces de Primera y Segunda instancia quienes lamentablemente no han hecho una aplicación adecuada de

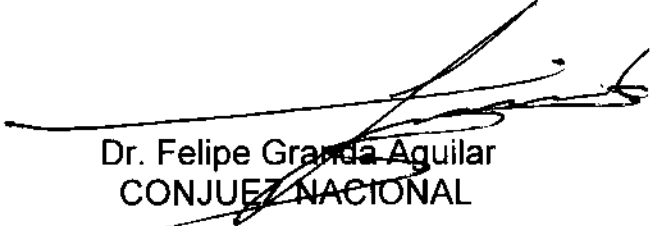
Dr. FELIPE GRANDA AGUILAR

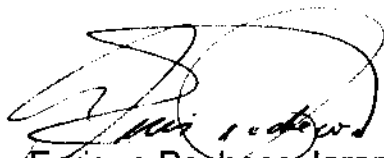
la ley y por el contrario han tratado de ubicar a nuestra situación jurídica fuera del sistema que lleva implícito la situación de lo que es la injuria. Que los señores policías dejen de informar como decía el Dr. Jorge Andrade Lara y muy criticado en realidad por el Dr. Velasteguí, es verdad, que la policía deje de hacer conocer en este aspecto delincucional, al Tribunal no le importa ese sentido, tampoco es queremos quitarles una de las facultades. Nos limitamos única y exclusivamente a lo que es la injuria en el aspecto penal, de allí que, habiendo escuchado la fundamentación de las partes y habiendo expuesto que para este Tribunal que ha emitido varias sentencias de lo que se refiere a injurias y hemos tenido que absolver cuando no existe el dolo. De conformidad a lo que dispone el Art. Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA**, este Tribunal acepta el recurso de casación interpuesto por el General Rafael Oswaldo Yépez Cadena y al haber expuesto nuestro razonamiento y al no encontrar los suficientes elementos de convicción del Art 304-A del Código de Procedimiento Penal, en base también a lo que disponen los Artículos 83, 85 y 252 del Código de Procedimiento Penal, esto es a la prueba de cargo y descargo, absuelve al General Rafael Oswaldo Yépez Cadena y ordena se levanten todas y cada una de las medidas cautelares personales y reales que pesan sobre el imputado. La Sala observa que esta acusación no la puede declarar de maliciosa y temeraria. En relación al recurso de casación interpuesto por el señor Elías Barberán Queirolo se declara

veinte y cinco 25

Improcedente. Se ordena devolver el proceso al Tribunal de origen.-  
Notifíquese.-

  
Dr. Luis Quiroz Erazo  
CONJUEZ NACIONAL PRESIDENTE

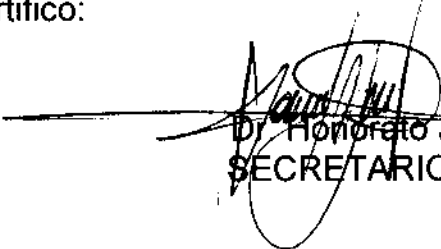
  
Dr. Felipe Granda Aguilar  
CONJUEZ NACIONAL

  
Dr. Enrique Pacheco Jaramillo  
CONJUEZ NACIONAL

Certifico:

  
Dr. Honorato Jara Vicuña  
SECRETARIO RELATOR

En esta fecha, a las dieciséis horas, se notifica por boleta con la sentencia que antecede a RAFAEL YÉPEZ CADENA en los casilleros judiciales Nos. 53 y 391; a ELÍAS JOSÉ BARBERÁN QUEIROLO en el Casillero Judicial No. 1139; DIRECTO NACIONAL DE LA POLICÍA JUDICIAL E INVESTIGACIONES en el Casillero Judicial No. 904; a CBOP DE POLICÍA FREDY ROBAYO Y OTRO en el Casillero Judicial No. 6088; a ANA BAUTISTA en el Casillero Judicial No. 3851. Quito, 13 de diciembre de 2011. Certifico:



Dr. Honorato Jara Vicuña  
SECRETARIO RELATOR