

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR,
PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO**

JUEZA PONENTE: Dra. Lucy Blacio Pereira

Juicio No. 069-2013-LBP

Quito, 17 de septiembre de 2013.- Las 14H25.-

VISTOS.-

I. ACLARACIÓN PRELIMINAR

Este Tribunal ha adoptado como medida de protección a la intimidad de la víctima en este proceso, suprimir de toda futura publicación de la presente sentencia, su nombre y el de sus familiares, al igual que los datos e informaciones que permitan su identificación¹.

II. HECHOS

La víctima una adolescente que padece de una discapacidad mental, actualmente de 15 años de edad, fue violentada sexualmente desde que tenía 13 años de edad por parte del procesado (vecino de su domicilio). El hecho se dio en varias ocasiones y en lugares diferentes, algunos de ellos fueron el Hotel El Rosal, el Hostal Nayra y en su domicilio. De los estudios realizados a la víctima, su edad mental corresponde a 9 años, 3 meses de edad.

III. ANTECEDENTES PROCESALES

El Tribunal Cuarto de Garantías Penales del Azuay, con fecha 24 de abril de 2012 dicta sentencia condenatoria en contra del acusado señor Marco Binicio Cañaverall Ramírez, por encontrarlo responsable del delito tipificado en el artículo 512, numeral 1 y sancionado en el artículo 513 del

¹ En aplicación del artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador y artículo 52 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Código Penal, imponiéndole la pena atenuada de doce años de reclusión mayor extraordinaria. Fallo que el acusado impugna a través del recurso apelación.

La Primera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 29 de noviembre de 2012, confirma la sentencia recurrida. De este fallo el procesado interpone recurso de casación.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO DEL RECURSO DE CASACIÓN.-

4.1 Intervención del casacionista Marco Binicio Cañaverl Ramírez², representado por su defensor doctor Iván Durazno Campoverde quien en lo principal alega lo siguiente: 4.1.1.-

Fundamenta su recurso sobre los viciados impropios y los viciados in iudicando de la sentencia. Señala que en forma concreta la parte fáctica del caso en cuestión es que el 28 de octubre del año 2010, la madre de la niña presenta una denuncia en la Fiscalía por delito de violación, por haberse suscitado aparentemente tres hechos en los que se habría afectado en contra de su integridad sexual. Menciona que la madre de la víctima ha encontrado en la mochila de su hija unos manuscritos en los que se refería a un tal Marco, sin especificar el apellido, quien habría mantenido relaciones sexuales con la misma. Que iniciado el proceso penal el Juez Duodécimo de Garantías Penales de Pichincha, con fecha 02 de mayo del 2011, dicta auto de llamamiento a juicio y el 24 de abril de 2012, el Cuarto Tribunal de Garantías Penales dicta una sentencia condenatoria en contra del procesado Marco Cañaverl, la que es impugnada mediante recurso de apelación, el mismo que resuelto por la Primera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, se desecha dicho recurso y se ratifica la sentencia dictada por el Tribunal A Quo, esto es de 12 años de privación de su libertad; **4.1.2.-** Señala en su argumentación que existe violación de la ley porque hay contravención expresa a varias normas legales, indebida aplicación y errónea interpretación de las mismas. Precisa que *“...por ejemplo artículo 76 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto tiene que ver a una sana crítica la misma se ha dado una falsa interpretación, ya que, no cumple la razón lógica sustentada la misma en la ciencia y en la experiencia, si bien es cierto los, señores jueces, debieron aplicar, en este caso, el art. 4 del Código Penal, en su primera parte, en cuanto tiene que ver con el principio in dubio pro reo, además se contravino, en forma expresa, a lo establecido en los artículos 417, 426 de la Constitución de la República del Ecuador, así mismo la*

²Véase audiencia oral, pública y de contradictorio de recurso de casación.

sentencia, en su contexto general, inclusive afecta a lo dispuesto y se da una errónea interpretación quizá y falta de aplicación a lo dispuesto en el artículo 76, numeral 7, literal I) de la Constitución de la República del Ecuador, es así que con la apreciación de la misma podemos observar que si bien es cierto hace referencia a los hechos, es decir, a la primera parte de la argumentación jurídica, sin embargo, hace un relato exhaustivo de las pruebas presentada en el Tribunal de Garantías Penales sin que la misma contenga la teoría probatoria, que en esta caso en recurso de apelación es imprescindible estar a lo dispuesto en el artículo 304 a) del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el artículo 309 Ibídem, en este sentido la misma no contiene doctrina, ni jurisprudencia, ni mucho menos el análisis preciso, exhaustivo, claro, ni detallado para emitir su sentencia, más bien contraviene como había dicho varias disposiciones legales en este caso disposiciones constitucionales como son la del artículo 75, de la Constitución de la República en cuanto a los principios de inmediación, contradicción, inclusive, contraviene lo dispuesto en el artículo 76, y el artículo 169 de la Constitución de la República, y por ende por estar vigentes y ser supraconstitucionales así con el mandato del artículo 425, inciso segundo de la constitución de la república contraviene lo dispuesto en varios instrumentos internacionales como es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, fundamentalmente en el artículo 14, numeral 5 y el Pacto de San José de Costa Rica en cuanto hace referencia a las garantías judiciales, en el artículo 8, numeral 2, en este sentido es indudable que dicta violando estas normas constitucionales e instrumentos internacionales fundamentalmente por los principios de inmediación, eficiencia y eficacia...”; **4.1.3.-** Indica también que en sentencia se hace referencia en el acápite octavo que no debió aplicarse el artículo 29, numeral 5 del Código Penal, es decir, las atenuantes que le favorecían en su momento procesal al recurrente, lo que significa que hace una errónea interpretación porque la misma manifiesta que la pena debió ser de dieciséis a veinticinco años de reclusión mayor especial. Lo que resultaría a decir del recurrente en una errónea interpretación y una falsa interpretación del artículo 5.4 del Código de Procedimiento Penal, fundamenta dicha alegación en el artículo 1 de la Constitución que establece que vivimos en un Estado Neoconstitucional y que el sistema penal es el acusatorio conocido en doctrina como de derecho penal mínimo; **4.1.4.-** Con referencia a la prueba señala que no se consideró la legalidad o no de las mismas, es decir, el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal, la doctrina conocida por Norberto Bobbio como la “doctrina popi”, es decir la prueba tenía que ser pedida, ordenada, practicada conforme, en este caso, a las disposiciones legales de los artículos 94 y 95 del Código de Procedimiento Penal y por supuesto el artículo 76 numeral 3, en su parte final de la Constitución.

Indica que la Corte Provincial de Justicia no hace ese análisis y en ese sentido se da una errónea interpretación del artículo 143 del Código de Procedimiento Penal, “...en el acápite quinto en cuanto a lo que manifiesta el acusado señor Marco Binicio Cañaverl Ramírez a sabiendas de que el artículo 143 y 144 del Código de Procedimiento Penal no es más que un medio de prueba o un medio defensa del que la rinde, siendo una errónea interpretación por parte de los juzgadores incurre una vez más, en una causal del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, en este sentido, no se ha aplicado, se ha contravenido en forma expresa de lo dispuesto en los artículos 1 el juicio previo que hace referencia el Código de Procedimiento Penal, los artículos 11, 12, 14, 70 del Código de Procedimiento Penal”; **4.1.5.-** Concluye solicitando que se tenga en consideración lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con lo que disponen los artículos 429 del Constitución y 4, 5 y 6 del Código Orgánico de la Función Judicial, y las garantías del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 fundamentalmente en su artículo 14, numeral 5 y el Pacto de San José de Costa Rica en cuanto a las garantías judiciales.

4.2 Intervención del delegado de la Fiscalía General del Estado, doctor Andrés Idrovo Larreátegui, quien en lo principal menciona que³:

4.2.1.- La Fiscalía únicamente ha logrado recoger una descripción normativa de textos legales y constitucionales, y también de orden internacional, sin que haya podido especificar ni entender cuál es la pretensión, porque no se ha promovido una explicación fundamentada y suficiente como para determinar y establecer con precisión la violación de la ley en la sentencia conforme el requerimiento del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal; **4.2.2.-** “...las sentencias tanto del inferior y del superior presentan un doble conforme, es decir una decisión llena de certeza, en cuanto a la culpabilidad del acusado y para ello se ha valido de un acervo probatorio suficiente, en el cual se determina y se establece con precisión en términos de antijuricidad, cuál ha sido el bien jurídico protegido lesionado esto es de libertad sexual, así mismo en el escenario de la tipicidad se ha llegado a justificar y a comprobar debidamente, a través, de ese aporte probatorio como es que el hoy acusado ha procedido a transgredir ese bien jurídico protegido para finalmente a través de un juicio de reproche llegar a determinar que es el culpable y el responsable de este acto típico y antijurídico, es decir de un injusto, siendo por tanto también exigible, en términos de culpabilidad, otro comportamiento tanto más que se trata, al menos de lo que consta en la sentencia de una persona de 36 años de edad,

³Véase audiencia oral, pública y de contradictorio de recurso de casación.

que no tiene ningún problema psicológico, ni psiquiátrico, es decir, estaba en toda su capacidad como para exigirle otro comportamiento frente a una menor de 14 años, que también padecía una deficiencia intelectual como fue debidamente acreditado...”; **4.2.3.-** Concluye solicitando que se rechace ese recurso y esa pretensión porque “...no ha sido, en primer lugar motivada, ni fundamentada como lo exige la norma procedimental y además de existir una coherencia, una debida motivación en la sentencia y que no padece ni es portadora de ninguna violación de la ley, razón por la cual señora y señores jueces pido que se rechace el recurso”.

4.3 Intervención de la acusadora particular, representada por su abogado Dr. Patricio Lorenzo Abad, quien menciona que⁴: “De igual forma en representación de la acusación particular consideramos que no se ha fundamentado en forma específica, concreta, contundente cuál ha sido la violación in iudicando que se presenta en la sentencia que el procesado ha recurrido, el abogado del procesado no ha demostrado en forma contundente como es que se ha violado la ley, lo que ha hecho es remitirse a los hechos que ya están probados y que son verdad en la actualidad del proceso y finalmente no nos ha dicho cómo es que se ha contravenido la ley, cómo es que ha habido una indebida aplicación o una errónea interpretación, por lo tanto, el pedido de la acusación particular es de que de acuerdo a lo que señala la ley el artículo 349 y 359 del Código de Procedimiento Penal vigente, que se declare improcedente el recurso de casación propuesto y que se devuelva el proceso al inferior para que este lo ejecute dentro del debido término”.

4.4 Réplica por parte del casacionista⁵: “Efectivamente argumentar, en cuanto a la doctrina de Robert Alexi, en el recurso de casación significa enunciar lo fáctico y lo he hecho, señalar en forma expresa las disposiciones legales que han sido violados, disposiciones legales son las del Código de Procedimiento Penal, del Código Penal, de la Constitución de la República y de los instrumentos internacionales, a los cuales la defensa se ha referido, ... en este sentido la defensa ha sido muy pertinente y contundente en señalar que disposiciones legales han sido violadas y cuál ha sido su transgresión”.

⁴Véase audiencia oral, pública y de contradictorio de recurso de casación.

⁵Véase audiencia oral, pública y de contradictorio de recurso de casación.

V.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

5.1.- Competencia del Tribunal.- El Consejo de la Judicatura de Transición, por mandato constitucional nombró y posesionó a 21 Juezas y Jueces Nacionales el 26 de enero de 2012. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión de 22 de julio de 2013, integró sus seis Salas Especializadas conforme dispone el artículo 8 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, que sustituye el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal, según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador y 186.1 reformado del Código Orgánico de la Función Judicial. Por sorteo realizado el 28 de enero del 2013, la doctora Lucy Blacio Pereira actúa como Jueza ponente, según el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial; los doctores Jorge Blum Carcelén y Merck Benavides Benalcázar, Jueces Nacionales, conforman el tribunal; todos quienes de acuerdo al artículo 5 de la resolución No. 04-2013, de la Corte Nacional de Justicia, de 22 de julio del 2013, avocan conocimiento.

5.2.- Validez Procesal.- El presente recurso se ha tramitado conforme a lo establecido en los artículos 75 y 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador y las reglas generales de impugnación dispuestas en los capítulos I y IV del Título Cuarto del Código de Procedimiento Penal. Por lo que, al no existir vicios de procedimiento, ni omisión de solemnidades sustanciales, al haberse observado las garantías del debido proceso, este Tribunal declara la validez de todo lo actuado.

5.3.- Naturaleza jurídica del recurso de casación.- La casación es una institución procesal, recurso extraordinario, no constituye una nueva instancia de análisis sobre los hechos presentados en el caso, sino que realiza únicamente un análisis *in iure* de la sentencia de segunda instancia para determinar posibles violaciones en ella a la ley, ya por haberse contravenido expresamente a su texto, ya por haberse hecho una incorrecta aplicación de la misma; ya, en fin, por haberla interpretado erróneamente, como dispone el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. Se constituye en un instrumento protector de los derechos y garantías fundamentales de las partes en el ámbito penal. Forma parte de los medios de impugnación que nuestro sistema procesal penal

proporciona a los sujetos procesales para defender el imperio del derecho en las decisiones judiciales. En el Ecuador rige el Estado constitucional de derechos y justicia, por lo que el recurso de casación pasa de cumplir la función de control de la aplicación de la ley hecha por los tribunales de instancia y la unificación de criterios jurisprudenciales, a la función de tutela de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos y de las normas formal y materialmente conforme a sus disposiciones.

Luis Cueva Carrión señala que: "...el recurso de casación resuelve la pugna que existe entre la ley y la sentencia, no entre las partes..."⁶. El Tribunal de Casación, por disposición expresa de la ley⁷, está impedido de realizar una nueva apreciación de las pruebas que han sido consideradas por el juzgador en la sentencia, excepto cuando éste comete errores de derecho en la valoración de la prueba. En este caso es procedente que se examine la forma en que se valoraron las pruebas, con el fin de analizar el juicio de derecho que respaldó al fallo. Mediante esta sentencia se materializa la tutela judicial efectiva y la motivación como derecho del debido proceso.

En el caso sub iudice, el recurrente menciona que en la sentencia impugnada, por un lado se han violado los artículos 75, 417, 425, 426, de la Constitución de la República del Ecuador, además que ha existido una errónea interpretación de los artículos 76, numeral 7, letra I de la Constitución de la República, artículo 29, numeral 5 del Código Penal, artículo 5 numeral 4, artículos 143 y 11, 12, 14 y 70 del Código de Procedimiento Penal, y finalmente una errónea interpretación e indebida aplicación del artículo 86 del Código de Procedimiento Penal. Ante esta alegación es necesario referirnos acerca de estas causales que la ley establece y su concepto.

Según el autor Samuel José Ramírez Poveda⁸, la causal de violación expresa de la ley es "*...un desacierto de selección normativa. Representa el yerro del juzgador en cuanto al contenido de la norma en el proceso de entendimiento y comprensión de las disposiciones legales aplicables a la situación jurídica, arribando en forma desacertada a la escogencia de la disposición calificatoria, bien sea, dejando de adjudicar la que corresponda al caso (inaplicación), y en su lugar poniendo en*

⁶ Luis Cueva Carrión, *la Casación en Materia Penal*, Quito, Ediciones Cueva Carrión, Segunda Edición, 2007, p. 146.

⁷ Código de Procedimiento Penal, Art. 349 "...No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba".

⁸ Samuel Poveda Ramírez, "*Los errores de hecho en sede de casación penal, naturaleza y técnica de la acusación por falsos juicios de identidad o de existencia*", en Orlando Rodríguez Ch., *Casación y Revisión Penal*, Bogotá, Editorial Temis, 2008, p. 234.

marcha otra que no gobierna la situación bajo examen lo cual correlativamente conduce a la aplicación indebida de otra. En otra forma, puede llegar a una interpretación errónea que surge del entendimiento desacertado de la norma.”

Por otra parte refiriéndose a la causal de indebida aplicación, enunciada por el recurrente, el autor Orlando Rodríguez Ch. señala al respecto que, *“El juez, al proferir la sentencia, la funda en una norma que no es aplicable al caso, dejando de aplicar la que corresponde; de manera que el error recae en la adecuación de la norma a un caso concreto; aplica la que no lo regula”*⁹.

Finalmente el autor Jorge Carrión Lugo, respecto a la causal de errónea interpretación menciona que: *“Habrá interpretación errónea cuando la Sala Jurisdiccional en su resolución le da a la norma un sentido que no tiene: aplica la norma pertinente al caso, pero le otorga un sentido diferente. La interpretación errónea de la norma es una forma de violarla”*.¹⁰

VI.- ANÁLISIS DEL RECURSO DE CASACIÓN.-

5.1.- Bien jurídico protegido.- En los delitos de violencia sexual, el bien jurídico protegido, de manera general es la libertad sexual de las personas, más cuando la víctima es una niña, niño o adolescente se debe mirar que también se ve vulnerado su desarrollo integral¹¹, su personalidad, su integridad sexual y su proyecto de vida. En este tipo de delitos, nuestra legislación es más severa cuando la víctima es menor de 14 años y/o posee una discapacidad. En el presente caso, la víctima es una niña que padece una discapacidad mental, misma que, luego de la evaluación correspondiente, dio como resultado que su edad mental promedio es de 9 años, 3 meses de edad.

La Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia¹², se pronunció en varias ocasiones en el sentido de que, en los delitos de violencia sexual cometidos en contra de personas que adolecen de discapacidad mental es necesario que sea considerada, como edad de la víctima,

⁹ Orlando Rodríguez Ch., *Casación y Revisión Penal*, Bogotá, Editorial Temis, 2008, p. 239.

¹⁰ Jorge Carrión Lugo, *El recurso de Casación en el Perú, El recurso de Casación en la Doctrina y la Legislación Comparada*, Volumen I, 2da. ed., Lima, Editora Jurídica Grijley, 2003, p.5.

¹¹ Convención de los Derechos del Niño, Art. 27.1.- Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

¹² Véase las sentencias 918-P-2010, dictada de fecha 23 de noviembre de 2012, doctora Lucy Blacio Pereira (jueza ponente); y 0836- 2010, de fecha 20 de agosto de 2012, doctor Vicente Robalino Villafuerte (juez ponente).

no su edad cronológica, sino más bien su edad mental, esto en el sentido de considerar su real desarrollo y madurez, y por lo tanto la real afectación que se produjo a la víctima, por lo que, siendo su condición la de una niña con discapacidad, el bien jurídico protegido en el presente caso, debe ser tutelado a la luz de la siguiente argumentación:

El ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes se realiza de manera progresiva de acuerdo a su desarrollo emocional, físico y mental, por lo tanto, esto debe ser valorado al momento de analizar los tipos penales de violencia sexual en contra de niñas, niños y adolescentes.

La dimensión del impacto en la vida de una niña, niño o adolescente, es notable, debido a la gran afectación que se produce a la evolución y desarrollo integral de su personalidad, a su salud física y mental, y además al ejercicio de sus derechos, en general, se produce una grave afectación a su vida y su futuro, la cual es aún mayor con respecto a las niñas, niños y adolescentes con discapacidad, en el sentido de que esta afectación también se relaciona a su recuperación física y mental. Un niño, niña o adolescente es indomne sexualmente, por carecer de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual¹³.

En ese sentido la Convención de los Derechos de los Niños, establece en el artículo 34 que:

“Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales”.

En la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad se garantiza la protección contra la explotación, la violencia y el abuso¹⁴, determinando que:

“Los Estados adoptarán las medidas de carácter legislativo, administrativo, social, educativo y de otra índole que sean pertinentes para asegurar su protección, así como las apropiadas para promover la recuperación física, cognitiva y psicológica, la rehabilitación y la reintegración social de las personas

¹³ Al respecto Francisco Muñoz Conde, al analizar el bien jurídico protegido de los Delitos contra la Libertad e Indemnidad sexuales, señala que en nuestro ámbito cultural existe una especie de consenso no escrito sobre la “intangibilidad” o “indemnidad” que frente a la sexualidad de terceros debe otorgarse a los menores o incapaces, Derecho Penal, Parte Especial. 17ª ed. Tirant lo Blanch. 2009, p. 191 - 197.

¹⁴ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Artículo 16.

con discapacidad que sean víctimas de cualquier forma de explotación, violencia o abuso”.

En la Observación General N°. 9 sobre los derechos de los niños con discapacidad, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos¹⁵ solicitó a los Estados:

“...adoptar medidas suplementarias, cuando fuere necesario, para garantizar que las niñas con discapacidad estuvieran bien protegidas, tuvieran acceso a todos los servicios y estuvieran plenamente incluidas en la sociedad”.

Disposiciones que se convierten en un conjunto de obligaciones de los Estados que incluyen la adopción de medidas legislativas, administrativas y judiciales u otras medidas para prohibir y prevenir la violencia contra las mujeres y las niñas con discapacidad, investigar y sancionar los actos de violencia, y garantizar vías de recurso y reparación a las víctimas.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención De Belem Do Para"¹⁶, en su artículo 1 menciona que para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer:

“Cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.”

El mismo cuerpo legal, en su artículo 2 menciona que: “Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas,

¹⁵ Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Estudio temático sobre la cuestión de la violencia contra las mujeres y las niñas y la discapacidad. Consejo de Derechos Humanos. 2012.

¹⁶ La Convención Belén do Pará, fue ratificada por el Ecuador el 30 de junio de 1995.

prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y

c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra. “

En la Constitución de la República, consta como una obligación del Estado, la sociedad y la familia, el promover de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos. Se define el desarrollo integral de una niña, niño y adolescente, al proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad¹⁷.

En la misma línea, la Constitución, en su artículo 35¹⁸ establece que las niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de su libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria que recibirán las personas en situación de riesgo, aquellas que ha sido víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. *El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.*

Por su parte el Código de Niñez y Adolescencia establece que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a disfrutar del más alto nivel de salud física, mental, psicológica y sexual¹⁹.

Por otra parte el mismo cuerpo legal establece, en su artículo 55, los derechos específicos que gozan las personas con discapacidad, a parte de todos los demás contemplados para su edad:

Art. 55.- Derecho de los niños, niñas y adolescentes con discapacidades o necesidades especiales.- Además de los derechos y garantías generales que la ley contempla a favor de los niños, niñas y adolescentes, aquellos que tengan

¹⁷ Constitución de la República del Ecuador, Art. 44.

¹⁸ Constitución de la República del Ecuador, Art. 35.

¹⁹ Código de la Niñez y Adolescencia, Art. 27.

alguna discapacidad o necesidad especial gozarán de los derechos que sean necesarios para el desarrollo integral de su personalidad hasta el máximo de sus potencialidades y para el disfrute de una vida plena, digna y dotada de la mayor autonomía posible, de modo que puedan participar activamente en la sociedad, de acuerdo a su condición. Tendrán también el derecho a ser informados sobre las causas, consecuencias y pronóstico de su discapacidad y sobre los derechos que les asisten....

El mismo cuerpo legal dispone también, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, que constituye abuso sexual todo contacto físico, sugerencia de naturaleza sexual, a los que se somete un niño, niña o adolescente, aun con su aparente consentimiento, mediante seducción, chantaje, intimidación, engaños, amenazas, o cualquier otro medio²⁰, así también como la explotación sexual, la prostitución y la pornografía infantil.

No se puede pasar por alto, el principio descrito en el artículo 12 del Código de Niñez y Adolescencia, y sobre todo el último inciso, el cual establece claramente que:

“En caso de conflicto, los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de los demás.”

Este aparataje legal no es más que la consolidación de los derechos que se encuentran revestidos las niñas, niños y adolescentes, así como las mujeres adultas, en contra de la violencia sexual a la que se han visto expuestas, la misma que no se puede auspiciar, ni dejar de sancionar.

Con lo antes expuesto, es necesario mencionar que tanto la legislación nacional como la legislación internacional, es clara en establecer que el bien jurídico protegido en los delitos de violencia sexual, cometidos en contra de niñas, niños y adolescentes no es solamente la libertad sexual sino que va más allá, debido a la gran afectación que se produce a la evolución y desarrollo integral de su personalidad, a su salud física y mental, y al ejercicio de sus derechos, en general, se produce una

²⁰ *Ibíd*em, art. 68

grave afectación a su futuro y su proyecto de vida, más aun siendo una niña con discapacidad, la víctima de este delito.

5.2 Principio de interés superior del niño.- Este principio se encuentra reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño establece que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad²¹.

En la Observación General N°. 9 sobre los derechos de los niños con discapacidad, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos solicitó a los Estados adoptar medidas suplementarias, cuando fuere necesario, para garantizar que las niñas con discapacidad estuvieran bien protegidas, tuvieran acceso a todos los servicios y estuvieran plenamente incluidas en la sociedad. Disposiciones que se convierten en un conjunto de obligaciones de los Estados que incluyen la adopción de medidas legislativas, administrativas y judiciales u otras medidas para prohibir y prevenir la violencia contra las mujeres y las niñas con discapacidad, investigar y sancionar los actos de violencia, y garantizar vías de recurso y reparación a las víctimas²².

La víctima de este proceso es una niña con discapacidad, por lo que las autoridades judiciales deben ajustar sus decisiones y acciones para garantizar el principio de interés superior del niño, dispuesto por el artículo 44 de la Constitución, y los derechos que le corresponden por su pertenencia a un grupo de atención prioritaria²³.

“El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas (...).”²⁴

²¹ Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 23.

²² Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Estudio temático sobre la cuestión de la violencia contra las mujeres y las niñas y la discapacidad, Consejo de Derechos Humanos, 2012.

²³ Constitución de la República del Ecuador, artículo 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.

²⁴ Corte Constitucional Ecuatoriana, Sentencia N.º 010-12-SEP-CC, caso N.º 1277-10-EP, de 15 de febrero de 2012

El Código de la Niñez y Adolescencia, por su parte, en su artículo 11 establece que:

“El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. (...) Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.”

La Corte Constitucional al respecto, en la sentencia No. 010-12-SEP-CC publicada en el Registro Oficial Suplemento 673 de 30 de marzo de 2012, señala:

“(...) principio rector-guía, en los términos que ha desarrollado esta Corte, una garantía social que obliga al Estado a una actuación concreta y efectiva para garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes, y a la vez, es un principio constitucional directamente aplicable y justiciable (...) En definitiva, toda vez que el Estado y, particularmente el sistema de justicia, tiene una obligación positiva de tomar las medidas idóneas, necesarias y proporcionadas con el fin de garantizar el derecho de niñas, niños y adolescentes a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia”.

En la Opinión Consultiva OC-17/2002²⁵, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresa que el “interés superior del niño” implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño y analiza el principio de interés superior del niño conjuntamente con la protección de no revictimizarlos, por lo que señala lo siguiente:

“La obligación de proteger el interés superior de los niños y niñas durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados²⁶ puede implicar, inter alia, lo siguiente: i) suministrar la información e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a sus necesidades particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo

²⁵ Opinión consultiva publicada el 28 de Agosto de 2002.

²⁶ Comité de los Derechos del Niño. Observación General 12: El derecho del niño a ser escuchado, 51º período de sesiones, 2009, U.N. Doc. CRC/C/GC/2009 (20 de Julio de 2009), párr. 70.

con sus necesidades²⁷; ii) asegurar especialmente en casos en los cuales niños o niñas hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado²⁸, y iii) procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el niño.”²⁹

En conclusión, con todo lo antes expuesto, es necesario mencionar que el Estado Ecuatoriano, tiene el deber de cumplir y ser vigilante del cumplimiento del principio de interés superior en el sentido de poder realizar una efectiva tutela a los derechos de las niñas, niños y adolescentes, quienes están revestidos además de prioridad absoluta. En el caso que nos ocupa, la tutela al interés superior se amplía en un espectro aún mayor, ya que la víctima tiene una doble condición de vulnerabilidad en el sentido de ser una niña y tener una discapacidad, por lo que el estándar de protección es más alto.

5.3.- Violación expresa de los artículos 75, 417, 425, 426, de la Constitución de la República del Ecuador, errónea interpretación de los artículos 76, numeral 7, letra I de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 29, numeral 5 del Código Penal, artículo 5 numeral 4, artículo 143 y 11, 12, 14 y 70 del Código de Procedimiento Penal, y errónea interpretación e indebida aplicación del artículo 86 del Código de Procedimiento Penal.- El recurrente en su fundamentación ha enlistado varias normas jurídicas que considera han sido expresamente violentadas, otras erróneamente interpretadas y otras, de manera simultánea, erróneamente interpretadas e indebidamente aplicadas, ante lo cual este Tribunal de Casación manifiesta:

²⁷ Comité de los Derechos del Niño. Observación General 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), 34º período de sesiones, 2003, U.N. Doc. CRC/GC/2003/5 (27 de noviembre de 2003), párr. 24, y Comité de los Derechos del Niño, Observación General 12: El derecho del niño a ser escuchado, supra nota 263, párr. 64.

²⁸ Ibidem, párr. 21 in fine, 34 y 64.

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Rosendo Cantú y Otra Vs. México, Sentencia de 31 de Agosto de 2010, párr. 201.

En varias ocasiones³⁰, la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, se ha pronunciado en el sentido de que es deber del casacionista demostrar, de manera clara y precisa, qué errores in iudicando se han cometido en la sentencia recurrida, esto apegándose a lo que dispone el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, es decir, argumentando de manera técnica, qué normas fueron indebidamente aplicadas, erróneamente interpretadas o expresamente violentadas. El detalle de las normas que se consideran violentadas o la mera enunciación de que las mismas han sido indebidamente aplicadas o erróneamente interpretadas, hacen definitivamente imposible poder apreciar, analizar o corroborar la violación a la ley que se considera existe en la sentencia impugnada; tanto más que en este recurso, en el cual por su condición de extraordinario y técnico, el Tribunal de Casación construye su razonamiento exclusivamente de la fundamentación realizada en audiencia, de manera oral, por el recurrente, y de la contestación de la contraparte; inclusive cuando el Tribunal de Casación considere realizar una casación de oficio³¹, esto en concordancia con el principio de taxatividad³² que reviste a este recurso.

El casacionista en su argumentación incurre en algunas contradicciones, ya que menciona que existen normas que han sido indebidamente aplicadas y, de manera simultánea, erróneamente interpretadas, ante lo cual es necesario mencionar que por un lado la indebida aplicación es el entendimiento errado o fuera de contexto que hace el juzgador de los hechos que se presentan en el caso y lo juzga con determinada norma no aplicable al caso concreto³³, el mismo que no tiene nada que ver con la valoración de la prueba en un caso, sino que es la controversia en la interpretación de la norma por parte del juez en su resolución; y por otro lado la errónea interpretación se da cuando la elección del juzgador al aplicar la norma legal ha sido correcta, sin embargo, la interpretación con respecto a los hechos es errada, lo que hace que se cometa un error de derecho al motivar la sentencia dictada y hace posible la casación.³⁴

³⁰ Véase la sentencia dictada el 19 de octubre de 2012 a las 11h33, en el caso No. 259-2012-P- LBP; y sentencia dictada el 11 de julio de 2013, a las 11h05, en el caso No. 076-2013-T- LBP.

³¹ Código de Procedimiento Penal Artículo 358 "...Si la sala observare que la sentencia ha violado la ley, admitirá la casación, aunque la fundamentación del recurrente haya sido equivocada".

³² Orlando Rodríguez Ch., *Casación y Revisión Penal*, Temis, Bogotá, 2008, p. 67 señala "La casación procede única y exclusivamente por las causales que expresamente consagra el sistema jurídico positivo; no existen causales distintas".

³³ *Ibidem*.

³⁴ Jorge Carrión Lugo, *El recurso de Casación en el Perú, El recurso de Casación en la Doctrina y la Legislación Comparada*, Volumen I, 2da. Ed, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2003, p.5.

En el caso en concreto el recurrente, por un lado, menciona que la norma ha sido indebidamente aplicada y simultáneamente establece que esta misma también fue erróneamente interpretada, cometiendo una contradicción, en el sentido de que, como se enunció anteriormente, solamente puede suceder una de las dos situaciones, ya que, las dos son presupuestos contrarios.

Por lo que, a manera de corolario, este Tribunal considera que en el caso sub iudice no se ha dado cumplimiento al principio de taxatividad como un aspecto del principio de legalidad, en virtud del cual la casación puede y debe interponerse únicamente con fundamento en las causales expresamente establecidas en la ley, ya que, por un lado no se advierte que el recurrente haya realizado fundamentación alguna de en qué forma ciertas normas han sido violadas, sino que se ha limitado a enlistarlas sin más explicación, y por otro lado ha fundamentado la supuesta violación de la ley en la sentencia de manera confusa y contradictoria, por lo cual, este Tribunal se ve imposibilitado de realizar un análisis jurídico respecto a las presuntas violaciones de la ley en la sentencia impugnada.

5.4.- Otro punto que es necesario tomar en cuenta, es la pena impuesta al procesado por la Primera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha que confirma la sentencia del Tribunal Cuarto de Garantías Penales, imponiéndole al procesado Marco Binicio Cañaverl Ramírez, la pena atenuada de doce años de reclusión mayor extraordinaria, por el delito de violación a la niña víctima de este caso.

Al respecto, es necesario mencionar, que la legislación penal es muy clara en el sentido de establecer que en los casos de delitos de violencia sexual y de trata de personas, conforme al innumerado (528.20) del Código Penal, es inaplicable la modificación de la pena cuando estos se cometieren en contra de personas menores de dieciocho años de edad. En el caso en concreto pese a la prohibición descrita anteriormente se modifica la pena impuesta imponiéndole al procesado doce años de reclusión mayor extraordinaria, aún con la presencia de circunstancias agravantes, tales como:

“En el caso de delitos sexuales y de trata de personas, se considerarán como circunstancias agravantes, cuando no fueren constitutivas o modificatorias de la

infracción y se aplicarán sin perjuicio de las circunstancias agravantes generales señaladas en el artículo anterior, las siguientes:...

3. Aprovecharse de que la víctima atraviesa por una situación de vulnerabilidad, extrema necesidad económica o de abandono.

6. Si la víctima estuviere incapacitada física o mentalmente.

9. Conocer a la víctima con anterioridad a la comisión del delito..."

En el presente caso, de la revisión de la sentencia impugnada, se deduce la fehaciente demostración, de que el delito de violación perpetrado por el procesado Marco Binicio Cañaverál Ramírez , fue cometido en contra de una niña, quien padece de discapacidad mental, y en consecuencia se encontraba en situación de doble vulnerabilidad, sin embargo el tribunal juzgador, pese a la prohibición de la modificación de la pena en delitos de violencia sexual en contra de niñas, niños y adolescentes y la comprobación de circunstancias agravantes procede a modifica la pena considerando como atenuante, a favor del acusado, haber cumplido con la medida sustitutiva a la prisión preventiva, lo cual se traduce en un evidente error de derecho que debe ser corregido por el Tribunal de Casación.

5.5.- Por lo expuesto, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia determina que el recurrente no ha fundamentado su recurso en el sentido de establecer los errores de derecho, que ha alegado existir, en la sentencia dictada por la Primera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, por lo que **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, con fundamento en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal,

RESUELVE:

1. Declarar improcedente el recurso de casación presentado por el ciudadano MARCO BINICIO CAÑAVERAL RAMIREZ.
2. Casar de oficio la sentencia recurrida en cuanto a la pena impuesta por la Primera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, al verificarse la violación de la ley, enmendando dicho error, conforme a lo dispuesto en el artículo 513 del Código Penal se impone al procesado ciudadano MARCO BINICIO CAÑAVERAL RAMIREZ, autor del delito tipificado en el

artículo 512 número 1 del Código Penal la pena de dieciséis años de reclusión extraordinaria, sin embargo, por la vigencia del principio de no reformatio in pejus, establecido en el artículo 77.14 de la Constitución de la República del Ecuador se mantiene la pena impuesta, esto es de doce años de reclusión mayor extraordinaria. Con derecho a la reparación integral de la víctima, que incluye el pago de daños y perjuicios que han sido dispuestos en la sentencia impugnada.

3. Devuélvase el proceso a la autoridad de origen para la ejecución de la sentencia, notifíquese y cúmplase.

Dra. Lucy Blacio Pereira
JUEZA NACIONAL PONENTE

Dr. Merck Benavides Benalcázar
JUEZ NACIONAL

Dr. Jorge Blum Carcelén
JUEZ NACIONAL

Certifico.-

Dra. Martha Villarroel Villegas
SECRETARIA RELATORA (E)