



Carrera de Derecho.

Trabajo de Investigación Modalidad Estudio de Caso.

Previo a la obtención del Título de:

Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador.

Tema:

CASO No. 13283-2014-2464, que por Tentativa de Homicidio, sigue Pinoargote Sornoza Merly Stefanía y la Fiscalía en contra de: Alcívar Sabando Silvia Patricia: "El Principio de Congruencia en cuanto a la Valoración de la Prueba y la determinación del Tipo Penal".

Autora:

Nadia Alexandra Loor Narváez.

Tutor:

Ab. Henry Villacis Londoño.

Cantón Portoviejo-Provincia Manabí-República del Ecuador.

2017.

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR.

NADIA ALEXANDRA LOOR NARVÁEZ de manera expresa hace la cesión de los derechos de autor y propiedad intelectual del presente trabajo investigativo: **CASO No. 13283-2014-2464, que por Tentativa de Homicidio, sigue Pinoargote Sornoza Merly Stefania y la Fiscalía en contra de: Alcívar Sabando Silvia Patricia: "El Principio de Congruencia en cuanto a la Valoración de la Prueba y la determinación del Tipo Penal"**. A favor de la Universidad San Gregorio de Portoviejo por haber sido realizado bajo su patrocinio institucional.

Portoviejo 10 de agosto del 2017.

F

NADIA ALEXANDRA LOOR NARVÁEZ

AUTORA 131530483-0

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN.....	VI
CAPÍTULO I.	1
1.- Marco Teórico.....	1
1.1.- Origen y Evolución del Proceso Penal (Acusatorio, Inquisitivo y Mixto)..	1
1.1.2.- El Sistema Acusatorio Formal.....	3
1.2.- Historia del Derecho Procesal Ecuatoriano.....	4
1.3.- Principio de Congruencia.....	4
1.3.1.- Iura Novit Curia.....	7
1.3.2.- Delitos Homogéneos.....	8
1.3.3.- Derecho al Debido Proceso.....	9
1.3.4.- Derecho a la Defensa.....	9
1.3.5.- Derecho a una Tutela Judicial Efectiva.....	10
1.4.- Valoración de la Prueba.....	10
1.4.1.- Sana Crítica.....	12
1.4.2.- Prueba Testimonial.....	12
1.4.2.1.- Testimonio de Peritos.....	13
1.4.2.2.- Testimonio Propio.....	13
1.4.2.3.- Testimonio del Ofendido.....	13
1.4.3.- Fruto del Árbol Envenenado.....	14
1.5.- Tentativa.....	14
1.5.1.- Punibilidad de la tentativa.....	15

CAPÍTULO II	16
2.- Análisis de caso.....	16
2.1.- Sujetos que Intervinieron en el proceso.	16
2.2.- Relato de los Hechos.	16
2.3.- Actos y Diligencias en el presente caso.	18
2.3.1.- Audiencia Preparatoria de Juicio y Auto de Llamamiento a Juicio....	19
2.3.1.1.- Elementos de Cargo Fiscalía.....	20
2.3.1.1.1.- Pruebas Documentales.	20
2.3.1.1.3.- Pruebas Testimoniales.....	21
2.3.1.1.4.- Pruebas Materiales.	21
2.3.1.2.- Elementos de Descargo Fiscalía.	21
2.3.2.- Anticipo Probatorio de la Fiscalía (escrito).....	22
2.3.3.- Anticipo Probatorio Defensa.	23
2.3.4.- Consideraciones del Tribunal de Primera Instancia (audiencia de juicio).	24
2.3.5.- Consideraciones del Tribunal de Apelación (Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Manabí).	27
2.4.- Análisis del Auto de Llamamiento a juicio.	29
2.5.- Análisis de las Pruebas.	33
2.5.1.- Pruebas ilícitas y no practicadas.	33
2.5.2.- Hechos y sus respectivas pruebas, antes de ser valorados.....	38
2.6.- Problema Jurídico.....	41

2.7.- Vulneración del Principio de Congruencia.	42
2.8.2.- Identificación del Delito.	56
2.9.- Hipótesis Final.....	68
CAPÍTULO III.	68
3.- Conclusiones.	68
3.1.- Bibliografía.....	72

INTRODUCCIÓN.

En el Sistema Procesal Penal actual Ecuatoriano, que está enlazado con el Derecho Constitucional, se practica una serie de principios y garantías que no solo velan porque se respete el debido proceso, sino que también están para asegurar los derechos de las partes, aquello es compatible con el Garantismo que establece la protección de los derechos humanos, mismos que tienen “igual jerarquía” de acuerdo al artículo 11 literal 6, de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE) (Asamblea Nacional, 2008)¹, entre estos derechos humanos se encuentra el Derecho al Debido Proceso, el Derecho a la Defensa y la Tutela Judicial Efectiva (relevantes para el presente estudio), aquellos están contenidos en la CRE y protegidos por garantías y principios constitucionales que según el artículo 11 literal 3 (Asamblea Nacional, 2008)², son “de directa aplicación”, y protegidos por los principios de: Congruencia, Sana Crítica y Iura Novit Curia (el juez conoce de derecho), contenidos en los artículos 76 y 77 de la Carta Magna.

En el presente Estudio de Caso se analizará la causa No. 13283-2014-2464, que por delito de Tentativa de Homicidio sigue la Fiscalía en contra de Silvia Patricia Alcívar Sabando, la supuesta infracción se cometió el 5 de Noviembre del 2012, por lo que, se entiende que estaba en vigencia el Código Penal (en adelante CP) y Código de Procedimiento Penal (en adelante CPP); lo cual, de acuerdo a lo estipulado en la disposición transitoria primera del Código

¹Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial No. 499. Quito Ecuador.

²Ibídem.

Orgánico Integral Penal (en adelante COIP) (Asamblea Nacional, 2014)³, se sustanciarán dichos procesos con las reglas estipuladas en el CPP, aquellas infracciones que se hubieren cometido durante la vigencia del mismo, sin perjuicio de las normas del debido Proceso previstas en la CRE. Sin embargo, contrario a como presuntuosamente sostienen distintos estudiosos del derecho penal, el Sistema Procesal Penal, durante la vigencia del CPP, en vez de ser Inquisitivo, es una mezcla de Sistema Acusatorio e Inquisitivo clásicos, llamándose Acusatorio Formal, sin embargo, los avances del Garantismo, han creado con la vigencia de la constitución, un cuerpo colegiado de normas de Derecho Penal y Procedimiento Penal más acorde con la carta magna como es el COIP; pero en vista de que al momento del cometimiento de la infracción la Constitución estaba vigente, está perfectamente justificado que deban respetarse los derechos, principios y garantías ya mencionados.

El Principal problema jurídico del presente caso, es el cambio de la calificación jurídica del delito que aporta el Fiscal en su acusación, no solo una vez en el Auto de Llamamiento a juicio por parte del Juez, sino, por segunda vez en la decisión final, por parte del Tribunal, ¿significa aquello una vulneración al Principio de Congruencia y por tanto, una incorrecta Valoración de la Prueba? Existen reglas que establecen, cuándo puede el juez vulnerar dicho principio sin que signifique menoscabo del Derecho a la Defensa, pero aquello podría significar una quebrantamiento del Sistema Procesal, ante lo expuesto, hay distintas posturas. La autora fundamentará su posición acorde al análisis del presente caso.

³Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial Suplemento No. 180. Quito Ecuador.

CAPÍTULO I.

1.- Marco Teórico.

1.1.- Origen y Evolución del Proceso Penal (Acusatorio, Inquisitivo y Mixto).

Es menester establecer la definición de proceso; para fines pertinentes Zabala Jorge (2004)⁴, lo define como: “El camino previsto por la ley para que se desarrolle el proceso” (p. 39), de lo expuesto también expresa Albán Ernesto (2004)⁵, que no solo el origen del Derecho Procesal Penal, sino, del Derecho Procesal en sí tuvo que ser en Grecia con el Sistema Acusatorio clásico (pp. 51-52). Para definir al Sistema Acusatorio, se toma la concepción de Ferrajoli (1995)⁶, que asegura que este se caracteriza por la separación del juez y las partes procesales, en donde la acción inicia por la acusación, quien tiene la facultad de probar los hechos imputados (p. 563). Albán Ernesto (2004)⁷, menciona que las leyes carecían de certeza y no siempre estaban escritas, y que el proceso del castigo de los delitos se hacía en audiencia pública, de manera oral. (p. 53).

El siguiente periodo importante en la Evolución del Proceso Penal es en Roma; para tal efecto Sainz José y Gómez Salcedo (2010)⁸, aseguran que Roma tuvo el primer cuerpo colegiado de normas estables y que las formas del

⁴ Zabala, Jorge. (2004). *Tratado de derecho procesal penal*. Edino. 1er edición. Tomo I. Guayaquil-Ecuador.

⁵ Albán, Ernesto. (2004). *Manual de derecho penal ecuatoriano: Colección profesional ecuatoriana*. Ediciones Legales. 13er edición. Volumen I. Quito-Ecuador.

⁶ Ferrajoli, Luigi. (1995). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Trotta. 1er edición. Madrid-España.

⁷ Albán, Ernesto. (2004). *Manual de derecho penal ecuatoriano: Colección profesional ecuatoriana*. Ediciones Legales. 13er edición. Volumen I. Quito-Ecuador.

⁸ Sainz, José y Gómez, Salcedo. (2010). *El estado romano: Sistema político y jurídico*. Multidisciplina. Facultad de Estudios Superiores Acatlán. No. 3, Volumen 6. pp. 73-87.

procedimiento cambiaban según el sistema político desarrollado. Siendo propio de la Monarquía continuar con el Sistema Acusatorio y castigar severamente; en la República la transición de derecho penal consuetudinario a escrito, y los primeros indicios del Sistema Inquisitivo; Finalmente en la época del imperio, en donde poco a poco se dejaba de usar el Sistema Acusatorio. (pp. 74-83).

Ferrajoli (1995)⁹, asegura que con la caída del imperio romano el Sistema Acusatorio se esparció hasta Inglaterra, en donde lo llamaron Sistema Adversarial, pero el reaparecimiento de la inquisición en el siglo XIII, generó el periodo de oscuridad que se llama Sistema Inquisitorio, este se caracteriza por ser completamente escrito, por la búsqueda y la persecución, y por la falta del derecho a la defensa, a tal punto que el acusado no sabía de qué delito se le imputaba hasta la sentencia; estipula que estos procedimientos bárbaros del Derecho Canónico hicieron que pensadores como: Thomasius a Montesquieu, de Beccaria a Voltaire, de Verri a Filangieri y Pagano, se dieran cuenta sobre la necesidad de que hubiera un sistema procesal que se basara en la contradicción, la oralidad y la publicidad, pero que al mismo tiempo abandonara el concepto de la prueba legal como única verdad, para que el juez tuviera libre convicción para resolver, y esa fue una de las tantas razones por la que estalló la Revolución Francesa, esto marcó el nacimiento del Sistema Mixto, o Acusatorio Mixto, que combinaba la escritura, el secretismo del sumario, la oralidad y contradicción de las audiencias públicas. (pp. 564-565).

⁹Ferrajoli, Luigi. (1995). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Trotta. 1er edición. Madrid-España.

Pérez Eric (2009)¹⁰, asegura que del Modelo Mixto de la Revolución Francesa se originaron dos modelos: el de Oralidad Plena o Common Law de Estados Unidos y el Reino Unido; y el sistema Acusatorio Formal que se practica en Italia, España, Latinoamérica, entre otros (p. 3).

1.1.2.- El Sistema Acusatorio Formal.

Según Pérez Eric (2009)¹¹, este sistema se caracteriza por el modo de realizar las investigaciones previas hasta la instrucción fiscal, pues esta es secreta y escrita, sin embargo, como de ese modo el procesado no puede contradecir dichas pruebas se hace una audiencia oral al final de esta investigación, esta es la audiencia preparatoria de juicio en donde el procesado puede contravenir los elementos de hecho. (p. 7).

Otra de las características que plantea Pérez Eric (2009)¹², es que se tomó del Sistema Mixto de la Revolución Francesa, la división de sujetos en el proceso penal llamada Tríada, siendo Fiscalía, Defensa y Juez, de manera que, para mantener el equilibrio procesal, ninguno pudiera ejercer las funciones del otro; otro dato importante es que se caracteriza por el respeto de las garantías procesales como Derecho a la Defensa, Tutela Judicial Efectiva, Oralidad, Debido Proceso, In Dubio Pro Reo, Principio de Congruencia, la Legalidad, entre otros, que aseguran la constante evolución del procedimiento, la búsqueda de la verdad

¹⁰ Pérez, Eric. (2009). *Fundamentos del sistema acusatorio de enjuiciamiento penal*. Temis S.A. 1er edición. Bogotá-Colombia.

¹¹ *Ibíd.* p. 7.

¹² *Ibíd.* pp. 14-15.

objetiva, la legalidad de las pruebas, y por supuesto su correcta valoración. (pp. 14-15).

1.2.- Historia del Derecho Procesal Ecuatoriano.

Rosas Jorge (2009)¹³, citando a Cafferata, asegura que a pesar de que exista un modelo procesal en común de varios países, estos construirán bajo esa base sus propias reglas, ya que, estas se relacionan con la realidad jurídica y el proceso político de los mismos, resulta necesario entonces ubicar en qué modelo procesal se encuentra Ecuador (p. 97). Para tal efecto Rivero Paulino (1987)¹⁴, manifiesta: que el primer Código de Procedimiento penal ecuatoriano se publicó en 1838, por obra del presidente Vicente Rocafuerte, es importante aclarar los matices que mantuvo de las leyes de 1821, de la Gran Colombia, que tenían influencia española; dicho Código se siguió reformando hasta 1971, hasta que en 1983, aparece el primer código con reglas claras del sistema acusatorio formal como es la Oralidad, la contradicción y la llamada Tríada propia del modelo mixto Francés, sin embargo, las funciones del juez siguen siendo limitadas, aquello se resuelve con la publicación del Código de Procedimiento Penal del 2000, publicado en el Registro Oficial 360; en donde se establece la libre convicción del juez utilizando las reglas de la Sana Crítica para la valoración de la prueba. (pp. 17-23).

1.3.- Principio de Congruencia.

¹³Rosas, Jorge. (2009). *Manual de derecho procesal penal: Con aplicación al nuevo proceso penal dec. leg. no. 957*. Jurista Editores E.I.R.L. 1er edición. Lima-Perú.

¹⁴Rivero, Paulino. (1987). *Breve análisis del nuevo ordenamiento procesal penal ecuatoriano*. Imprenta y Gráficas Ramírez. 1er edición. Manta-Ecuador.

Pérez Eric (2009)¹⁵, asegura que es propio del Sistema Acusatorio Formal que el procesado tenga que saber en todas las etapas del proceso qué hechos se le imputan, con su respectiva participación, aquello es necesario para salvaguardar el derecho a la Defensa y al Debido Proceso, aquellos hechos no pueden cambiarse, y de hacerlo en búsqueda objetiva de la verdad, el procesado debe tener posibilidad defenderse, sin empeorar su situación. (pp. 23-24).

Vanegas (2010)¹⁶, lo define como:

Una garantía propia del Sistema Acusatorio que se refiere a la coherencia entre la acusación y la sentencia como un instrumento primordial dentro del Estado de derecho... que persigue garantizar el Derecho al Debido Proceso y la defensa con generosas pretensiones de establecer un sistema judicial justo y transparente. (p. 30).

Es menester en este punto definir lo qué es la Acusación, para tal efecto Zabala Jorge (1971)¹⁷, expresa que la Acusación se define como una petición que el fiscal efectúa al juez para que pretenda que, después de demostrada su teoría del caso, se sentencie al procesado por el delito que contiene. Se puede entender, entonces, que la acusación además de su contenido fáctico que son los hechos y su contenido jurídico que es el delito que se le imputa, tendría una pretensión; el mismo autor asegura que la pretensión es un concepto de Derecho Procesal Civil, pero que puede aplicarse al Derecho Procesal Penal solo en los casos en que el juez decida que la acusación reúne con los elementos suficientes para que se pase

¹⁵ Pérez, Eric. (2009). *Fundamentos del sistema acusatorio de enjuiciamiento penal*. Temis S.A. 1er edición. Bogotá-Colombia.

¹⁶ Vanegas, Nicolás. (2010). *Principio de Congruencia: Según la sala de casación penal de la corte suprema de justicia en el marco del sistema penal acusatorio colombiano 2005-2010*. Universidad Libre de Colombia Seccional Pereira. 1er edición. Pereira-Colombia.

¹⁷ Zabala, Jorge. (1971). *El proceso penal ecuatoriano*. Departamento de Publicaciones de la Universidad de Guayaquil. 1er edición. Volumen 1. Guayaquil-Ecuador.

a audiencia de Juicio, y de ser así, debe permanecer durante todo el proceso. (p. 95).

Pérez Eric (2009)¹⁸, también manifiesta que el objeto del proceso no puede variarse, esto es: los Hechos Fácticos y Calificación Jurídica que contiene la Acusación; variar el contenido fáctico de la acusación no puede hacerse ni por medio del fiscal ni por el tribunal. Es la razón, por la que, el fiscal siendo el titular de la misma, es el encargado de asegurar que se respeten los hechos contenidos en ella, que no cambien durante el proceso sea para bien o mal del procesado. (pp. 24-26).

Vanegas (2010)¹⁹, al analizar la sentencia 20134 del 9 de junio de 2004 del Tribunal Constitucional de Colombia, asegura que los límites del Principio de Congruencia se definen por tres sistemas siendo el Fáctico, el Jurídico y el Mixto; estos tres sistemas se refieren a los casos en que se afecte el Principio de Congruencia. Siendo el Fáctico: que se aporten nuevos hechos; el Jurídico: que se califique la infracción por un nuevo delito y el Mixto: que se aporten nuevos hechos y aquello implique cambiar la calificación jurídica. (p. 29).

Ante lo expuesto Pérez Eric (Pérez Eric, 2009)²⁰, explica con más detalles las circunstancias en las que se podría o no afectar el Principio de Congruencia, aquello, recogido de las reglas establecidas por distintos países latinoamericanos y

¹⁸ Pérez, Eric. (2009). *Fundamentos del sistema acusatorio de enjuiciamiento penal*. Temis S.A. 1er edición. Bogotá-Colombia.

¹⁹ Vanegas, Nicolás. (2010). *Principio de Congruencia: Según la sala de casación penal de la corte suprema de justicia en el marco del sistema penal acusatorio colombiano 2005-2010*. Universidad Libre de Colombia Seccional Pereira. 1er edición. Pereira-Colombia.

²⁰ Pérez, Eric. (2009). *Fundamentos del sistema acusatorio de enjuiciamiento penal*. Temis S.A. 1er edición. Bogotá-Colombia.

hacer la aclaración de que, en algunos países, los límites cambian y lo que pueda significar justificación para determinar que no se afecta el Principio de Congruencia, en otros países, con la simple variación de la pretensión punitiva (acusación fiscal), significa una afectación al debido proceso:

Circunstancias en las que se justifica que no hay afectación al debido proceso porque no se afectó al Derecho a la Defensa.

-Que de las pruebas legalmente incorporadas al debate y practicadas en audiencia, se revelen que los hechos pudieron constituir delitos más graves.

-Que aparezcan otros hechos íntimamente asociados que no fueron oportunamente imputados, de agravar la situación del procesado al cambiar la calificación jurídica debe informársele antes del debate oral advirtiéndole que habrá una nueva calificación jurídica.

-Podrá quebrantar el Principio de Congruencia tanto así presentando nuevos hechos, como cambiando la calificación jurídica a su antojo de ser beneficioso para el procesado.

Circunstancias en las que se vulnera el Principio de Congruencia, con afectación al Derecho a la Defensa:

-Cuando en el curso del juicio oral aparecen revelaciones inesperadas, que parezcan conferirle mayor gravedad que la prevista en la acusación.

Efectos de la Inobservancia del Principio de Congruencia en los que sí se considera afectación al derecho a la defensa

-Anulación de todo lo Actuado

-Retrotraer al estado de la instrucción fiscal para realizar nuevamente la investigación, y así formular por los hechos y delitos correspondientes.

-Audiencia Solicitada por el Fiscal antes de la Audiencia de Juicio

-Informar al procesado de que se le va a cambiar la calificación jurídica antes de la audiencia de juicio. (pp. 24-26).

1.3.1.- Iura Novit Curia.

Meza Miriam (2017)²¹, define al principio Iura Novit Curia como “el juez conoce de derecho”, explica que de los aforismos latinos, este, ha sufrido de malas traducciones, pues, se podría traducir literal a “el juez conoce de derechos”; asegura que la relación entre el Principio de Congruencia y el principio Iura Novit Curia, se refiere a que la aplicación de este no contravenga al Principio de Congruencia, aquello puede suceder cuando llegados al punto más cercano de la sentencia, en la audiencia de juicio se recalifican los hechos y se cambia el tipo penal. (p. 1).

Sin Embargo, Pérez Eric (2009)²², asegura que existe un sector de estudiosos más bien orientados al Sistema Adversarial anglosajón, que aseguran que la vulneración al Principio de Congruencia no solo significa el quebrantamiento al debido proceso, sino, que igual se estaría vulnerando el derecho a la Defensa, pues aunque se le haya informado al procesado y a su defensor del cambio de calificación jurídica, o de los hechos, no tendrían suficiente tiempo para preparar su defensa; significaría que para tener el tiempo necesario se debería retrotraer el proceso hasta la fase de investigación. (pp. 24-26).

1.3.2.- Delitos Homogéneos.

²¹ Meza, Miriam. (2017, agosto 22). *Círculo de Estudios Procesales*. Recuperado de: http://faeproc.org/wp-content/uploads/2012/09/Cep_10.pdf

²²Pérez, Eric. (2009). *Fundamentos del sistema acusatorio de enjuiciamiento penal*. Temis S.A. 1er edición. Bogotá-Colombia.

Muñoz Alfredo (2001)²³, asegura que el medio para que exista una excepción a la afectación del Principio de Congruencia y el derecho a la Defensa son los delitos homogéneos; citando al Tribunal Constitucional, establece que para que los delitos sean homogéneos deben tener la misma naturaleza, que los hechos no se cambien bajo ningún concepto o que el bien protegido sea parecido en proporción a que exista un vínculo entre el bien jurídico del nuevo tipo penal y el bien jurídico del tipo penal de la acusación. (pp. 815-816).

1.3.3.- Derecho al Debido Proceso.

Benavides Jorge y Escudero Jhoel (2013)²⁴, advierten de la importancia del Derecho al Debido Proceso argumentando lo siguiente: “el debido proceso es el pilar fundamental de la justicia... su inobservancia inevitablemente va a resultar atentatoria de la Constitución” (p. 123).

1.3.4.- Derecho a la Defensa.

De lo expuesto Wray Alberto (2001)²⁵, asegura que el derecho a la Defensa puede ser visto desde dos puntos de vista: uno como garantía y el otro como un derecho que pretende la libertad y presunción de inocencia del procesado. (pp. 19-20).

²³ Muñoz, Naranjo. (2001). Aportaciones para la definición del concepto de delito homogéneo. En A. A. Ignacio, *Homenaje al Dr. marino barbero santos: "in memoriam"*. : Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha: Universidad de Salamanca. 1er edición. Volumen 2. Castilla-La Mancha.

²⁴ Benavides, Jorge y Escudero Jhoel. (2013). *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. 4ta edición. Quito-Ecuador.

²⁵ Wray, Alberto. (2001). *Los principios constitucionales del proceso penal*. Iuris Dictio. Número 3. Volumen 2. Páginas 12-24.

1.3.5.- Derecho a una Tutela Judicial Efectiva.

Wray Alberto (2001)²⁶, estipula que el Debido Proceso no cuenta como una formalidad, sino como un requisito imprescindible aquello implica entonces que el juez tiene que tutelar a las partes para velar porque se cumplan todos los derechos y garantías dentro del proceso. (p. 16).

1.4.- Valoración de la Prueba.

En lo que respecta a la Valoración de la Prueba Ferrajoli (1995)²⁷, plantea ciertas reglas, pues, asegura que bajo ningún concepto se puede aseverar que la hipótesis final de una primicia verdadera, es verdadera, para ponerlo de otro modo cita a Popper poniendo el ejemplo de un hilo que tiene cierta resistencia, el cual, se puede romper al poner un peso mayor a su resistencia, el hecho cierto, en este caso, es que el hilo está roto, entonces significa que la hipótesis de que se puso un peso mayor a la resistencia del hilo podría ser verdadera; sin embargo, esto es inadmisibles, en vista de que el hilo pudo haberse roto por quemarse o por haber sido cortado por una tijera. (pp. 132-133).

Significa, entonces, que la presunción del juez fundamentada en un solo hecho verdadero podría llevar según Ferrajoli (1995)²⁸, a que la libre convicción pueda ser tomada de forma arbitraria en vez de ser una garantía; aquello puede traducirse a que existen dos extremos cuando no existen los elementos suficientes

²⁶ Wray, Alberto. (2001). *Los principios constitucionales del proceso penal*. Iuris Dictio. Número 3. Volumen 2. Páginas 12-24.

²⁷ Ferrajoli, Luigi. (1995). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Trotta. 1er edición. Madrid-España.

²⁸ *Ibidem*. pp. 59-63.

para llegar a la decisión: uno de ellos es basarse en presunciones con la base de los pocos hechos probados para tomar la decisión de emitir sentencia condenatoria; otro es orientarse hacia el In Dubio Pro Reo, hacer lo más beneficioso para el procesado y absolverlo de responsabilidad. Ambas cosas son permitidas, pero contraviene a lo que se quiere llegar que es la verdad objetiva; ante aquello el autor asegura que la única solución es que el juez sea lo más objetivo posible en cuanto a la Valoración de la Prueba, pues la limitación de que los hechos probados sean vestigios de una realidad que ya pasó, puede significar que no se llegue estrictamente a la verdad objetiva, pero sí asegura que la presunción se acerque lo más posible, y por parte del Fiscal que su investigación sea más rigurosa a manera de que consiga todos los elementos posibles que puedan probar objetivamente los hechos bajo la calificación jurídica imputada. (pp. 59-63).

Ferrajoli (1995)²⁹, también aporta tres silogismos jurídicos que permiten establecer una conducta como verdadera y encuadrada dentro del tipo penal, está primero el hecho fáctico que tiene que ser probado de manera objetiva, segundo está una deducción jurídica, es decir, que el sujeto cometió el hecho y el tercero sería una definición jurídica de que quien comete el hecho “A” se configura dentro del delito “B”, por lo tanto se llega a la conclusión de que el sujeto tiene una pena, porque la norma dicta que quien cometa un hecho “A” se configura dentro del delito “B” y por lo tanto, se le impone una pena; advierte también que aquello solo se puede configurar si los dos primeros silogismos son verdaderos. (pp. 64-65).

²⁹ Ferrajoli, Luigi. (1995). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Trotta. 1er edición. Madrid-España.

1.4.1.- Sana Crítica.

Gonzáles Joel (2006)³⁰, citando Couture, expresa que la Sana Crítica es un punto intermedio entre la libre convicción del Sistema Acusatorio y la prueba legal del Sistema Inquisitivo; de esa manera, se evita la arbitrariedad y se le da un plano lógico a la valoración, tomando casos análogos de manera que, por medio de la experiencia se resuelvan cuestiones de derecho que podrían estar oscuras o que no tienen precedentes. (p. 94). Importante es destacar también, que como lo asegura Planchat José (2011)³¹, las pruebas deben ser valoradas en conjunto y no de manera individual. (p. 300).

1.4.2.- Prueba Testimonial.

Bentham Jeremy (2011)³², expresa que el testimonio en cuanto a su valoración puede dividirse en tres: de fuerza mayor, de fuerza mediana y de fuerza inferior; refiriéndose a que entre más fuerza probatoria tenga, el juez la tomará en cuenta y será uno de los tantos elementos para formar su convicción; hablando de esa forma, un testigo medio sería una persona común, tomada al azar; un testigo de mayor fuerza probatoria sería alguien responsable, de una educación superior; y un testigo inferior sería aquel con poca moral, con poca credibilidad y que se sospeche de su falta de veracidad. (p. 33).

³⁰ Gonzáles, Joel. (2006). *La fundamentación de las sentencias y la sana crítica. Estudios de derecho procesal*. revista chilena de derecho. Número 33. Volumen 1. Páginas 93-107.

³¹ Planchat, José. (2011). *Testigos y proceso penal*. En A. X. Manuel, Estudios sobre prueba penal. La Ley. 1er edición. Madrid-España.

³² Bentham, Jeremy. (2011). *Series clásicos del derecho probatorio: Tratado de las pruebas judiciales*. Jurídica Universitaria. 1er edición. Volumen 1. México.

1.4.2.1.- Testimonio de Peritos.

Planchat José (2011)³³, asegura que mediante la prueba pericial se aportan nuevos hechos que emanan del análisis de cierto objeto, o la explicación de hechos ya ingresados, el fin de la pericia es acreditar la información obtenida dándole validez y veracidad probatoria. (pp. 466-467).

1.4.2.2.- Testimonio Propio.

Planchat José (2011)³⁴, también habla del Testimonio Propio, este puede ser Directo y Referencial: Directo significa que ha percibido directamente el hecho (a parte del ofendido); en cambio el Testigo Referencial es aquel que tiene información del cometimiento de la infracción por medio de otra persona. El autor explica que a pesar de que dicho testimonio es admitido como prueba, no significa que aquel sea suficiente para descartar la presunción de inocencia, sin embargo, al citar al Tribunal Constitucional en su sentencia STC217/1989, asegura que el Testimonio Referencial puede ser tomado por el juez como uno de los elementos para llegar al convencimiento, pero no lo será en caso de sustitución al Testimonio Directo. (p. 291).

1.4.2.3.- Testimonio del Ofendido.

³³ Planchat, José. (2011). *Testigos y proceso penal*. En A. X. Manuel, Estudios sobre prueba penal. La Ley. 1er edición. Madrid-España.

³⁴ *Ibíd.* p. 291.

Planchat José (2011)³⁵, asegura que el Testimonio de la Víctima es entendido como que tiene tanta credibilidad como una prueba objetiva, por ejemplo, en delitos de lesiones las laceraciones acompañadas del objeto con el que fueron hechas; sin embargo, se deben estipular las circunstancias en que dicho testimonio puede estar manchado por la falta de credibilidad, siendo que la Víctima conociera al procesado desde antes y hubiere cierto grado de enemistad, ante ello es necesario que se corroboren los hechos testificados mediante pruebas físicas, la ausencia de ellos debe restar fuerza probatoria. (p. 306).

1.4.3.- Fruto del Árbol Envenenado.

Según Méndez Antonio (2010)³⁶, la prueba ilícita es aquella obtenida con violación a la ley y al Debido Proceso, por lo tanto, contrario a los Principios Procesales y a la Constitución; hacen de dicha prueba un medio ilegal e incorrectamente ingresado al proceso, como consecuencia en base a la teoría del fruto del árbol envenenado debe ser nula, pues dicha prueba podrida debe ser cortada de raíz para que no sea un vicio para el procedimiento ni una afectación a los derechos y garantías fundamentales; se la mirará como si no hubiera existido. (pp. 43-45).

1.5.- Tentativa.

³⁵ Planchat, José. (2011). *Testigos y proceso penal*. En A. X. Manuel, Estudios sobre prueba penal. La Ley. 1er edición. Madrid-España.

³⁶ Méndez, Antonio. (2010). *La teoría de los frutos del árbol envenenado en el sistema procesal penal colombiano*. Revista Jurídicas CUC. Número 1. Volumen 6. Páginas 43-54.

Farré Elena (1986)³⁷, define a la tentativa como la figura no consumada de un delito, ya que solo es fiel a ciertos elementos del tipo penal y solo cabe ante la presencia del dolo y no en los delitos culposos. (p. 1). Alcácer Rafael (2006)³⁸, explica sobre la relevancia que la tentativa ha tenido en cuanto a la teoría del delito, y sobre las discusiones que varios juristas defensores de la teoría causalista y finalista han sostenido al tratar de adecuar dichas conductas para especificar si se cometió o no delito; las diferencias al momento de adecuar la conducta de un delito consumado y su variante de tentativa son considerables, sin embargo, demostrando que la tentativa es punible, se llegó a la conclusión que aquello que se pena es la acción y no el resultado. (p. 1).

1.5.1.- Punibilidad de la tentativa.

Alcácer (2006)³⁹, para determinar la punibilidad de la tentativa existe la teoría subjetiva y objetiva, siendo la subjetiva resultado de la batalla entre causalistas y finalistas, dando como resultado que en cuanto a la tentativa, el dolo sea un elemento de tipo subjetivo, puesto que para que exista tentativa se necesita de conocimiento y voluntad; por otro lado la objetiva se refiere al objeto que la ley penal protege, determinado en dos posiciones: si existe tentativa cuando se lesiona el bien jurídico o si la misma existe cuando se lesiona la vigencia de la norma; en tal caso, para poder determinar que una conducta sea tentativa punible es necesario reconocer si la conducta es merecedora de la pena, es decir, que hubo lesión del bien jurídico o lo puso en peligro; y que haya necesidad de pena,

³⁷ Farré, Elena. (1986). *La tentativa del delito*. Librería Bosch. 2da edición. Barcelona-España.

³⁸ Alcácer, Rafael. (2006). *Estudios sobre la tentativa y el desistimiento en derecho penal*. Temis S.A. 1er edición. Bogotá-Colombia.

³⁹ *Ibíd.* pp. 2-4, 24-26.

significa, que al poner en peligro o lesionar el bien jurídico protegido se está contraviniendo la norma, lo cual es una lesión a la vigencia de la ley y aquello significa entonces que con el fin de salvaguardar los derechos y las garantías de los miembros del estado, es necesario castigar dicha conducta para garantizar que lo anterior expuesto no pase (pp. 2-4, 24-26).

CAPÍTULO II.

2.- Análisis de caso.

2.1.- Sujetos que Intervinieron en el proceso.

Sujeto activo: Silvia Patricia Alcívar Sabando.

Sujeto Pasivo: Merly Stefanía Pinoargote Sornoza.

Defensores: Ab. Leonidas Saltos Molina (Defensor Público Formulación de Cargos)/Ab. Héctor Villamar Palma (Defensor Particular Resto del Proceso).

Fiscal: Jaime Alcívar Aveiga.

Juez: Ab. Juan José Bermúdez Gavilanes.

Jueces del Tribunal (Audiencia de Juzgamiento): Ab. Enny Zambrano Alcívar (Jueza Ponente), Ab. María Paola Miranda Durán, Dr. José Ferrin Vera.

Jueces de la Sala de lo Penal (Apelación de sentencia): Dra. Gina Mora Dávalos (Juez Ponente), Dr. José Ayora Toledo, Dr. Alfredo Pinargoty Alonzo. (El Estado Ecuatoriano v. Silvia Patricia Alcívar Sabando - Homicidio en grado de tentativa, 2014)⁴⁰.

2.2.- Relato de los Hechos.

⁴⁰ El Estado Ecuatoriano v. Silvia Patricia Alcívar Sabando - Homicidio en grado de tentativa, 13283-2014-2464 (Unidad Judicial Penal de Portoviejo-Tribunal de Garantías Penales de Portoviejo-Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Manabí 24 de 09 de 2014).

El día 5 de Noviembre del 2012 en Portoviejo entre aproximadamente las 3 de la tarde y 8 de la noche, Silvia Patricia Alcívar Sabando (En adelante Procesada), presuntamente atentó contra la integridad física y la vida de Merly Stefanía Pinoargote Sornoza (En Adelante Víctima).

Según testimonios la víctima se encontraba en su casa cuando recibió llamadas de la procesada diciéndole que se reunieran en el mercado No. 2 que queda cerca de la parroquia San Pablo, el motivo para que la víctima decidiera reunirse con la procesada es dudoso, pero de los testimonios se recoge que unos dicen para entregarle algo y otros dicen que para hablar de la relación que la víctima mantenía con el ex-conviviente de la procesada (Wilson David Jurado Gonzalo), se reunieron y caminaron hasta la altura de SOLCA en donde la procesada le pidió a la víctima que la acompañara a ver unos papeles de la universidad a la casa de una amiga que vive por el paso lateral; entonces subieron a un taxi que las dejó a la altura del motel Tauros.

Caminaron hasta llegar a un lote baldío, en donde, al oscurecer la víctima le manifestó a la procesada que ya era hora de que volviera a casa y la procesada en respuesta sacó un cuchillo, le ordenó que se callara, se sentara en el piso, se amarrara los pies y las manos con una cinta de embalaje que sacó de su bolso; como la víctima no lo hizo, la procesada la amarró, después empezó a cortarle la pierna y el brazo, la víctima se zafó de las ataduras y salió corriendo pero la procesada la agarró del brazo herido y le propinó dos cortes en el cuello y uno en el abdomen. La víctima, al ver que su vida corría peligro, agarró el cuchillo por la hoja, lo rompió y lo lanzó lejos, le agarró la cartera de la procesada y sacó su

teléfono celular, le contestó a su madre que la estaba llamando, le dijo que estaba herida y en lo que salió corriendo llegó al monumento de las banderas.

La madre de la víctima la recogió, quien, asegura que estaba en un auto conducido por un familiar de ella y que en el auto le acompañaba Wilson David Jurado Gonzalo, ex-conviviente de la procesada, quien, solicitó ir al supuesto lugar de los hechos a ver si la procesada seguía ahí, aseguran que efectivamente la encontraron ahí, que el señor Wilson David Jurado Gonzalo se bajó del auto, tomó a la procesada y se la llevó en un vehículo a rumbo desconocido. Llevaron entonces a la víctima al hospital para que fueran atendidas sus heridas.

2.3.- Actos y Diligencias en el presente caso.

La acción penal se inició el 24 de Septiembre del 2014, mediante el oficio No. 1826-2014-FGE-FEPGNI-M, presentado por el Fiscal, en donde solicita que se efectúe la Audiencia de Formulación de Cargos, adjuntando el inicio de la Instrucción Fiscal y la Formulación de Cargos en contra de Silvia Patricia Alcívar Sabando, por existir la presunción de que cometió el delito de Tentativa de Homicidio tipificado en el art. 449, 16 y 46 del CP, vigente al cometimiento de la infracción, el mismo día se hace el sorteo y se le asigna el número: 13283-2014-2464 a la causa.

El 16 de Octubre del 2014, se hace la convocatoria a Audiencia de Formulación de cargos que queda fijada para el día 5 de Noviembre del 2014 a las

15h00, en dicha audiencia se establecieron Medidas Sustitutivas a la prisión preventiva siendo la prohibición de salida del país.

El 03 de Febrero del 2015, mediante el oficio No. 002-2015-FGE-FEPGN1, el Fiscal da por concluida la Instrucción Fiscal asignada con el número: 130101812110097, por tal motivo el Juez fija la fecha para que se realice la Audiencia Preparatoria de Juicio siendo el Martes 10 de Febrero del 2015 a las 14h00.

2.3.1.- Audiencia Preparatoria de Juicio y Auto de Llamamiento a Juicio.

Se dio entonces la audiencia en el día y hora señalados en este el Fiscal emitió Dictamen Acusatorio en contra de la Procesada Silvia Patricia Alcívar Sabando, por el presunto cometimiento del delito de Homicidio tipificado en el artículo 449 del CP en grado de Tentativa, de acuerdo a las reglas del artículo 16 y 46 del mismo cuerpo normativo; en dicha audiencia, la Fiscalía, presentó todos los elementos de convicción recogidos durante la Instrucción Fiscal, tanto pruebas de cargo como de descargo. De la audiencia preparatoria de juicio solo se encuentra un extracto en el que se describen los argumentos generales de la Fiscalía y la Defensa, decidiendo el Juez que se dicte Auto de Llamamiento a Juicio por el delito de Homicidio en grado de Tentativa en contra de la procesada, por reunir la acusación suficientes elementos de convicción.

En el Auto de Llamamiento a Juicio, es donde se pueden encontrar enunciados todos los elementos de convicción de los que se sirvió el Fiscal para

presumir la existencia de la infracción; el resultado de su investigación que duró menos de 90 días, en este expone elementos de cargo y de descargo a mencionar, más adelante.

Finalmente, se resolvió darle una medida no privativa de libertad a la procesada, ordenándole que se presente periódicamente al Juzgado, además de lo estipulado, el Juez, sin previo aviso y fundamentándose en que según las pruebas analizadas se presumía que la acción se cometió con alevosía; acepta el Dictamen Acusatorio del Fiscal por delito de Tentativa de Asesinato, en vez de Tentativa de Homicidio que era lo que contenía la Acusación.

2.3.1.1.- Elementos de Cargo Fiscalía.

2.3.1.1.1.- Pruebas Documentales.

-Denuncia presentada a la Fiscalía por parte de la Víctima.

-Parte Policial No. 8653, de fecha 05 de noviembre del 2012, elaborado por el Cbop. Héctor Camacho Ordoñez, Cbos. Edwin René Iza Puco y Cbos. Freddy Díaz Puma.

-Parte Informativo de las investigaciones realizadas por el agente investigador Francisco de la Cruz de la Cruz. (El Estado Ecuatoriano v. Silvia Patricia Alcívar Sabando - Homicidio en grado de tentativa, 2014)⁴¹.

2.3.1.1.2.- Pruebas Periciales.

- Informe Pericial Examen Médico Legal, realizado por el Perito Médico Legista Dr. Carlos Rodríguez Jara.

- Informe Pericial, Reconocimiento del lugar de los hechos, realizado por el Sgos. de Policía. Gustavo Zamora Macías. (El Estado Ecuatoriano v. Silvia Patricia Alcívar Sabando - Homicidio en grado de tentativa, 2014)⁴².

⁴¹ El Estado Ecuatoriano v. Silvia Patricia Alcívar Sabando - Homicidio en grado de tentativa, 13283-2014-2464 (Unidad Judicial Penal de Portoviejo-Tribunal de Garantías Penales de Portoviejo-Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Manabí 24 de 09 de 2014).

2.3.1.1.3.- Pruebas Testimoniales.

- Versión de David Jurado Gonzáles.
- Versión de Merly Stefanía Pinoargote Sornoza.
- Versión de Maritza Carmen Sornoza Zambrano.
- Versión de Kerly Lissette Valdiviezo Sornoza.
- Versión de Narcisa Rosario Sornoza Zambrano. (El Estado Ecuatoriano v. Silvia Patricia Alcívar Sabando - Homicidio en grado de tentativa, 2014)

2.3.1.1.4.- Pruebas Materiales.

“Tuvo Acerado de aproximadamente 10 centímetros encontrado en la supuesta escena del crimen el día 5 de noviembre del 2012” (El Estado Ecuatoriano v. Silvia Patricia Alcívar Sabando - Homicidio en grado de tentativa, 2014)⁴³.

2.3.1.2.- Elementos de Descargo Fiscalía.

- “Versión de Silvia Patricia Alcívar Sabando.
- “Información del SIIPNE de no haber registrado antecedentes penales” (El Estado Ecuatoriano v. Silvia Patricia Alcívar Sabando - Homicidio en grado de tentativa, 2014)⁴⁴.

La defensa no presentó pruebas hasta el Auto de Llamamiento a Juicio, sin embargo, en dicho auto el juez ordena que las partes procesales enuncien sus anticipos probatorios en los próximos 3 días.

⁴² El Estado Ecuatoriano v. Silvia Patricia Alcívar Sabando - Homicidio en grado de tentativa, 13283-2014-2464 (Unidad Judicial Penal de Portoviejo-Tribunal de Garantías Penales de Portoviejo-Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Manabí 24 de 09 de 2014).

⁴³ Ibídem.

⁴⁴ Ibídem.

El 6 de marzo del 2015 la procesada mediante su abogado presenta un escrito solicitando la apelación del auto de llamamiento a juicio; el 11 de marzo del 2015 el Juez mediante jurisprudencia responde a dicha solicitud alegando que dicha apelación no es admisible en vista de que el artículo 17 de la Ley Reformatoria al Código Penal y Código de Procedimiento Penal publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 160 del 29 de marzo del 2010, sustituyó el numeral 1 del artículo 343 del Código de Procedimiento Penal, eliminando la procedencia del recurso de apelación en contra del auto de llamamiento a juicio, particular que se hizo por cuestiones de economía procesal. (El Estado Ecuatoriano v. Silvia Patricia Alcívar Sabando - Homicidio en grado de tentativa, 2014)⁴⁵.

2.3.2.- Anticipo Probatorio de la Fiscalía (escrito).

El martes 31 de marzo del 2015, la Fiscalía presenta un escrito en el que acredita las pruebas que se practicarán en el Juicio, se solicitan los testimonios de los policías suscriptores de los dos partes policiales, el testimonio del policía que suscribió el acta de reconocimiento de los hechos, prueba documental que no fue anunciada de manera oral; además de ello, existe también una discrepancia en las pruebas testimoniales pues se solicitan todos los testimonios que se anunciaron de manera oral a excepción del testimonio de Walter David Jurado González, ex-conviviente de la procesada y en ese entonces conviviente de la víctima, quien rindió su versión anticipada voluntariamente. Otra de las discrepancias y se podría decir con más notoriedad es la solicitud de que se disponga de un perito para que se realice una pericia a la prueba material anteriormente mencionada, ya terminada la etapa de la instrucción fiscal. Además de ello agregó la información del SIIPNE y del Registro Civil, de la procesada.

⁴⁵ El Estado Ecuatoriano v. Silvia Patricia Alcívar Sabando - Homicidio en grado de tentativa, 13283-2014-2464 (Unidad Judicial Penal de Portoviejo-Tribunal de Garantías Penales de Portoviejo-Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Manabí 24 de 09 de 2014).

Para tal efecto se designó al perito Judith Betsabé Proaño Sahona, quien practicó la diligencia el 17 de abril del 2017, y de la cual se solicitó también testimonio.

Además de lo expuesto, el día 14 de abril del 2015, mediante oficio No. 2015-70-P1-PJM-SZM, la Policía Judicial informó que no se podía comunicar al señor Francisco de la Cruz Tuza, suscriptor del parte investigativo mencionado en las pruebas de cargo del auto de llamamiento a juicio, y en el anticipo probatorio de la fiscalía, de su obligación de comparecer a rendir su testimonio a la audiencia de juicio, puesto que fue dado de baja; bajo ese fundamento no es posible practicarse dicha prueba, pues, de acuerdo al artículo 119 del CPP (Asamblea Nacional, 2000)⁴⁶, los informes periciales o partes informativos no tienen valor de prueba al menos que sea una referencia para refrescar la memoria del testigo; en ningún momento sustituirán al testimonio.

2.3.3.- Anticipo Probatorio Defensa.

-Certificado de no tener causa penal anterior.

-Certificado e honorabilidad.

-Copia certificada de oficio No. 2014-0938-DHPVCBP emitido por el Dr. Juan Carlos Rodríguez Director del Hospital Verdi Cevallos Balda de Portoviejo.

-Certificado de antecedentes penales página web Ministerio del interior. (El Estado Ecuatoriano v. Silvia Patricia Alcívar Sabando - Homicidio en grado de tentativa, 2014)⁴⁷.

⁴⁶ Asamblea Nacional. (2000). *Código de Procedimiento Penal*. Registro Oficial-S 360. Quito Ecuador.

⁴⁷ *Ibíd.*

2.3.4.- Consideraciones del Tribunal de Primera Instancia (audiencia de juicio).

El Día 27 de mayo del 2015 a las 09h26 inicia la audiencia de juzgamiento; en esta etapa el Juez empieza a relatar los antecedentes hasta la audiencia de juicio, asevera que el Fiscal inició la Instrucción Fiscal por el delito de Tentativa de Homicidio y que ya en la audiencia preparatoria de juicio cambia su Dictamen Fiscal a Tentativa de Asesinato.

En este sentido citó la sentencia No. 016-1-SEP-CC. R.O. No. 202, en la cual habla de las presunciones que deben basarse sobre la verdad, la misma que asegura es una percepción del juzgador ante un objeto, y que lograr la verdad absoluta está fuera de su alcance, por lo tanto, acoge una aproximación de lo que considera verdad. Además el juzgador aseguró que según dicho concepto ante el apareamiento de nuevos hechos podría perfeccionarla para acercarla más a la verdad.

También citó la sentencia TSS 09-05-08 del tribunal español que textualmente señala:

La única diferencia que separa el daño de lesiones consumadas y el delito de homicidio en grado de tentativa es el ánimo del sujeto activo. Tal elemento subjetivo debe inferirse de elementos objetivos como la relación preexistente entre agresor y agredido, el origen inmediato de la agresión, la naturaleza del arma empleada, la zona del cuerpo a la que se dirigieron los golpes, el número de estos, la conducta posterior al ataque y otros”, en ese caso expresó que habría que probar la “intención de causar muerte. (El

Estado Ecuatoriano v. Silvia Patricia Alcívar Sabando - Homicidio en grado de tentativa, 2014)⁴⁸.

Ante lo expuesto, enunció el testimonio de la Víctima, haciendo notar que la misma estaba conviviendo con el esposo de la Procesada, que la Víctima sí conocía de esta situación y también conocía a la Procesada; de dicha afirmación sacó la conclusión de que la Víctima no fue engañada para ser llevada al lugar de la agresión sino que fue por su voluntad. También expresa que la víctima no explica cómo llegaron al lugar de los hechos puesto que era un despoblado lleno de maleza, tampoco explica cómo fue que se dejó amarrar los pies y las manos sin oponer resistencia, puesto que, expresó que sacó el cuchillo después de estar imposibilitada a moverse, no explica cómo se libró de las ataduras de haber sido amarrada con cinta de embalaje, sin embargo asegura:

A pesar de estas inquietudes es incontrovertible el hecho de que la señora Merly Stefanía Pinoargote fue herida por la señora Silvia Patricia Alcívar Sabando mientras se encontraba atada de pies y manos, lo que nos lleva a la conclusión de que si la intención de la procesada Silvia Patricia Alcívar era asesinar a Merly Stefanía, lo hubiera hecho sin contemplación alguna, considerando que estaba armada con un cuchillo y la víctima estaba indefensa. (El Estado Ecuatoriano v. Silvia Patricia Alcívar Sabando - Homicidio en grado de tentativa, 2014)⁴⁹.

Entonces la consumación del delito no se evitó por un factor externo, sino por voluntad de la Procesada al no ocasionarle heridas más graves que comprometieran órganos internos, y que las heridas más peligrosas que fueron las del cuello las ocasionó cuando la Víctima intentó escapar, es decir, cuando ya no estaba en situación de indefensión, de la conclusión de que el arma utilizada es suficiente para provocar la muerte se desprende que no fueron las heridas

⁴⁸ El Estado Ecuatoriano v. Silvia Patricia Alcívar Sabando - Homicidio en grado de tentativa, 13283-2014-2464 (Unidad Judicial Penal de Portoviejo-Tribunal de Garantías Penales de Portoviejo-Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Manabí 24 de 09 de 2014).

⁴⁹ *Ibíd.*

profundas ni comprometieron órganos vitales, por lo tanto, no estuvo en peligro la vida de la víctima y que la intención de la Procesada no fue acabar con la vida de la misma.

Para justificarse en lo anterior cita la sentencia de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal Argentina del 20 de mayo del 2002, que textualmente expresa:

Para que una agresión sea calificada como tentativa de homicidio no bastará el mero empleo de un medio capaz de producir la muerte por su poder ofensivo, la repetición de la agresión, el número de lesiones, el lugar vital en que fueron inferidas, y las manifestaciones verbales, sino que la intención del agresor debe aparecer claramente definida en tal dirección, por lo que es menester una prueba específica demostrativa de la resolución de matar en el momento de comenzar la ejecución para dar a los signos exteriores una correlativa fuerza intencional y si ello no se halla plenamente demostrado por actos confusos y equívocos, dicha calificación debe ser rechazada en virtud del principio in dubio pro reo; correspondiendo en cada caso particular y en función del resultado producido, la calificación de lesiones o abuso de armas. (Hoyos Victoriano Omar Recurso de Casación, 2002)⁵⁰.

Enuncia el principio Iura Novit Curia y los artículos 232 y 315 del CPP, referentes a que el Auto de Llamamiento a Juicio no surtirá efecto irrevocable en la sentencia para fundamentar que puede hacer recalificación del tipo siempre y cuando no difieran los hechos contenidos en el auto de llamamiento a juicio, también se fundamenta en el artículo 13 del CP, acerca del nexo causal de quien ejecuta un acto punible será responsable de él, aun cuando el daño causado haya sido mayor de lo que se esperaba.

Es así que sentencia a la Procesada con el delito de lesiones tipificado en el artículo 463, por haber causado una incapacidad laboral de 2 a 8 días con la

⁵⁰ Hoyos Victoriano Omar Recurso de Casación, 8971 registro No. 12.312 (Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal 20 de 05 de 2002).

agravante de haber incurridos en los numerales del artículo 450 del CP, también especifica que de las pruebas destinadas a atenuar la conducta están los certificados de que no tiene antecedentes penales, pero no puede valorar los de buena conducta y el del director del hospital Verdi Cevallos que avala que el día de los hechos la víctima no fue atendida en la casa de salud, puesto que, sus suscriptores no comparecieron a rendir testimonio. Por último, especifica que de acuerdo al principio de favorabilidad el COIP establece una pena más favorable en cuanto al delito de lesiones, por lo tanto, se la sanciona con una pena privativa de libertad de 30 días, y 1000 dólares de indemnización.

2.3.5.- Consideraciones del Tribunal de Apelación (Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Manabí).

El 9 de diciembre del 2015 a las 08h19, inicia la audiencia correspondiente a la Apelación interpuesta por la Procesada, en ella, se dicta sentencia, de la cual, se desprenden las siguientes consideraciones: los Jueces relatan los hechos que a su consideración pudieron percibir del análisis de la sentencia apelada, sin diferir mucho en lo ya expuesto, también establecen las pruebas introducidas por la Fiscalía y por la Defensa; sin hacer distinción de cuales fueron practicadas en la Audiencia de Juzgamiento.

Posterior a ello, hacen una reseña de las alegaciones, siendo por la parte de la Defensa: que la Fiscalía no reunió los elementos suficientes para determinar la materialidad y responsabilidad del delito, puesto que, fue probada con el testimonio de uno de los tres policías que realizó el parte policial anteriormente

mencionado, en el cual, contenía un certificado médico sin fecha; por otro lado, aseguró que la responsabilidad había sido probada con testimonios parcializados y además de ello el tribunal no tomó en cuenta las pruebas en conjunto, pues solo valoró las pruebas de la Fiscalía y no de la Defensa, aseverando que existía un documento emitido por el Director del Hospital Verdi Cevallos Balda, en donde, supuestamente fue atendida la víctima. Dicho certificado mencionaba que no hubo ningún paciente que respondiera con el nombre de la Víctima, atendido el día 5 de noviembre del 2012, día en que supuestamente ocurrió el hecho, y fue llevada al mismo hospital.

Las alegaciones de la Fiscalía, por otro lado, expresan que tanto la materialidad como la responsabilidad de la Procesada están probadas, siendo que la materialidad se probó con el parte policial y testimonio de uno de los policías suscriptores del mismo, el examen médico legal, y las pericias referentes al lugar de los hechos y a la evidencia encontrada en el lugar de los hechos; la responsabilidad se probó con el testimonio de Kerly Zambrano, prima de la Víctima, y el testimonio de la madre y la tía de la misma.

En cuanto a las consideraciones de la Sala se limitan a repetir los fundamentos de los cuales se sirvió el Tribunal de Primera Instancia, sin valorar verdaderamente ninguna prueba, luego menciona los principios constitucionales y algo de doctrina que hablan del respeto al debido proceso y la motivación de la sentencia, parafraseando dichas fuentes o poniéndolas textualmente sin establecer una conexión entre ellas y el caso analizado.

También mencionan doctrina y normas constitucionales en cuanto a la finalidad de la prueba y la importancia de esta en el proceso penal, establecieron que llegó el momento de determinar si el juez valoró correctamente la prueba, pero se limitaron a decir que efectivamente lo hizo basado en la doctrina y la norma constitucional aportada. Posterior a ello mencionaron doctrina acerca de la verdad procesal, cómo el juez debe llegar a ella y que sus presunciones deben estar fundamentadas objetivamente de manera que no se permita la interpretación extensiva; siguieron sin establecer una conexión entre la doctrina aportada y el caso analizado y se limitaron a decir que la existencia de la infracción como la responsabilidad de la Procesada fue comprobada por lo que ratifican la sentencia de primera instancia.

2.4.- Análisis del Auto de Llamamiento a juicio.

En lo que respecta al Auto de Llamamiento a Juicio, como se expresó anteriormente, se cambió la Calificación Jurídica del delito, siendo que el Fiscal acusó por el delito de Tentativa de Homicidio y el Juez cambió a Tentativa de Asesinato; su fundamento es que: de acuerdo a las pruebas, se encuentra presente el elemento de alevosía de acuerdo al artículo 450 del CP, siendo la primera circunstancia por la que un homicidio simple se puede convertir en la figura agravada de ese delito, la cual es Asesinato.

Sin embargo, según se corroborará más adelante, al momento de analizar las pruebas y acorde a los fundamentos de hecho ya expresados; se estima que el hecho ocurrió entre las 3 de la tarde y las 7 u 8 de la noche, además, ocurrió en un

lugar supuestamente despoblado, lo cual, significaría que no solo existiría alevosía sino el elemento de que busque la noche o el despoblado para cometer el delito, aspectos que el juzgador no tomó en cuenta. A pesar de ello, acorde a lo que manifiesta el Juzgador, se puede deducir que fue un error, puesto que, él mismo afirma declarar válida la acusación del Fiscal, sin tomar en cuenta que dicha acusación tiene como fundamento jurídico el presunto cometimiento de Tentativa de Homicidio.

No es de extrañar que la defensa pretenda, entonces, apelar dicho Auto de Llamamiento a Juicio, pues, es importante recordar que tal Auto es escrito y la Calificación Jurídica se cambió en el mismo, aquello significa que se le está afectando el Derecho a la Defensa a la Procesada, puesto que, no le permiten refutar tales alegaciones, sin embargo, este tema se tratará más adelante cuando se explique el Principio de Congruencia.

Como se dijo anteriormente, hubo una apelación, en este caso la Defensa hizo mal uso de un artículo 380 del CPP, que aparentemente permite interponer recurso de apelación al auto de llamamiento a juicio, sin embargo, esto es permitido, pero solo para aquellos que por mandato gocen de fuero de corte provincial o corte nacional de justicia, así lo determina el artículo 376 del mismo cuerpo legal, por tal razón el juzgador en su providencia enuncia las razones por las que no acepta el recurso de apelación, fundamentado en la reforma del 29 de marzo del 2010, la cual, elimina al auto de llamamiento a juicio como sujeto de recurso de apelación; esto se hizo solamente bajo estrictos lineamientos de economía procesal, y así lo asegura la sentencia de la corte constitucional:

La Corte Constitucional mediante Sentencia No. 004-13-SIN-C, expedida el 4 de abril de 2013 dentro del Caso No. 0029-10-IN, declaró que el contenido del artículo 17 de la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 160 del 29 de Marzo del 2010, que reformó el numeral 1 del artículo 343 del Código Adjetivo Penal, eliminando la posibilidad de interponer recurso de apelación respecto al auto de llamamiento a juicio, “no vulnera el Derecho al Debido Proceso y el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrada en los artículo 75 y 76 de la Norma Suprema. (Acción Extraordinaria de Protección, 2013)⁵¹.

Esta es una acción de protección, en vista de que los jueces en dicho caso particular, estaban inobservando el Derecho a la Defensa, ya que la CRE en su artículo 76 numeral 7 literal m, consagra el derecho a “Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos” (Asamblea Nacional, 2008)⁵², aquello significa que el auto de llamamiento a juicio, en este caso, tendría que ser sujeto de apelación, pues es un fallo que en él contiene la decisión de admitir la Acusación del Fiscal. Sin embargo, el Tribunal Constitucional aseguró que no se estaba vulnerando ningún derecho, puesto que, la naturaleza del auto de llamamiento a juicio no causaba efectos irreversibles en la sentencia.

Lo anterior expuesto tendría sentido si el auto de llamamiento a juicio fuera fiel constancia escrita de lo estipulado en la audiencia preparatoria de juicio, sin embargo, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 226 y siguientes del CPP, la audiencia preparatoria de juicio tiene la finalidad de presentar pruebas, debatirlas y excluirlas, además de propugnar acuerdos probatorios, y a pesar de que el artículo 232 del CPP asegure que el auto de llamamiento a juicio solo se dictará si

⁵¹ Caso No. 0292-13-EP. Acción Extraordinaria de Protección. (17 de mayo 2013). Corte Constitucional. Ecuador.

⁵² Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito, Ecuador: Registro Oficial No. 449.

el juez presume que hay presunciones fundadas del cometimiento de la infracción, lo cual significa, que dicha resolución se tomó en la audiencia, igual se exponen en esa resolución escrita, las consideraciones que motivan que se continúe con el proceso para buscar desvirtuar la presunción de inocencia.

Aquello, adicionando que si bien el Auto de Llamamiento a Juicio no tiene efectos irreversibles en la sentencia, en el presente caso sí lo tuvo, porque en la Audiencia de Juicio aceptan que el delito que se le impute a la Procesada es Tentativa de Asesinato, y aun así aseguran que fue la Acusación del Fiscal que cambió después de haber terminado la Instrucción Fiscal, cuando se puede observar perfectamente en el extracto de Audiencia Preparatoria de Juicio y en el Auto de Llamamiento a Juicio que el Fiscal acusa por el delito de Tentativa de Homicidio tipificado en el artículo 449 acorde al artículo 16 y 46 del CP, de lo expuesto vinculado con el Principio de Congruencia se explicará en títulos posteriores.

En sí, es indiscutible que la reforma quita al auto de llamamiento a juicio como objeto de apelación, sin embargo, la norma suprema sigue siendo la Constitución y aquella podría permitir que eso fuera posible; pero también, se tiene que la Corte Constitucional es el máximo órgano encargado de interpretar la Constitución, y si en sus sentencias que tienen carácter vinculante, se estima que dicha reforma no vulnera ningún derecho, entonces no hay cabida a apelación alguna, aunque evidentemente dicho fallo afecte a los derechos de las partes, y los errores contenidos en él puedan conllevar graves efectos a la estructura del

proceso penal. La única solución que podría darse sería un recurso de apelación en sede internacional ya que son derechos humanos los que se están vulnerando.

2.5.- Análisis de las Pruebas.

Del Auto de Llamamiento a Juicio, se pudo observar, que se encontraban algunas pruebas, de las mismas que algunas no pudieron sobrevivir hasta la etapa de práctica probatoria, es importante analizar estas pruebas y valorarlas correctamente, puesto que, para tratar los temas posteriores es necesario contar con dos enfoques: El enfoque de los jueces del tribunal de primera y segunda instancia que se rebatirá con el enfoque personal de la autora acorde a la norma y a la doctrina; y, jurisprudencia recopilada.

2.5.1.- Pruebas ilícitas y no practicadas.

Antes de empezar el análisis y la valoración es importante destacar que existen dos pruebas que no se practicaron en la Audiencia de Juzgamiento, estas pruebas hubieren sido claves para que el Tribunal pudiera ejecutar una correcta valoración y no hubiese quebrantado todo el proceso omitiendo garantías y derechos, sin embargo, hubiera sido un arma de doble filo para la Procesada, pues de haberse practicado en audiencia, hubieren sido fundamento muy fuerte para respaldar la presunción en cuanto a la responsabilidad penal de la acusada, sin embargo, el resultado fuere más aproximado a la verdad procesal.

Estas pruebas se refieren al testimonio de David Jurado González, que aseguró que recibió una llamada de la mamá de la víctima diciéndole que su hija se encontraba con su esposa desde la tarde y no se sabía nada de ella, el testigo llamó a la Víctima y le contestó por fin diciéndole que estaba herida, fletó un carro que conducía el primo de la Víctima y junto con la madre de la misma se dirigieron hasta el lugar señalado, encontraron a la ofendida y no dijo palabra; como también estaba llamando a su esposa, esta, le había contestado que estaba unas 3 o 4 cuadras más atrás, cerca del supuesto lugar de los hechos, la supuesta Procesada empezó a llorar y la madre de la Víctima empezó a insultarla, asegura que no vio herida alguna en la Víctima y no se enteró de heridas hasta que lo llamaron diciendo que la iban a llevar al hospital.

Con el testimonio de David Jurado Gonzáles, se hubiera podido comprobar que efectivamente era conviviente de la Víctima y todavía en ese entonces esposo de la Procesada, de ser practicado en la Audiencia de Juicio se hubiera podido probar con más fuerza que la víctima y la Procesada tenían tensión en su relación, y que efectivamente se conocían la una a la otra tendiendo a la enemistad, sin embargo, no pudo testificar de acuerdo a lo estipulado en el artículo 126 del CPP, que contiene que dentro de los Testimonios Inadmisibles están los que no serán obligados a testificar en contra de su cónyuge.

La otra prueba que, podría decirse, se excluye; es el parte policía elaborado por Francisco de la Cruz, no es conocido cuándo se realizó, puesto que, la única referencia que se tiene de él es la contenida en el Auto de Llamamiento a Juicio, en este asegura el momento exacto de cuándo sacó el cuchillo la supuesta

Procesada, esto es, antes de pedirle que se amarre los pies y las manos, esta es una versión dada por la Víctima, testimonio que difiere del otorgado en la Audiencia de Juzgamiento, pues, el momento en que saca el cuchillo es distinto. También lo es la forma en que la imposibilitan olvidando mencionar la supuesta venda en los ojos y también omitiendo la historia de la amiga de la universidad, difiere aquello con que la Víctima, acudió al mercado No. 2, para que le entregara algo, puesto que, en dicho parte, la Víctima asegura que fue para hablar de la relación que ella mantenía con el esposo de la Procesada.

Fijarse en esas pruebas es innecesario, ya que, de acuerdo al artículo 79 del CPP, las pruebas deben ser actuadas en la audiencia de juzgamiento; y de ser versiones anticipadas, las tomarán los jueces, el cual, no es el caso de ninguna de las dos pruebas. El artículo 119, del mismo cuerpo legal se desprende, que los partes informativos solo serán utilizados para refrescar la memoria del testigo y, en el caso que sustituyan a la práctica del mismo, no serán observados como prueba; aquello se verificó con el oficio No.- 2015-70-P1-PJM-SZM, en el que se informa que el señor Francisco de la Cruz, suscriptor del mencionado parte policial, no puede ser notificado, puesto que fue dado de baja de la Policía Nacional, por tal razón dichas dos pruebas quedan como inexistentes.

Teniendo aquello en cuenta, se irá directo a las peticiones probatorias, que de acuerdo al 232 del CPP, se presentará 3 días después de ejecutoriado el auto de llamamiento a juicio; es importante reconocer cierta observación y es que de haber sido presentadas las pruebas en la audiencia preparatoria de juicio ¿para qué son necesarias las peticiones probatorias?, de ser el caso que sea propio del

sistema acusatorio formal que todo lo actuado oralmente sea reducido a escrito tal como asegura Pérez (2009)⁵³, entonces dichas peticiones tendrían que ser las mismas presentadas en la audiencia preparatoria de juicio. Sin embargo, en el presente caso no fue de dicha forma, ya que como se estipuló anteriormente, las dos pruebas faltaron, además de ello se encontró otra irregularidad y es que en la petición probatoria de la Fiscalía, se solicita que se sortee un perito para que realice una pericia de reconocimiento de evidencia a la prueba material que poseen, siendo el tubo acerado de 10 centímetros de longitud.

Lo anterior expuesto es inadmisibile pues según el artículo 80 del CPP, que textualmente dice:

Toda acción preprocesal o procesal que vulnere las garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías. (Asamblea Nacional, 2000)⁵⁴.

Se está vulnerando la garantía al debido proceso y el derecho a la defensa, pues es una prueba sorpresa ya que se practicó fuera de la etapa probatoria. Así mismo expresa el artículo 83 del mismo cuerpo legal: “La prueba solo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de este Código” (Asamblea Nacional, 2000)⁵⁵.

Aquello podría contravenirse un poco si se pudiera deducir que los informes periciales son simples diligencias accesorias a las pruebas materiales,

⁵³ Pérez Eric. (2009). Fundamentos del sistema acusatorio de enjuiciamiento penal (1er ed.). Bogotá, Colombia: Temis S.A.

⁵⁴ Asamblea Nacional. (2000). *Código de Procedimiento Penal*. Registro Oficial-S 360. Quito Ecuador.

⁵⁵ *Ibíd.*

pues en la norma se encuentra dentro del título de pruebas materiales, sin embargo, en el artículo 95 del CPP, dice de manera clara que los informes periciales se practicarán durante la Investigación Previa y la Instrucción Fiscal, y no solo eso, sino que el artículo 223 del mismo cuerpo legal establece en su inciso tercero “No tendrán valor alguno las diligencias practicadas después del plazo” (Asamblea Nacional, 2000)⁵⁶, refiriéndose al plazo que dura la Instrucción Fiscal. Es decir, dicha diligencia probatoria no solo se manda a practicar después de la Audiencia Preparatoria de Juicio y posterior Auto de Llamamiento a Juicio con lo que se deduce que terminó la instrucción fiscal, sino que la misma fue declarada terminada por parte del Fiscal el 3 de febrero del 2015, que fue cuando se convocó a Audiencia Preparatoria de Juicio.

En ese sentido, no solamente es una prueba ilegal acorde a las normas procesales del derecho penal, sino que acorde a lo estipulado por Planchat José (2011)⁵⁷, la prueba pericial aporta nuevos hechos al proceso, hechos que aunque emanen del análisis de la prueba material, son nuevos, en este caso el nuevo hecho agregado es que se encontró en el tubo acerado una barra de metal que unía los dos extremos, el perito no puede emitir presunciones más allá de su área de estudio, por tal razón, en ningún momento aseguró que se podría tratar de un cuchillo, sin embargo, advertir de la presencia de dicha barra es un nuevo hecho del cual la procesada no tuvo oportunidad de defenderse, significa que por segunda vez, se volvió a vulnerar el derecho a la Defensa, esta vez, consagrado en el artículo 76 numeral 7 literal b, que es “contar con el tiempo y los medios

⁵⁶ Asamblea Nacional. (2000). *Código de Procedimiento Penal*. Registro Oficial-S 360. Quito Ecuador.

⁵⁷ Planchat José. (2011). Testigos y proceso penal. In A. X. Manuel, Estudios sobre prueba penal: Actos de investigación y medios de prueba. (1er ed.). Madrid, España: La Ley.

adecuados para la preparación de su defensa” (Asamblea Nacional, 2008)⁵⁸. Sin embargo, aquello no puede ser causa de nulidad pues no se encuentra dentro de las causales estipuladas en el 330 del CPP, pero sí corresponde a lo estipulado por Méndez Antonio (2010)⁵⁹, acerca de la teoría del árbol envenenado, siendo por tanto una prueba ilícita que debe ser excluida por mínima que sea, su sola presencia vicia todo el procedimiento.

2.5.2.- Hechos y sus respectivas pruebas, antes de ser valorados.

La Víctima, especifica que el día 5 de noviembre del 2012 aproximadamente a las 15h00, recibió una llamada de la Procesada, en la que le decía que se reunieran en el mercado No. 2, porque le quería entregar algo; al momento de recibir la llamada se encontraba con su prima Kerly Lissette Valdiviezo Sornoza, se pudo saber aquello por medio del testimonio de la misma, quien aseguró que le preguntó quién había llamado y que la Víctima le respondió que era la mujer de David, refiriéndose a David Jurado Gómez, en ese entonces, actual conviviente de la Víctima; hecho que se corroboró con el parte policial suscrito por los 3 Cabos de Policía, que fue el que se utilizó como referencia en cuanto al testimonio de uno de los suscriptores de dicho parte, en la Audiencia de Juzgamiento. De ese mismo parte, se desprende, que la Víctima y la Procesada vivían en la misma parroquia, y en el mismo barrio, lo expuesto también lo afirma la Víctima en su testimonio practicado en la Audiencia de Juicio. A lo que la Víctima parte a encontrarse con la Procesada, Maritza Carmen Sornoza

⁵⁸ Asamblea Nacional. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Quito, Ecuador: Registro Oficial No. 449.

⁵⁹ Méndez Antonio. (2010). La teoría de los frutos del árbol envenenado en el sistema procesal penal colombiano. Revista Jurídicas CUC, 1(6), 43-54.

Zambrano, madre de la víctima, se encuentra dormida y no se entera de nada hasta poco después.

Procesada y Víctima se encuentran, empiezan a hablar mientras caminan en dirección a la Universidad Técnica de Manabí; asegura la Víctima que estaban hablando tranquilamente acerca de la situación de ellas en cuanto a David Jurado González, cuando llegan a la altura de Solca y la Procesada le pide a la víctima que la acompañe a ver unos papeles de la Universidad a la casa de una amiga, la víctima accede, y llegan hasta la parroquia Andrés de Vera en la ciudadela Eloy Alfaro; al costado lateral de una calle sin nombre que se encuentra al costado lateral de la calle Eloy Alfaro, en un terreno baldío dentro de un cerramiento de construcción. Esto se pudo saber con la pericia del SGOS. de Policía Gustavo Zamora Macías, quien también aportó que el lugar estaba provisto de alumbrado y era poblado, al llegar al lugar la víctima se preocupaba porque la supuesta amiga de la Procesada no le contestaba y ya estaba oscureciendo, por ende le participó que era hora de irse.

Acto seguido, la Procesada le gritó y le dijo que se sentara y se amarrara los pies y las manos con una cinta de embalaje que sacó de su bolso, del mismo testimonio de la víctima asegura que también le tapó la boca y los ojos, luego sacó un cuchillo y empezó a hacer cortes en las piernas y los brazos; que mediante la pericia del médico legista Dr. Carlos Rodríguez Jara, se pudo comprobar que tuvo dos heridas superficiales de 7 centímetros longitudinales en la cara lateral izquierda del cuello; una herida longitudinal de 3 centímetros en el hipocondrio izquierdo a la altura del abdomen también superficial; la cara anterior del brazo

izquierdo la herida más profunda, porque estaba suturada de 5 centímetros de extensión; y, el muslo izquierdo con dos heridas longitudinales de 6 centímetros. De su testimonio se desprende que el resto de heridas eran superficiales pues presentaban costra, la cual, aseguró que se forma de dos a tres minutos de producida la herida; también especificó que las heridas del cuello y del abdomen son las más peligrosas, puesto que, en el cuello se encuentran bazo sanguíneo grandes y venas que con un corte de mediana profundidad en la piel pueden ocasionar un sangrado severo que ocasione la muerte; y en el caso del abdomen porque están comprometidos órganos internos como los intestinos; no especificó, de acuerdo a las heridas, cuándo especulaba que podrían haber sido efectuadas las heridas, ni qué significa un corte de mediana profundidad, pero sí especificó el posible objeto que lo hizo, siendo un objeto de punta y filo, posiblemente un arma blanca.

Se libró de las ataduras e intentó correr, pero la Procesada la agarró del brazo y le provocó las heridas del cuello, entonces, afirma que forcejearon y que tomó el cuchillo por la hoja, de la fuerza se dañó y lanzó la hoja lejos; alcanzó a llevarse su teléfono celular, que estaba en la cartera de la Procesada, llamó a su madre, quien, mediante testimonio tanto de ella como de la víctima aseguran que estaban buscándola y que se trasladaron hasta el paso lateral por el monumento de las banderas, ahí la recogieron. La madre de la Víctima, también aseguró que estaba junto a David Jurado, quien, quería saber si lo que afirmaba la víctima era verdad, así que fueron al lugar de los hechos y encontraron a la Procesada ahí, la madre de la Víctima le fue a reclamar, a lo que David Jurado la montó en un auto y se la llevó sin decir a donde.

Acto seguido llevaron a la víctima al Hospital Verdi Cevallos, en el cual, comparecieron los cabos de policía Héctor Camacho, Edwin Iza y Freddy Díaz, quienes habían recibido un llamado de la central, tal como consta en su parte policial y posterior testimonio de uno de los suscriptores; encontraron a la víctima siendo atendida por los galenos y la entrevistaron junto a su madre. Luego de las versiones, afirman que fueron al lugar de residencia de la supuesta Procesada, pero no se encontraba en su casa, por lo que, con la Víctima se movilizaron al supuesto lugar de los hechos y encontraron un tubo acerado de aproximadamente 10 centímetros, que según la Víctima pertenecía al cuchillo, objeto arma del crimen, dicho sea, que se comprobó mediante la pericia de reconocimiento físico elaborada por Judith Sahona Proaño, así como con su posterior testimonio, que dicho tubo tenía una barra de metal que unía los dos extremos.

Posterior a ello, fueron a realizar la denuncia también acompañadas por David Jurado, Kerly Valdiviezo y Narcisa Rosario quienes llegaron después; la última es la tía de la Víctima, quien estuvo ausente hasta que se enteró de que su sobrina estaba en el Hospital y ahí le contaron todo.

2.6.- Problema Jurídico.

Teniendo ya analizados todos los elementos importantes del presente caso, es importante, determinar cuál es el problema jurídico que se resolverá posteriormente en la hipótesis, y nace de una pregunta: ¿Se está vulnerando en Principio de Congruencia, al cambiar el tipo penal en la Audiencia de Juicio, como una consecuencia de la incorrecta valoración de la prueba?

2.7.- Vulneración del Principio de Congruencia.

Para determinar si se vulneró el principio de congruencia en el presente caso, primero hay que analizar la situación del principio en el Sistema Judicial Ecuatoriano; para tal efecto, se empezarán por buscar referencias al Principio de Congruencia, comenzando por la norma penal, siguiendo por la constitución luego la jurisprudencia y la doctrina. Tal como se especificó en el Marco Teórico, el Principio de Congruencia protege el derecho al Debido Proceso, el cual, contiene el derecho a la defensa, la contradicción, imparcialidad del juez y tutela judicial efectiva. El artículo 5.1 del CPP, establece “que deben aplicarse las normas que garanticen el debido proceso en todas las etapas o partes hasta la culminación del trámite” (Asamblea Nacional, 2000)⁶⁰.

De acuerdo a lo estipulado por Zabala Jorge (1971)⁶¹ y por Pérez Eric (2009)⁶², para que se vulnere el Principio de Congruencia; el procesado debe, en algún momento, o no estar informado de los hechos que se le acusan en todas las etapas del proceso, es decir, que cambien repentinamente los hechos contenidos en la Acusación Fiscal, o que tanto hechos como calificación jurídica del delito hayan sido cambiados repentinamente, sin que haya, en los dos casos, tenido oportunidad de defenderse. Esto puede ocurrir en el caso de que la Acusación Fiscal que contiene la pretensión del Fiscal, los hechos y la calificación jurídica del delito; no llegue intacta hasta la audiencia de juicio o el debate final.

⁶⁰ Asamblea Nacional. (2000). *Código de Procedimiento Penal*. Registro Oficial-S 360. Quito Ecuador.

⁶¹ Zabala, Jorge. (1971). *El proceso penal ecuatoriano*. Departamento de Publicaciones de la Universidad de Guayaquil. 1er edición. Volumen 1. Guayaquil-Ecuador.

⁶² Pérez, Eric. (2009). *Fundamentos del sistema acusatorio de enjuiciamiento penal*. Temis S.A. 1er edición. Bogotá-Colombia.

El artículo 224 del CPP, habla acerca de la Acusación Fiscal, estableciendo como sus requisitos los elementos en los que se funda la acusación, la determinación de la infracción y los nombres completos de la persona a la que se acusa, esto se relaciona con el artículo 315 del CPP, en el que se le prohíbe al Tribunal de Garantías Penales pronunciarse sobre un hecho que no tenga relación con el Auto de Llamamiento a Juicio; esto podría tomarse como el que no se agreguen nuevos hechos al proceso además de los recopilados en la etapa de investigación, teniendo en cuenta que el auto de llamamiento a juicio contiene los elementos recopilados durante la Instrucción Fiscal.

La Constitución, también reconoce el derecho al Debido Proceso en su artículo 76 y establece una serie de garantías, dentro de las cuales, se encuentra el derecho a la Defensa y en su numeral 7 literal b textualmente dice: “Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa” (Asamblea Nacional, 2008)⁶³, es una clara referencia al Principio de Congruencia pues el principal problema de que se cambie la calificación jurídica o se ingresen nuevos hechos es que el procesado no se pueda defender.

Entonces, queda estipulado que en el Sistema Procesal Penal Ecuatoriano tiene la influencia del Acusatorio Formal, que, como se lo analizó en el Marco Teórico, tiene ciertas características; entre ellas como un máximo principio exponente el Principio de Congruencia, el mismo, no está expresamente especificado en la norma penal, ni en la vigente al cometimiento de la infracción ni en la vigente al momento del proceso, sin embargo, el solo reconocimiento del

⁶³ Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial No. 499. Quito Ecuador.

derecho al Debido Proceso y a la Defensa, que deviene en los principios de Contradicción, derecho a la Tutela Judicial Efectiva e Imparcialidad del juez, presuponen, que el Sistema de Justicia de dicho país deba reconocer dicho principio; así lo establece la sentencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, al expresar que el Principio de Congruencia es una de las máximas garantías para la protección del derecho al Debido Proceso. (Ministerio Público v. Julio Vasco Malo - Sana Crítica, 2006)⁶⁴.

Por lo tanto, en el presente caso no hubo una conexión entre la Acusación Fiscal y la Sentencia, ya que, como se expresó anteriormente, el tipo penal fue cambiado en el Auto de Llamamiento a Juicio de Tentativa de Homicidio a Tentativa de Asesinato y volvió a cambiarse en la Audiencia de Juicio al sentenciar a la Procesada por el delito de Lesiones. Además de ello, el Tribunal de Primera Instancia, se pronunció sobre un hecho que fue ilícitamente ingresado al proceso, esto es la pericia de la prueba material, es decir, que no solo se cambió el tipo penal sino que también se ingresaron nuevos hechos al proceso, aquellos de los cuales la Procesada no tuvo oportunidad de defenderse.

Sin embargo, el Tribunal de Primera instancia y el de Segunda Instancia concuerdan en que se puede hacer el cambio de calificación jurídica fundamentándose en varios elementos: El principio *Iura Novit Curia*, que significa el juez conoce de derecho; la sentencia de la TSS 09-05-08 del tribunal español, que establece que la calificación jurídica se puede cambiar siempre que los delitos sean homogéneos y también establece la homogeneidad entre el delito de tentativa

⁶⁴Proceso: 131-2005-Sana crítica seguido en contra de Julio Vasco Malo. (17 de febrero 2006). Corte Suprema de Justicia: Tercera Sala de lo Penal. Ecuador.

de asesinato y lesiones, siendo que, la única diferencia es que uno pretende la muerte mientras el otro pretende la afectación de la integridad física; y en que la intención de matar fue evitada voluntariamente por la Procesada, por lo tanto, deberá responder de la acción causada de acuerdo al artículo 13 del CP, lo cual se relaciona con el nexos causal en el artículo 11 del mismo cuerpo normativo, que asegura que nadie puede responder por un resultado dañoso que no hubiere sido consecuencia de su acción u omisión, esto especificando, que no hubo intención de matar pues hubiera matado al víctima teniéndola imposibilitada y viéndose en la oportunidad no lo hizo.

El Tribunal se contradice cuando trata de especificar si hubo o no hubo intención de matar, a manera de establecer o no la tentativa, primero dice que hubo intención de matar pero que la evitó voluntariamente y después asegura que no hubo intención de matar; para establecer si hubo o no tentativa o lesiones se debe valorar correctamente la prueba, lo cual se hará en títulos posteriores; el segundo elemento afirma que de ser delitos homogéneos se puede cambiar la calificación jurídica, siempre y cuando no se aporten nuevos hechos de los que el Procesado no se haya podido defender.

La sentencia del Caso Fermín Ramírez v. Guatemala textualmente establece:

...las autoridades judiciales desconocieron el principio de congruencia o correlación entre la acusación y la sentencia, y consecuentemente incurrieron en violación del derecho de defensa, que el señor Fermín Ramírez no pudo ejercer adecuadamente;... La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la

nueva calificación... Por constituir el principio de coherencia o correlación un corolario indispensable del derecho de defensa, la Corte considera que aquél constituye una garantía fundamental del debido proceso en materia penal, que los Estados deben observar en cumplimiento de las obligaciones previstas en los incisos b) y c) del artículo 8.2 de la Convención.... Esta facultad, consecuente con el principio *iura novit curia*, debe ser entendida e interpretada en armonía con el principio de congruencia y el derecho de defensa. (Caso Fermín Ramírez v. Guatemala, 2005)⁶⁵

Se puede observar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos acoge esta medida que, por así decirlo, excepciona que al perder la relación entre la acusación y la sentencia, esto no signifique menoscabo al Principio de Congruencia, en armonía con el principio *Iura Novit Curia* y el respeto de las garantías al Debido Proceso, sin embargo, de acuerdo a lo estipulado en el Marco Teórico por Vanegas (2010), existen tres sistemas para determinar cuándo se afecta al Principio de Congruencia, siendo el fáctico, cuando los hechos contenidos en la Acusación no son compatibles con los valorados en sentencia; el jurídico, cuando la calificación jurídica contenida en la acusación no guarda relación con la estipulada en la sentencia; y el mixto, cuando tanto calificación jurídica como hechos fácticos de la acusación no guardan relación con la sentencia.

El sentido que acoge la Corte Interamericana de Derechos Humanos para determinar que se vulneró el Principio de Congruencia, es de acuerdo al sistema fáctico, así como lo acoge la sentencia del Tribunal Español citada por el Tribunal de Primera Instancia, por lo que, en ese sentido, ¿podría quedar justificada su decisión?; la respuesta por supuesto es no, ya que, como se estableció

⁶⁵ Caso Fermín Ramírez V. Guatemala-Principio de Congruencia. (20 de junio 2005). Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

anteriormente, sí se ingresaron nuevos hechos que no guardan relación con la Acusación Fiscal, aquello es prohibido y está reconocido por la norma penal en el artículo 315 del CPP. Además de ello, en un sentido puro, el principio de congruencia se podría afectar con la sola modificación de la calificación jurídica, en este sentido, ¿cuál sistema es el que se acoge en el Ecuador, el fáctico, el jurídico o el mixto?, pues no se puede establecer ya que no hay sentencia vinculante ecuatoriana y se está a expensas de las sentencias de otros países con un Sistema Procesal Similar.

Sin embargo, de acuerdo a lo estipulado por los artículos 224 y 225 de la Constitución de la República, cuando existan normas y jurisprudencia vinculante que contengan los tratados internacionales, siempre y cuando, sea en condiciones más favorables referente a los derechos humanos, se aplicaran las mismas; por lo que, el Sistema que acoge el Ecuador es el fáctico, el cual, se aplicó en el presente caso. Pero, está desvirtuado, al haber introducido un nuevo hecho que dista de lo estipulado en la Acusación, y no solo eso, sino que, dicho sistema no afecta al Principio de Congruencia, siempre y cuando, la situación del procesado no empeore; se podría decir entonces que en el presente caso la Procesada mejoró su situación, puesto que, en vez de procesarla por Tentativa de Asesinato se la procesó por Lesiones, sin embargo, esto sería de tal manera si la Procesada fuera culpable del delito de Lesiones, pues, como se estableció anteriormente, la prueba se valoró incorrectamente dando como consecuencia que se le impute a la Procesada un delito que no cometió, tanto en el caso de Lesiones como en el caso de Tentativa de Asesinato, en razón de aquello, es menester establecer la correcta

valoración de las pruebas, para comprobar si efectivamente se violentó el Principio de Congruencia.

2.8.- Correcta Valoración de las Pruebas.

Llegó entonces, el momento de valorar correctamente las pruebas y es importante especificar que, en el presente trabajo, se harán en sí dos valoraciones; la primera es aquella, con la que se puede establecer, cuáles son los hechos que según los elementos recogidos por el Fiscal, están objetivamente probados, es decir, hechos que se consideran ciertos; y la segunda, que se tratará en títulos posteriores, aquella valoración que, relacionada con la norma, identificación del delito, la sana crítica y la jurisprudencia, puede establecer la materialidad del delito y culpabilidad o inocencia de la Procesada.

2.8.1.- Hechos objetivamente probados que se consideran reales.

Como se estableció anteriormente en las pruebas que se excluyeron, no se tomará en cuenta para la presente valoración el testimonio de Wilson David Jurado y la investigación realizada por Francisco de la Cruz; tampoco se tomará en cuenta el informe pericial y testimonio de la perito Judith Betsabé Proaño, pues, como se estableció anteriormente, dicha prueba debió ser excluida y arrancada de raíz, a manera de que no vicie el procedimiento, pues, de lo contrario se está contraviniendo el derecho al debido proceso.

Se inicia entonces con el Parte Policial No. 8653, elaborado por Héctor Camacho Ordoñez, Edwin René Iza Puco y Freddy Díaz Puma, el cual, contiene la denuncia que se hizo en la Fiscalía por parte de la víctima y la versión de la misma, además de la versión de su madre, su prima y su tía; la valoración de dichas versiones solo estará sujeta acorde a los testimonios practicados en audiencia de juicio, y se los valorará posteriormente, por lo que, no forma parte de los hechos ciertos que desprenderá esta prueba; además de ello, contiene un certificado médico sin fecha, emitido por el Hospital Verdi Cevallos.

Los hechos objetivos desprendidos de esta prueba son: que el día 5 de noviembre del 2012, a eso de las 8 de la noche, los policías recibieron un llamado, por medio la central de atención ciudadana, propio de la Policía Nacional, y se movilizaron al Hospital Verdi Cevallos, donde encontraron a la Víctima siendo atendida por los doctores. Tomaron las versiones de los testigos ya mencionados, y se movilizaron junto con la Víctima, hasta la casa de la Procesada, a la cual, no encontraron; posterior a ello llegaron hasta el lugar de los hechos y encontraron un tubo acerado de unos 10 centímetros; aquello puede corroborarse con el certificado médico que adjuntan al parte policial, la evidencia material ingresada a la Policía Nacional y el testimonio rendido en la audiencia de juicio por Edwin René Iza Puco, uno de los suscriptores de dicho parte, por lo que, dicha información queda probada correctamente y tomada como hecho cierto, puesto que, el Policía dio fiel testimonio de lo contenido en el Parte Policial. Además del mismo Parte Policial, se desprende que la Víctima y la Procesada vivían en el mismo sector, separadas solo por una cuadra, pues la calle 28 de junio del sector la Quebradita es paralela a la calle P. Moreira del sector del Tanque; de hecho el

sector de la Quebradita y del Tanque son el mismo en la Parroquia San Pablo, Portoviejo.

En cuanto a las pruebas periciales, se tiene la pericia realizada por el Sgos. de Policía Gustavo Zamora Macías, quien el 26 de Noviembre del 2014, efectuó el reconocimiento del supuesto lugar de los hechos; de dicha prueba se desprende que queda probado que el lugar que menciona en testimonios la Víctima existe, que se encuentra en la Provincia de Manabí, Cantón Portoviejo, Parroquia Andrés de Vera, Ciudadela Eloy Alfaro en la Calle Eloy Alfaro. Se concluye que el lugar es tal y como lo describió la Víctima pero que, a diferencia de lo especificado por los Policías suscriptores del Parte Policial, anteriormente mencionado, éste está poblado y que cuenta de alumbrado público. Del testimonio del Perito suscriptor también se pudo corroborar que se encontraba un taller cerca, el Perito no se molestó en buscar algún vestigio del cometimiento de la infracción, a pesar de que explica en qué consiste el Reconocimiento del Lugar, siendo la anterior dicha, una de las finalidades del mismo. El artículo 92 del CPP, establece también la necesidad de los vestigios en el reconocimiento del lugar, y en su último inciso establece lo siguiente:

Si han desaparecido los vestigios que debió dejar la infracción, o ésta se hubiese cometido de tal modo que no los dejare, la fiscal o el fiscal concurrirá al lugar de la infracción en unión de los peritos de la Policía Judicial y se dejará constancia en el acta de tal hecho. (Asamblea Nacional, 2000)⁶⁶.

Significa entonces, que aparte de que el perito tenía que establecer la existencia del lugar, las condiciones en que se encontraba, y lo que le rodeaba; tenía que hacer la búsqueda de vestigios, y de no encontrarse, dejar constancia en

⁶⁶ Asamblea Nacional. (2000). *Código de Procedimiento Penal*. Registro Oficial-S 360. Quito Ecuador.

escrito. Pero dicha constancia no existe, por tanto, se presume que no se hizo tal búsqueda, a parte, que según el testimonio de la procesada sí debían de haber vestigios, como la hoja del supuesto cuchillo y la cinta de embalaje; pero no es menos cierto que esta pericia se dio más de dos años después de cometida la infracción, la misma erosión del suelo los habría ocultado, sin embargo, la constancia de no haber encontrado nada debía quedar por escrito.

En cuanto al peritaje del examen médico legal, los siguientes hechos que están objetivamente probados y que por tanto no se pueden negar que son ciertos, son que la víctima sufrió heridas superficiales, siendo la del brazo, la única que necesitó sutura; que de esas heridas tuvo dos en el cuello, de una longitud de 7 centímetros; mediante el testimonio este perito estableció, que eran heridas superficiales, puesto que, tenían costra hemática, la cual, se forma en los primeros dos minutos de propinada la herida; no determinó cuándo especula él que fueron realizadas las heridas, a pesar de que el artículo 105 del CPP, especifica en su inciso segundo, que lo anterior debe ser establecido por el perito en su informe.

Pero sí especula en el objeto que las pudo haber causado y asegura que se trató de un objeto de punta y filo, como una navaja o un cuchillo. En el testimonio se llega a contradecir un poco y es muy subjetivo al momento de describir las heridas del cuello, porque aseguró que eran superficiales, pero que al mismo tiempo la piel del cuello es muy delgada y que si hubiera tenido un poco más de profundidad era de suturar; lo segundo es que cuando la herida es medianamente profunda puede comprometer un músculo, bazos sanguíneos de gran tamaño, venas y arterias que se encuentran en esa zona y se la puede considerar peligrosa;

al mismo tiempo especificó que un pequeño corte podría ocasionar un sangrado externo y, por lo tanto, la muerte. Entonces, los hechos ciertos y objetivamente probados son: que se le propinaron las heridas con un objeto de punta y filo; que las heridas en el cuello fueron superficiales por estar cubiertas de costras pero que fueron las más peligrosas, ya que, de haber sido un poco más profundas hubieran ocasionado la muerte por desangrado.

Llega el momento entonces de pasar a las pruebas testimoniales, para ello, es necesario hacer referencia a la doctrina recogida en el Marco Teórico, así como a la norma vigente en ese entonces acerca de los testimonios; el primer testimonio a valorar es el de Merly Stefanía Pinoargote Sornoza, la Víctima de este caso; de acuerdo a lo establecido por Bentham Jeremy (2011)⁶⁷, un testimonio puede ser de mayor, mediana o poca fuerza según lo creíble que sea; sin embargo, esto no es meramente subjetivo pues existen reglas acorde a cada tipo de testimonio, que en este caso, sería testimonio del ofendido y testimonio propio o de terceros, ya que, la Procesada se acogió a su derecho de guardar silencio.

También es importante aclarar que los testimonios no pueden considerarse como hechos ciertos, ya que la memoria de una persona es manipulable y según el tiempo que pase carecen de fuerza probatoria, sin embargo, no se puede desvirtuar esta prueba; según el artículo 119 del CPP, estos tendrán eficacia probatoria al practicarse en Audiencia de Juicio; sin embargo, esta eficacia probatoria y valor probatorio no se refieren a que se considerarán ciertos los hechos que contienen dichos testimonios; sino que serán objeto de valor del juez, es decir, que se

⁶⁷ Bentham, Jeremy. (2011). *Serie clásicos del derecho probatorio: Tratado de las pruebas judiciales*. Jurídica Universitaria. 1er edición. Volumen 1. México.

pueden llamar pruebas idóneas y correctamente practicadas para que sirvan o no como elementos para la libre convicción del Juez.

Entonces, se tiene el testimonio del ofendido, que es el de la Víctima, y aunque Planchat José (2011)⁶⁸, estableció que el testimonio de la víctima tiene tanta fuerza probatoria como una evidencia física, por ejemplo: el arma con el que se cometió el delito; no es menos cierto que también especifica las circunstancias en que se le resta fuerza probatoria a dicho testimonio, las cuales son: cuando la Víctima y el Procesado se conocieran desde antes del cometimiento de la infracción, siempre y cuando haya enemistad entre ellos. Se puede decir que en este caso la Víctima tiene enemistad con la Procesada, pues, antes y al momento de cometerse la infracción, la Víctima fue conviviente del actual cónyuge, en ese entonces, de la Procesada, y como se estableció anteriormente en el Parte Policial las direcciones de las dos se encontraban en la misma parroquia, la misma ciudadela e incluso en el mismo sector, estando separadas sus viviendas apenas con unas casas; y no solo se tiene aquello sino que la misma Víctima en su testimonio expresó que sí conocía a la Procesada y que la veía pasar por su casa todos los días.

Sin embargo, estableció que nunca fue amiga de ella, y que no conocía que su conviviente fuera su cónyuge (de la Procesada), lo mismo no tiene sentido, puesto que, según su testimonio accedió a encontrarse con la Procesada, y resulta poco creíble que la haya acompañado al supuesto lugar de los hechos, voluntariamente, siendo que a ese momento conocía de la situación de que su

⁶⁸ Planchat, José. (2011). *Testigos y proceso penal*. En A. X. Manuel, Estudios sobre prueba penal. La Ley. 1er edición. Madrid-España.

conviviente era esposo de la Procesada. Por tal motivo, el testimonio de la Víctima carece de fuerza probatoria, ya que, es evidente que existió una enemistad entre las dos partes, y esto significa que en razón de esa riña la Víctima esté agregando u omitiendo hechos para perjudicar a la Procesada; puede incluso ser indicio de que la Víctima esté mintiendo en quien le hizo las heridas.

Ante ello, el mismo autor expone la solución, y es que ante la duda de la veracidad del testimonio, este, deba complementarse con una prueba objetiva, un hecho real debidamente probado que corrobore lo que el testimonio expresa, sin embargo, esto no debe tomarse en medida de que, por ser cierto alguno de los hechos, sea cierto todo el testimonio. Es decir, el testimonio de la Víctima tiene veracidad en que alguien le propinó las heridas, y que fue en el lugar o cerca del lugar de los hechos al cual se le hizo el reconocimiento, porque dicho peritaje no arroja ninguna información más que de su existencia, no hay ningún indicio de que se hubiere cometido el acto en dicho lote baldío, se podría decir que el único indicio encontrado en el lugar es el tubo acerado de 10 centímetros; pero jamás se pudo determinar si dicho tubo pertenecía a un cuchillo y es importante recordar que cerca del lote baldío existe un taller donde trabajan con acero. Sin embargo, no hay ninguna prueba objetiva con la que se pueda probar que la Procesada cometió el delito, o si quiera que estuvo en tal lugar al momento de cometer el acto, por lo tanto, el testimonio de la Víctima carece de fuerza probatoria a excepción de los hechos que se hayan comprobado con evidencia objetiva.

Se tienen entonces los testimonios de Mariza Carmen Sornoza Zambrano (madre de la víctima); Kerly Lissette Valdiviezo Sornoza (Prima de la Víctima) y

Narcisa Rosario Sornoza Zambrano (Tía de la Víctima). Estos testimonios se encuadran dentro de la categoría de Testimonio Propio, es decir, el efectuado por un tercero; Planchat José (2011)⁶⁹, establece que existen dos tipos de testimonios propios siendo el directo y el referencial; en el presente caso los testimonios propios mencionados son referenciales, esto significa que se enteraron de la comisión porque la Víctima se los dijo, no hubieron testigos que presenciaron el hecho, solo testigos que supieron de ello; estos no son suficientes por sí solos para desvirtuar la presunción de inocencia, por lo tanto, el único hecho cierto que estos testimonios pueden aportar son:

En el caso de la madre de la Víctima, que la haya ido a recoger cerca del monumento de Las Banderas en el Paso Lateral y la haya llevado al hospital, el hecho de que haya estado acompañada por David Jurado no es creíble pues no hay prueba objetiva que determine aquello y no hay otro testimonio directo que lo corrobore, a pesar de que el testimonio de la Víctima lo hacía, pero dicho testimonio carece de fuerza probatoria por la enemistad entre la misma y la Procesada; lo mismo pasa con el hecho de que haya encontrado a la Procesada en el lugar de los hechos; en el caso de la prima de la Víctima el único hecho cierto que aporta aquel testimonio es que se encontraba en la casa de la Víctima cuando la llamaron, que la prima le preguntó quién la había llamado y ella le contestó que la mujer de David; del testimonio de la tía de la Víctima el único hecho cierto que se desprende es que llegó al hospital donde encontró a su sobrina herida y ahí le contaron de lo sucedido.

⁶⁹ Planchat, José. (2011). *Testigos y proceso penal*. En A. X. Manuel, Estudios sobre prueba penal. La Ley. 1er edición. Madrid-España.

2.8.2.- Identificación del Delito.

Para pasar a la identificación del delito, es necesario antes establecer las reglas en cuanto a la teoría del delito, pues estas deben ser el precedente y la fundamentación para determinar la materialidad del delito y la responsabilidad del procesado; pasar los hechos probados por esta serie de filtros es absolutamente necesario pues tanto en el a pesar de que en el CP, no exista la norma que establece que una conducta deba ser típica, antijurídica y culpable para que cuente como infracción, como sí se lo hace en el COIP; sí se exploran las reglas de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; entonces, la estructura es básicamente la misma.

Atendiendo a lo que expresa Welzel (1956)⁷⁰, la culpabilidad es separada de la estructura del delito, significando por una parte que se debe primero establecer la tipicidad y la antijuridicidad de la conducta, para que sea considerado delito la culpabilidad entra a otro campo, el cual, es la reprochabilidad de la conducta y así lo establece García Ramiro (2014)⁷¹, citando a Maurach, quien asegura que es el fundamento para determinar la responsabilidad penal del acusado.

Es menester, entonces, definir lo qué es la tipicidad y la antijuridicidad, aquello se hará de acuerdo a lo estipulado por García Ramiro (2014)⁷², para poder determinar si la conducta analizada, en el presente caso, es delito; la tipicidad, se

⁷⁰ Welzel Hans. (1956). *Derecho penal: parte general*. Roque de Palma. 1er edición. Buenos Aires, Argentina.

⁷¹ García Ramiro. (2014). *Código Orgánico Integral Penal Comentado*. (2da ed.). Quito, Ecuador: Latitud Cero.

⁷² *Ibíd.*

refiere a que toda conducta, que se presume, contravenga la ley penal, pues ésta contiene prohibiciones en su mayoría, esas prohibiciones son los tipos penales que contienen ciertos elementos descriptivos a los cuales una conducta debe adecuarse, a esto se lo conoce como tipo objetivo o tipicidad objetiva; los elementos son: la acción, es el acto u omisión que se ejecuta, el verbo nuclear que contiene el tipo, por ejemplo matar, robar, hurtar; sujeto activo y pasivo, en muchos delitos se especifica la persona que debe cometer el delito para que encuadre en dicho tipo penal, o la víctima, la mayoría de tipos penales son generales, es decir, que cualquier persona puede cometerlos, sin embargo, ejemplos de la especificación de sujetos pueden ser en los delitos que cometan personas jurídicas o delitos contra la naturaleza; objeto, también ocurre que en algunos delitos se especifica el objeto con el que se comete del delito; circunstancias espaciales y temporales, ocurre también que se especifica el tiempo y el lugar donde se comete el delito, un ejemplo de esto es una agravante del delito de homicidio que lo transforma a asesinato al, para cometerlo, buscar el despoblado o la noche.

La tipicidad también encierra los elementos subjetivos, y es que después de haber encuadrado la conducta en el tipo penal, es importante, saber si dicha acción se cometió con dolo o culpa; el dolo es la intención del designio de causar daño, de acuerdo a lo estipulado por el artículo 14 del CP, este dolo puede ser de otro tipo, el cual es, preterintencional, aquello es cuando el autor logra un resultado dañoso más grave que aquel que quiso provocar; el otro elemento es la culpa, definido también por el CP, ocurre cuando el resultado no es querido por el

autor y ocurre por negligencia, impericia o impertinencia, lo mismo cambia en el COIP, en donde se infringe el deber objetivo de cuidado.

Teniendo ya definidos los elementos de la tipicidad, es importante definir entonces, lo que es la antijuridicidad, la cual es un desvalor de la acción, es decir, que si en la tipicidad se analizó la conducta para que se encuadrara en un tipo penal, sea con designio de causar daño, conocimiento y voluntad del hecho o sea infringiendo el deber objetivo de cuidado; en la antijuridicidad se hace una valoración de la acción a manera de que esta tiene que haber contravenido la normativa penal vigente, para ser más específico el COIP, establece un concepto de antijuridicidad en su artículo 29, en el cual establece que la conducta no solo debe ser penalmente relevante y antijurídica sino que también debe afectar a un bien jurídico protegido, sea lesionarlo o ponerlo en peligro. El bien jurídico protegido, se refiere a aquel derecho o principio que protege la norma penal en el tipo penal específico, por ejemplo, la vida y la propiedad privada.

Teniendo ya la tipicidad y la antijuridicidad, es importante, destacar que esta estructura del delito se refiere a la acción; mientras que la culpabilidad se desprende de lo material y valora la responsabilidad que tiene la persona acusada; es decir, antes de establecer si una persona es culpable o inocente, es necesario primero valorizar su conducta, a manera de saber, si ha o no cometido el delito.

Es así que el artículo 32 del CP, establece que: “Nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si no lo hubiere cometido con

voluntad y conciencia” (Asamblea Nacional, 1971)⁷³, aquello puede confundir, puesto que, no se establece si es el conocimiento y voluntad propios del dolo que se encuentra en la tipicidad objetiva, o conciencia de antijuridicidad tal como establece el COIP, para evitar confusiones se acogerá la definición del COIP de lo que es culpabilidad.

Con estos precedentes, llega entonces, el momento de describir los tipos penales de que se esgrimen en el presente caso:

Art. 463.- Lesiones con enfermedad o incapacidad que no excedan de ocho días.- El que hiere o golpear a otro, causándole una enfermedad o incapacidad para el trabajo personal que pase de tres días y no de ocho, será reprimido con prisión de quince días a tres meses y multa de seis a doce dólares de los Estados Unidos de Norteamérica. (Asamblea Nacional, 1971)⁷⁴.

En este caso la acción sería causar heridas y que esas heridas generen una incapacidad, en el caso particular la incapacidad fue de 4 días, el bien jurídico protegido sería la integridad personal.

“Art. 449.- Homicidio simple.- El homicidio cometido con intención de dar la muerte, pero sin ninguna de las circunstancias detalladas en el artículo siguiente, es homicidio simple y será reprimido con reclusión mayor de ocho a doce años.” (Acción Extraordinaria de Protección, 2013)⁷⁵. Para poder delimitar este delito es importante identificar la acción, que sería matar, posterior a ello el bien jurídico protegido que es la vida.

⁷³ Asamblea Nacional. (1971). *Código Penal*. Registro Oficial-S 147. Quito-Ecuador.

⁷⁴ *Ibíd.*

⁷⁵ Acción Extraordinaria de Protección, Caso No, 0292-13-EP (Corte Constitucional 17 de mayo de 2013).

Art. 450.- Asesinato.- Es asesinato y será reprimido con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, el homicidio que se cometa con alguna de las circunstancias siguientes: 1.- Alevosía; 2.- Por precio o promesa remuneratoria; 3.- Por medio de inundación, veneno, incendio, o descarrilamiento.; 4.- Con ensañamiento, aumentando deliberadamente e inhumanamente el dolor del ofendido; 5.- Cuando se ha imposibilitado a la víctima para defenderse; 6.- Por un medio cualquiera capaz de causar grandes estragos; 7.- Buscando de propósito la noche o el despoblado para cometer el homicidio; 8.- Con el fin que no se descubra, o no se detenga al delincuente; excepto, cónyuge o hermano del delincuente al que se haya pretendido favorecer; 10.- Con odio o desprecio en razón de raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad de la víctima; 11.- Si ha sido cometido en contra de miembros de las fuerzas armadas o la policía nacional fiscales o jueces de garantías penales en el desempeño de sus funciones (Asamblea Nacional, 1971)⁷⁶.

Siendo en este caso que la acción sería matar, también el bien jurídico protegido sería vida, pero tienen ciertas circunstancias que son agravantes dentro del tipo penal, en el presente caso, como se estimó con los hechos y las pruebas, se puede estipular que presuntamente se cometió el delito con alevosía y buscando la noche o el despoblado, siendo circunstancias propias del sujeto activo y no tanto del tiempo o del lugar, pues es lo que busca el sujeto para cometer la infracción, no será lo mismo si indistintamente de la voluntad del autor, se comete la acción en la noche y en un despoblado.

Como estos dos delitos fueron imputados en grado de tentativa, es necesario remitirse a la doctrina y a la norma para establecer las circunstancias en que una conducta se considera tentativa, así la tentativa según el CP:

Art. 16.- Tentativa, desistimiento y arrepentimiento eficaz.- Quien practica actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito, responde por tentativa si la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica.

⁷⁶ Asamblea Nacional. (1971). *Código Penal*. Registro Oficial-S 147. Quito-Ecuador.

Si el autor desiste voluntariamente de la acción está sujeto solamente a la pena por los actos ejecutados, siempre que éstos constituyan una infracción diversa, excepto cuando la ley, en casos especiales, califica como delito la mera tentativa.

Si voluntariamente impide el acontecimiento, está sujeto a la pena establecida para la tentativa, disminuida de un tercio a la mitad.

Las contravenciones sólo son punibles cuando han sido consumadas. (Asamblea Nacional, 1971)⁷⁷.

La norma se refiere a los actos conducentes que de modo inequívoco impliquen la realización de un delito, es decir, que para que una conducta se considere tentativa deben haber actos, por lo tanto no hay tentativa en la omisión, sin embargo, también la doctrina devela un poco el tema, ya que para que dichos actos sean punibles deben cumplirse ciertos requisitos, el primero y el fundamento de la tentativa es que se efectúe con dolo, así lo especifica Alcácer Rafael (2006)⁷⁸, el mismo que asegura que el dolo contiene el conocimiento y la voluntad del autor al momento de realizar el delito, es decir, que este busque el fin de realizar el delito, para tal efecto, de acuerdo a lo estipulado anteriormente en los elementos subjetivos de la tipicidad, el CP, permite dos tipos de dolo, siendo uno el directo o intencional y otro el preterintencional o eventual.

Siendo que el inicio de la tentativa es una conducta dolosa, significaría entonces que ¿se puede punir una conducta considerada tentativa de cierto delito por dolo preterintencional?, según algunas jurisprudencias argentinas y corrientes alemanas si es posible, sin embargo, la tesis de juristas como Farré y Alcácer es diferente, puesto que la tentativa solo debe existir en el dolo directo e intencional, y así lo corrobora la norma penal ecuatoriana, puesto que, habla de actos conducentes encaminados indiscutiblemente a la realización de un delito.

⁷⁷ Asamblea Nacional. (1971). *Código Penal*. Registro Oficial-S 147. Quito-Ecuador.

⁷⁸ Alcácer Rafael. (2006). *Estudios sobre la tentativa y el desistimiento en derecho penal*. (1er ed.). Bogotá, Colombia: Temis S.A.

Entonces, para determinar el delito que se cometió, se debe tomar primero la conducta, de los hechos probados objetivamente se tiene, que la Víctima tiene heridas causadas por un instrumento de punta y filo, significa que la acción fue la de causar heridas, si se lo ve desde el punto de vista del delito de Lesiones, se puede pasar por el tipo objetivo, el cual solo contiene la acción nuclear, ir hacia el tipo subjetivo en donde se puede corroborar que la acción se ejecutó con dolo, ya que, de acuerdo al artículo 33 del CP, toda acción es presumible de dolo siempre y cuando se demuestre lo contrario, y en este caso, no hubo ninguna prueba que lo demuestre, ni la pretensión de querer demostrarlo. Por lo tanto, se pasa a la antijuridicidad, en donde, se establece el bien jurídico protegido; en vista, de que el bien jurídico protegido en el caso de lesiones es la integridad física, se puede deducir que se la afectó, pues, las heridas en el cuerpo de la Víctima son un hecho que no se puede refutar, esas heridas afectaron la integridad física, por ende, lesionaron el bien jurídico protegido; la figura de lesiones es un delito de consumación, por lo que, fuera diferente si la acción cometida hubiera puesto en riesgo otro bien jurídico, la vida.

Para explicar mejor el porqué de la conducta se encuadrada en el delito de Lesiones, puede bien haber sido tentativa de asesinato o de homicidio, se tiene la siguiente sentencia:

No es exacto que el delito de lesiones absorba la tentativa de homicidio, y que por lo mismo, sólo deba ser sancionado el culpable; por el contrario, cuando hay propósito de matar, el homicidio en grado de tentativa absorbe al delito de lesiones... En el delito de lesiones la intención debe interpretarse como el propósito general de dañar la integridad corporal de las personas, sin que el agente del delito haya tenido la voluntad de matar, pues si tuvo esta finalidad se estará en presencia de una verdadera tentativa de homicidio (Amparo directo. Joaquín Hernández Hernández, 1968)⁷⁹.

⁷⁹ Amparo directo. Joaquín Hernández Hernández, 2475/69 (Primera Sala 14 de marzo de 1968).

Por lo tanto, se obvia que al querer matar una persona efectivamente se va a afectar su integridad física, por lo que, cuando existe tentativa de homicidio o de asesinato esta absorbe al delito de lesiones, siempre y cuando se compruebe la tentativa; sin embargo, se esgrime entre tentativa de homicidio y tentativa de asesinato; y puesto a que, es innecesario pasar los dos tipos penales por la estructura de la teoría del delito, ya que uno es la versión agravada del otro, se especifica que la única diferencia entre el delito de homicidio y el de asesinato son las circunstancias que se establecen en el delito de asesinato. De lo comprobado objetivamente, se pudo llegar a la conclusión de que la comisión del delito fue casi al anochecer, pues, a pesar de que los testimonios referenciales carezcan de fuerza probatoria por el testimonio de la Víctima, a causa de una enemistad con la Procesada, no es menos cierto que aquellos hechos que se deben desvirtuar son los que se relacionen estrictamente con la responsabilidad de la Procesada, lo expuesto lleva a la presunción objetiva de que, efectivamente, fue cometido el delito en un despoblado y al anochecer, significa entonces, que quien fuere a cometer el delito buscó el despoblado y la noche, por lo tanto, queda descartado el delito de homicidio.

Ahora, para valorar de acuerdo al delito de asesinato, se entiende que está en grado de tentativa, por lo tanto, si está probado que el delito al cual se adecua la conducta es el de tentativa de asesinato no habría delito de lesiones; sin embargo, la valoración de un delito en grado de tentativa es diferente a la de un delito consumado.

Establece Farré Elena (1986), que el presupuesto para que la tentativa exista es el dolo y que en ese sentido, relacionado con la teoría del delito se debe empezar a valorar la conducta desde la tipicidad subjetiva, entonces, en el presente caso, como se estableció anteriormente, efectivamente existe dolo, pues, no se demostró la inexistencia del mismo; teniendo ese precedente, se pasa entonces al tipo objetivo, la acción, al ser tentativa no se ha consumado, por lo que de acuerdo a Alcácer (2006)⁸⁰, se analiza desde el punto de vista del intercríminis, es decir, todo el proceso desde la ideación, la preparación hasta la ejecución, la conducta solo puede ser punible cuando el acto se haya empezado a ejecutar y que por una razón externa se haya evitado, así lo corrobora el mencionado artículo 16 del CP, cuando se refiere a los actos conducentes, y también se puede corroborar aquello con el inciso segundo del mismo artículo que establece que de haberse evitado el resultado voluntariamente, el infractor solo será responsable de los actos cometidos, siempre que esos actos signifiquen el cometimiento de un delito.

En ese caso, acorde a los hechos objetivamente probados, al haber heridas localizadas en el cuello, el mismo que tiene una piel muy delgada, se consideran peligrosas en vista de que un pequeño corte de mediana profundidad podría haber ocasionado la muerte, significa entonces que los actos conducentes están inequívocamente encaminados a la comisión de la acción, la cual es: dar muerte; entonces, se pasa a la antijuridicidad y esto es la afectación del bien jurídico protegido; en los delitos consumados este debe lesionarse, sin embargo en la tentativa debe ponerse en peligro, tal como se dijo anteriormente, el bien jurídico

⁸⁰ Alcácer Rafael. (2006). Estudios sobre la tentativa y el desistimiento en derecho penal. (1er ed.). Bogotá, Colombia: Temis S.A.

protegido del delito de asesinato es la vida, si está en grado de tentativa, el mismo debe ponerse en peligro; también de lo establecido como hecho cierto a la hora de valorar la acción, el médico legista en la audiencia de juicio estableció que la vida de la Víctima estuvo en peligro, la herida fue peligrosa pues de ser un poco más profunda hubiera ocasionado la muerte.

Lo expresado, se relaciona con lo establecido por Alcácer (2006)⁸¹, que expresa, que para que exista tentativa deben configurarse dos presupuestos: el merecimiento y la necesidad. El merecimiento se refiere a si la conducta es merecedora de pena, es decir, dicha conducta tuvo que haber lesionado el bien jurídico protegido o ponerlo en peligro a tal manera de que indiscutiblemente de, no haber aparecido el hecho externo, el delito se hubiere consumado; y la necesidad de pena, aquella que le garantiza a los sujetos de derecho que se protege la vigencia de la norma, siendo la tentativa una medida preventiva para el respeto de los derechos y garantías del estado.

Por lo tanto, a diferencia de lo que estableció el Tribunal de Primera Instancia y ratificado por el Tribunal de Segunda Instancia, la Tentativa está perfectamente configurada acorde a los hechos ciertos y en presunciones basadas en dichos hechos ciertos, a diferencia de como expresaron los Jueces que establecieron presunciones sobre presunciones, el hecho de que la víctima hubiera ido voluntariamente al lugar de los hechos, que hubiera estado amarrada y que por lo tanto de haber querido acabar con la vida de la Víctima lo hubiera hecho antes de un forcejeo y que por lo tanto no hay intención de causar muerte, no se basa en

⁸¹ Alcácer Rafael. (2006). Estudios sobre la tentativa y el desistimiento en derecho penal. (1er ed.). Bogotá, Colombia: Temis S.A.

ningún hecho cierto más que el testimonio de la Víctima, dichos hechos carecen de fuerza probatoria pues se relaciona con la responsabilidad de la Procesada, y como se estableció anteriormente, al haber enemistad todo hecho que se relacione a la responsabilidad de la procesada se considera dudoso.

Lo que lleva a establecer la culpabilidad o la inocencia de la Procesada, y la misma se determina por el juicio de desvalor de la conducta, no solo se trata de que la persona tenga conocimiento de la antijuridicidad de que está cometiendo un acto antijurídico, sino que además, establecer una conexión entre la persona y el acto, este es el nexo de causalidad que como se explicó anteriormente, no existe delito si los daños producidos en la víctima no son consecuencia de los actos del acusado, en este caso, la Procesada; y del análisis y valoración de la prueba no existió ninguna prueba objetiva que pudiera servir de fundamento a lo establecido por la Víctima en su testimonio, que, en relación a la responsabilidad de la procesada, carece de fuerza probatoria por estar presente la enemistad entre ambas. Además, los hechos que contienen los testimonios referenciales están igual de nublados que el testimonio de la Víctima, en cuanto a la responsabilidad de la Procesada, pues, el acto en sí no fue presenciado por nadie más que por la Víctima, es más, la reunión de ellas en sí, no fue presenciada por ninguno de los testigos que rindieron su testimonio; por tal motivo, y de acuerdo a las reglas de la sana crítica anteriormente analizadas, no se puede basar la presunción de responsabilidad penal sobre otra presunción, se necesita de un hecho cierto, que en el presente caso no existe.

Lo expuesto se relaciona con lo estipulado por Ferrajoli (1995)⁸², en el Marco Teórico, pues relacionado a este caso, se puede establecer, que a pesar que exista materialidad, es decir, hechos probados en cuanto a la materialidad; no se puede por ello asegurar que el procesado sea el responsable del delito, una primicia verdadera no siempre significa que la conclusión es verdadera. Si es verdad que el juzgador no puede establecer la verdad procesal absoluta, sí puede llegar a ella lo más cerca posible, estableciendo presunciones que se basen en hechos ciertos, de acuerdo a la teoría de los tres silogismos de este autor, para que la hipótesis final, en este caso sería la presunción de que la Procesada es culpable, sea lo más acercada a la verdad posible, el primer hecho debe ser verdadero, en este caso, que la procesada hubiere cometido el acto; que la valoración jurídica del hecho sea verdadera, osea, que el delito que se le impute sea el correcto en cuanto a la adecuación al tipo; para que la conclusión sea verdadera, es decir, que la Procesada hubiera cometido un delito tipificado en la ley.

Por tal motivo, no existen los suficientes elementos para demostrar que la Procesada cometió Tentativa de Asesinato, sin embargo, de lo expuesto, podría significar que la Procesada cometió delito de Lesiones, pero tampoco se configura la culpabilidad del mismo, por las mismas razones aportadas anteriormente, y es que no hay elementos suficientes para determinar la responsabilidad de la Procesada, por lo tanto, de acuerdo al principio de duda a favor del reo consagrado en el artículo 76 de la Carta Magna y en concordancia con el artículo 319 del CPP, a la Procesada debió absolvérsele de los cargos imputados.

⁸² Ferrajoli, Luigi. (1995). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Trotta. 1er edición. Madrid-España.

2.9.- Hipótesis Final.

Finalmente, valorada correctamente la prueba, se puede establecer que se cambió el tipo penal innecesariamente y se le sentenció a la Procesada por un delito que no cometió, esto empeoró su situación, pues, de no haberlo hecho, hubiere sido absuelta de todos los cargos ante la inexistencia de tentativa de asesinato y de delito de Lesiones, esto, de acuerdo a lo estipulado anteriormente significa una violentación al principio de congruencia, ya que, la calificación jurídica se pudo haber cambiado en caso de no afectar la situación del procesado, pero en este caso sí se afectó la situación de la Procesada, además de ello se agregaron nuevos hechos que no constan en la Acusación Fiscal y todo esto es consecuencia de una incorrecta valoración de la prueba, por lo que, la pregunta que se planteó en el Problema Jurídico, queda respondida y la Hipótesis demostrada.

CAPÍTULO III.

3.- Conclusiones.

Como conclusiones se tienen las siguientes: Que el caso No. 13283-2014-2464, que propone la Fiscalía en contra de Silvia Patricia Sabando, por Tentativa de Homicidio, terminó con sentencia condenatoria por el delito de Lesiones; el problema se dio a raíz de que la Víctima estaba conviviendo con el cónyuge de la Procesada, las dos vivían muy cerca, por lo tanto, existía una enemistad entre ellas; el día 5 de noviembre del 2012 la Víctima fue encontrada por el monumento

de las Banderas, contaba con heridas en todo su cuerpo siendo las más importantes: dos que se le propinaron en el cuello; puso la denuncia correspondiente en contra de la Procesada, afirmó que la había citado al mercado No. 2 para hablar de la situación del triángulo amoroso, que la engañó para llevarla a un lote baldío cerca de donde fue encontrada, y con un cuchillo le hizo las heridas con el afán de matarla.

El Proceso presentó irregularidades desde el Auto de Llamamiento a Juicio, en donde el Juez por una equivocación cambió la calificación jurídica del delito, resolviendo que se señale fecha y hora para la Audiencia de Juzgamiento por el delito de Tentativa de Asesinato, cuando la Acusación Fiscal contenía el delito de Tentativa de Homicidio; que aquello no hubiera significado ningún problema si efectivamente el Auto de Llamamiento a Juicio no hubiere tenido efecto irreversible en la Audiencia de Juzgamiento, pero que ante la interpretación de la Corte Constitucional, tratar de apelar dicha resolución resulta inútil, ya que declararon que no se vulnera ningún derecho, pero en cuanto al Principio de Congruencia significa una alteración de la Acusación Fiscal.

Que el Principio de Congruencia, propio del Sistema Procesal Acusatorio Formal, que es el cual se lleva en Ecuador, en su sentido más puro, se considera vulnerado con la sola alteración de la Acusación Fiscal, tanto en su contenido fáctico como en su contenido jurídico, pero que en cuanto a Ecuador se acogen las reglas establecidas por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en donde, el cambio de la calificación jurídica del delito en la etapa de juicio, no significa vulneración del Principio de Congruencia, siempre y cuando no se

agreguen hechos diferentes a los estipulados en la Acusación Fiscal, de agregarlos haber informado con anterioridad a la defensa, y que no se haya empeorado la situación del procesado. Pero que sí se agregaron nuevos hechos en la Audiencia de Juicio, por valorar una prueba que se practicó ilícitamente, de la que la Procesada no pudo defenderse oportunamente.

Que la incorrecta valoración de la prueba por parte del Tribunal de Primera Instancia provocó la vulneración al Principio de Congruencia, siendo que determinaron la materialidad de la infracción con hechos objetivamente probados pero al momento de llegar a la responsabilidad de la procesada, tomaron como objetivos los testimonios de la Víctima y de sus familiares, los cuales no tenían suficiente fuerza probatoria, ante la enemistad entre Víctima y Procesada y al no existir una prueba objetiva que fuera concluyente para determinar la responsabilidad de la procesada esta debía ser absuelta. Importante es aclarar, que al vulnerar el Principio de Congruencia se están vulnerando todas esas garantías del proceso, Debido Proceso, Derecho a la Defensa, Tutela Judicial Efectiva e Imparcialidad el Juez; además se está inobservando el principio de duda a favor del reo.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano tiene entre sus normas los límites de la sentencia penal, aquello significa que consagra al Principio de Congruencia según su teoría fáctica, y también se lo reconoce en la Constitución de la República en el artículo 76, de acuerdo a las garantías del derecho a la Defensa, sin embargo, y de acuerdo a lo estipulado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, existe vulneración a dicho principio si el cambio de

calificación jurídica no es correctamente notificado a las partes, para así darles el tiempo necesario para defenderse, y ello lo corrobora también la norma penal en el mismo título en el que establece el procedimiento, cuando se deduce de la valoración de la prueba que el delito cometido es diferente; se levantará entonces un nuevo proceso por el delitos que en verdad se cometió.

Pero de la valoración de la prueba, según la teoría del delito, las reglas de la culpabilidad, y la sana crítica; se pudo corroborar, que efectivamente, los hechos correctamente probados presumían de la existencia de tentativa de asesinato y no de lesiones, es importante afirmar que antes de ir a la culpabilidad del delito se establece qué delito se cometió, es así que la materialidad del delito fue comprobada, pero la responsabilidad, el nexo causal que debe contener toda infracción no se comprobó; y aquello tiene concordancia con la teoría de los tres silogismos jurídicos de Ferrajoli, en donde se estipula, que no siempre un hecho cierto significa la veracidad de la conclusión, por lo tanto, se quebrantó el Principio de Congruencia al agravar la situación de la procesada, por una incorrecta valoración de la prueba, que la sentenció por el delito de lesiones, cuando en realidad era inocente de los tres delitos que se le pretendió imputar.

3.1.- Bibliografía.

Acción Extraordinaria de Protección, Caso No, 0292-13-EP (Corte Constitucional 17 de Mayo de 2013).

Albán, Ernesto. (2004). *Manual de derecho penal ecuatoriano: Colección profesional ecuatoriana* (13er ed., Vol. I). Quito, Ecuador: Ediciones Legales.

Alcácer, Rafael. (2006). *Estudios sobre la tentativa y el desistimiento en derecho penal*. (1er ed.). Bogotá, Colombia: Temis S.A.

Amparo directo. Joaquín Hernández Hernández, 2475/69 (Primera Sala 14 de marzo de 1968).

Asamblea Nacional. (1971). *Código Penal*. Quito, Ecuador: Registro Oficial-S 147.

Asamblea Nacional. (2000). *Código de Procedimiento Penal*. Quito, Ecuador: Registro Oficial-S 360.

Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito, Ecuador: Registro Oficial No. 449.

Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal* (1era ed.). Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento No. 180 del 10 de febrero de 2014.

Benavides, Jorge y Escudero Jhoel. (2013). *Manual de justicia constitucional ecuatoriana* (4ta ed.). Quito, Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.

- Bentham, Jeremy. (2011). *Series clásicos del derecho probatorio: Tratado de las pruebas judiciales* (1er ed., Vol. 1). México: Jurídica Universitaria.
- Caso Fermín Ramírez v. Guatemala, Denuncia No. 12.403 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de junio de 2005).
- El Estado Ecuatoriano v. Silvia Patricia Alcívar Sabando - Homicidio en grado de tentativa, 13283-2014-2464 (Unidad Judicial Penal de Portoviejo-Tribunal de Garantías Penales de Portoviejo-Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Manabí 24 de 09 de 2014).
- Farré, Elena. (1986). *La tentativa del delito*. (2da ed.). Barcelona, España: Librería Bosch.
- Ferrajoli, Luigi. (1995). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal* (1er ed.). Madrid, España: Trotta.
- García, Ramiro. (2014). *Código Orgánico Integral Penal Comentado*. (2da ed.). Quito, Ecuador: Latitud Cero.
- González, Joel. (2006). La fundamentación de las sentencias y la sana crítica. *Estudios de derecho procesal: revista chilena de derecho*, 33(1), 93-107.
- Hoyos Victoriano Omar, Recurso de Casación, 8971 registro No. 12.312 (Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal 20 de 05 de 2002).
- Méndez, Antonio. (2010). La teoría de los frutos del árbol envenenado en el sistema procesal penal colombiano. *Revista Jurídicas CUC*, 1(6), 43-54.
- Meza, Miriam. (2017, agosto 22). *Círculo de estudios procesales*. Recuperado de: http://faeproc.org/wp-content/uploads/2012/09/Cep_10.pdf

Ministerio Público v. Julio Vasco Malo - Sana Crítica, 131-2005 (Corte Suprema de Justicia: Tercera Sala de lo Penal 17 de Febrero de 2006).

Muñoz, Naranjo. (2001). Aportaciones para la definición del concepto de delito homogéneo. En A. A. Ignacio, *Homenaje al dr. marino barbero santos: "in memoriam"* (1 ed., Vol. 2, pp. 815-826). Castilla-La Mancha, España: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha: Universidad de Salamanca.

Pérez, Eric. (2009). *Fundamentos del sistema acusatorio de enjuiciamiento penal* (1er ed.). Bogotá, Colombia: Temis S.A.

Planchat, José. (2011). Testigos y proceso penal. In A. X. Manuel, *Estudios sobre prueba penal: Actos de investigación y medios de prueba*. (1er ed.). Madrid, España: La Ley.

Rivero, Paulino. (1987). *Breve análisis del nuevo ordenamiento procesal penal ecuatoriano* (1er ed.). Manta, Ecuador: Imprenta y Gráficas Ramírez.

Rosas, Jorge. (2009). *Manual de derecho procesal penal: Con aplicación al nuevo proceso penal DEC. LEG. No. 957* (1er ed.). Lima, Perú: Jurista Editores E.I.R.L.

Sáenz, José y Gómez Salcedo. (2010, Mayo-Agosto). El estado romano: Sistema político y jurídico. *Multidisciplina*, 6(3), 73-87.

Vanegas, Nicolás. (2010). *Principio de Congruencia: Según la sala de casación penal de la corte suprema de justicia en el marco del sistema penal acusatorio colombiano 2005-2010* (1er ed.). Pereira, Colombia: Universidad Libre de Colombia Seccional Pereira.

Welzel, Hans. (1956). *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires, Argentina:
Roque de Palma.

Wray, Alberto. (2001). Los principios constitucionales del proceso penal. *Iuris
Dictio*, 2(3), 12-24.

Zabala, Jorge. (1971). *El proceso penal ecuatoriano* (1er ed., Vol. 1). Guayaquil,
Ecuador: Departamento de Publicaciones de la Universidad de Guayaquil.

Zabala, Jorge. (2004). *Tratado de derecho procesal penal* (1er ed., Vol. I).
Guayaquil, Ecuador: Edino.