

UNIVERSIDAD METROPOLITANA DEL ECUADOR



CARRERA DE DERECHO

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO
DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA
REPÚBLICA DEL ECUADOR**

**TEMA: LA PROHIBICIÓN DE VALORACIÓN DE PRUEBA EN EL
RECURSO DE CASACIÓN PENAL EN EL ECUADOR.**

AUTOR: SANTIAGO MIGUEL SARANGO RIOS

ASESOR: DR. HERMES SARANGO AGUIRRE

QUITO, 2019

De esa forma, en la evolución de este instituto, su nueva metamorfosis tenderá hacia una mayor efectividad en el cumplimiento del fin que hoy se le debe asignar a la casación penal a la luz de la nueva imagen que le imprime la configuración del orden jurídico-penal actual: asegurar una protección jurídica realista, eliminar todo error eliminable, en fin, proteger al acusado frente a toda arbitrariedad judicial.

Roxin

Una cosa no es justa por el hecho de ser ley. Debe ser ley porque es justa.

Montesquieu



**DOCTORA PAOLA ANDRADE TORRES
NOTARIA CUADRAGESIMA DE QUITO**

DECLARACION JURAMENTADA

QUE OTORGA

SANTIAGO MIGUEL SARANGO RIOS

CUANTÍA : INDETERMINADA

(Di: 2da. Copias)

m.n.

Escritura No. **2019-17-01-040-P02333**

En el Distrito Metropolitano de Quito, Capital de la República del Ecuador, hoy día SEIS (06) de JUNIO del año dos mil diecinueve, ante mí, Doctora PAOLA ANDRADE TORRES, Notaria Cuadragesima de Quito, comparece con plena capacidad, libertad y conocimiento a la celebración de la presente escritura el señor **SANTIAGO MIGUEL SARANGO RIOS**, por sus propios y personales derechos- El compareciente declara ser de nacionalidad ecuatoriana, de 20 años de edad, empleado público, con domicilio ubicado en el Conjunto Panamericana, lote 56, parroquia Conocoto de esta ciudad de Quito, con número telefónico 0999933189 y correo electrónico santiagosarango26@gmail.com, hábil en derecho para contratar y contraer obligaciones, a quien de conocer doy fe por haber convalidado, con su expreso consentimiento, la información en el Sistema Nacional de Identificación Ciudadana, cuya impresión se agrega como habilitante. Advertido el compareciente por mí la Notaria de los efectos y resultados de esta declaración, así como examinado que fue en forma aislada y separada de que comparece sin coacción, amenazas, temor reverencial, ni promesa o seducción, me

1



Dra. Paola Andrade Torres

pide que se le reciba su declaración juramentada. Al efecto instruido de la obligación que tiene de decir la verdad, con claridad y exactitud, de conformidad con las leyes vigentes, y prevenido de las penas por perjurio, por su honor, bajo juramento declara: **Uno)** SOY EGRESADO DE LA UNIVERSIDAD METROPOLITANA DEL ECUADOR "UMET" DE LA CARRERA DE DERECHO.- **Dos)** EL TEMA Y CONTENIDO DE TESIS A REALIZAR ES: LA PROHIBICION DE VALORACION DE PRUEBA EN EL RECURSO DE CASACION PENAL EN EL ECUADOR.- **Tres)** CEDO LOS DERECHOS DEL PRESENTE TRABAJO DE TITULACIÓN A LA UNIVERSIDAD METROPOLITANA DEL ECUADOR "UMET" Y QUE EL CONTENIDO SIRVA DE FUENTE DE INFORMACIÓN Y CONOCIMIENTO PARA EL BIENESTAR UNIVERSITARIO.- Es todo cuanto puedo declarar en honor a la verdad".- HASTA AQUÍ EL CONTENIDO DE LA DECLARACIÓN JURAMENTADA que queda elevada a escritura pública con todo su valor legal, leída que le fue al compareciente por mí la Notaria en alta y clara voz, se afirma y ratifica en su contenido y para constancia de ello firma juntamente conmigo en unidad de acto, se incorpora al protocolo de esta Notaría, de todo lo cual doy fe.-



f) SANTIAGO MIGUEL SARANGO RIOS
C.C. 1719553834



de Notaria



CERTIFICACIÓN DEL ASESOR

Dr. Hermes Sarango Aguirre, en calidad de Asesor de Trabajo de Titulación por la Dirección de la Escuela de Derecho, certifico que el señor Santiago Miguel Sarango Ríos ha cumplido el trabajo de investigación con el tema: “LA PROHIBICIÓN DE VALORACIÓN DE PRUEBA EN EL RECURSO DE CASACIÓN PENAL EN EL ECUADOR”, quien ha cumplido con todos los requisitos legales exigidos, por los que se aprueba la misma.

Es todo cuanto puedo certificar en honor a la verdad, facultando al interesado hacer uso de la presente, así como también se autoriza la presentación para la evaluación por parte del jurado respectivo.

Atentamente,

DR. HERMES SARANGO AGUIRRE

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD Y RESPONSABILIDAD

iii

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD Y RESPONSABILIDAD

El abajo firmante, en calidad de estudiante de la Universidad Metropolitana del Ecuador, declara que el contenido del presente trabajo de investigación:

“LA PROHIBICIÓN DE VALORACIÓN DE PRUEBA EN EL RECURSO DE CASACIÓN PENAL EN EL ECUADOR”

Requisito previo a la obtención del Grado de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador, son absolutamente originales, auténticos, personales y de exclusiva responsabilidad legal y académica del autor.

Atentamente,



SANTIAGO MIGUEL SARANGO RIOS

C.I. 1719553834

CESIÓN DE DERECHOS

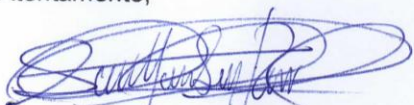
CESIÓN DE DERECHOS

El trabajo de investigación con el tema "LA PROHIBICIÓN DE VALORACIÓN DE PRUEBA EN EL RECURSO DE CASACIÓN PENAL EN EL ECUADOR".

Del autor, SARANGO RIOS SANTIAGO MIGUEL, quien manifiesta en forma libre y voluntaria lo siguiente:

Cedo los derechos del presente Trabajo de Titulación a la Universidad Metropolitana, y que el contenido sirva de fuente de información y conocimiento para el bienestar universitario.

Atentamente,



SANTIAGO MIGUEL SARANGO RIOS

C.I. 1719553834

DEDICATORIA

El presente trabajo lo dedico a las personas que son pilares dentro de mi vida ellos son mis padres, Hermes y Laura, así como mis abuelos Delia, Enma y Miguel, quienes cada día me dan su apoyo tanto como fuerzas para cumplir todas mis metas y sueños. Agradecer a mis padres por el apoyo brindado durante toda mi vida académica como personal, por sus enseñanzas y principios brindados para ser una persona de bien.

A mis hermanos Hermes y Cristian, que me dan alegrías, así como enojos, pues es el gaje de ser hermanos, por sus palabras de aliento y apoyo.

Mis tíos, tías, primos y primas que viven cada alegría mía como suya, por consejos y ayudas en el día a día.

Por último y no menos importante a todos mis amigos y amigas quienes fueron el apoyo dentro de las aulas, así como en tiempos de ocio, en especial aquellos que conozco desde el principio de mis andares universitarios, May, Joss, Diana, Andre, Darwin, Jairo, Alejo, Kevin, Carlos; así como mis amistades de colegio que nunca olvido Nene, Gato, Isaac y todos aquellos que no mencione recuerden que los llevo dentro de mí.

Dedico este trabajo a todos aquellos mencionados desde lo profundo de mi corazón.

SANTIAGO

AGRADECIMIENTO

Agradezco a la vida y a Dios por haberme dado fuerzas y carismas para estudiar esta bella carrera.

A mis padres, quienes han sido los que se sacrificaron para darme el estudio y la vida, así como, valores y principios. A mis abuelos por su amor incondicional, a mis hermanos por su paciencia y alegrías brindadas.

A mis amigos entrañables que alegran las mañanas, tardes y noches en los salones de clases, a mis maestros quienes me impartieron sus conocimientos en especial a mi tutor Dr. Hermes Sarango Aguirre.

SANTIAGO

INDICE

CERTIFICACIÓN DEL ASESOR	iv
DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD Y RESPONSABILIDAD	v
CESIÓN DE DERECHOS	vi
DEDICATORIA	vii
AGRADECIMIENTO	viii
RESUMEN	x
ABSTRACT	xi
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I.	8
TRATAMIENTO DOCTRINAL Y NORMATIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN	8
1.1 Antecedentes	8
1.2 Naturaleza y fines de la casación	13
1.3 Crisis de la casación como recurso de derecho	15
1.4 Teorías sobre el control de los hechos	22
1.5 Control casacional de la presunción de inocencia y el in dubio pro reo.....	26
1.6 Doble conformidad como garantía.....	31
CAPITULO II:	37
EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL ECUADOR	37
2.1 Los recursos en el Ecuador	37
2.2 El recurso de casación. Objeto y límites.	45
2.3 El control de los hechos y la prueba.....	48
2.4 Inmediación, filmación y grabación	49
2.5 Pronunciamientos de la jurisprudencia	55
2.6 Fundamentos para una reforma procesal	64
CAPÍTULO III:	75
METODOLÓGÍA UTILIZADA	75
CONCLUSIONES	84
RECOMENDACIONES	86
BIBLIOGRAFÍA.....	87

RESUMEN

La casación penal en Ecuador abre debates sobre si se debe valorar tanto los hechos como la prueba, dando a denotar que dentro del sistema procesal penal ecuatoriano se ha suscrito que la valoración de los hechos y prueba deben ser valorados en el recurso de apelación, sin embargo, la presente investigación muestra que la apreciación tradicional deberá cambiar, pues se demuestra que la inconformidad actual, es redimible.

Dentro de la legislación penal del Ecuador se establece que en el recurso de casación únicamente se valoran errores de derecho, por lo tanto, se cierra la posibilidad de valoración de los hechos, así como la prueba. En tal virtud, el objetivo de la investigación es que esta posición frente al recurso cambie, para que de esta manera se logre una justicia que es el anhelo del estado constitucional de derechos y justicia consagrado en la Constitución.

Hay que tener en cuenta que la Constitución de la República establece dentro de su artículo 1, que el Ecuador es un país de derechos y justicia, es decir se deberá garantizar los derechos de las personas dando como resultado la presente investigación, que es perfectamente viable que en casación se puedan valorar los hechos y como consecuencia de aquello la prueba cuando se denote que la sentencia expedida es arbitraria con la finalidad de garantizar la presunción de inocencia, así como, el in dubio pro reo, y que se le permita demostrar su inocencia o culpabilidad y de esta manera dar certeza de la sentencia.

ABSTRACT

“Casación” in penal law in Ecuador creates a debate about: if it should be evaluated the facts and evidence, all of this willing to show that inside the ecuadorian process sistem in the penal law establishes that the facts and evidence should be evaluated trough an appeal, nevertheless, this investigation shows that traditional appreciation should change because the actual nonconformity exemptable.

It is establisehed in the actual ecuadorian penal law legislation that in “casación” Will be evaluated only law proccess mistakes, therefore the possibility of facts and evidence being evaluated is not suitable. This investigation objective is to change the appeal resource point of view, that way justice should be reachable, as it is mandatory according to the constitutional justice and rigths state written in the national Constitution

According to the first article of the national constitution: Ecuador is a country of justice and rigths that means that human rights should be guaranteed, therefore this investigation concludes that is totally suitable that during “casación” facts and as its consequence: evidence, could be evaluated with the porpuse to guarantee the innocence presumption in the case that a sentence is arbitrary as well as the “in dubio pro reo” in that way the innocence or guiltyness should be shown.

INTRODUCCIÓN

Constituye una polémica no resuelta en la doctrina, la cuestión acerca de si debe el recurso de casación acceder a la valoración de los hechos y de la prueba, a pesar de que generalmente en el sistema procesal ecuatoriano la sentencia se ha dictado, precedida de un acto de juicio oral, público, contradictorio y con intermediación de los jueces con las pruebas y, contra ella se puede establecer recurso de apelación. En tal sentido debe analizarse si esto satisface las inconformidades actuales o si debe ponerse en crisis la concepción tradicional del recurso de casación como un recurso de derecho.

En efecto, conforme se encuentra prevista la casación en la legislación penal ecuatoriana, se cierra el paso a la posibilidad de que las partes inconformes puedan denunciar los errores en la valoración de las pruebas y en los hechos solo le queda impugnar las cuestiones de derecho. En el caso de los defensores subsiste una amplia demanda en favor de que se flexibilicen determinadas posiciones en función de la justicia y otros se preguntan cómo es posible que tan alta jerarquía no pueda evaluar los hechos.

Bien conocido es, que la casación fue en sus orígenes un instrumento de control político, burocrático o de vigilancia a los jueces como también es cierto que antes de llegar el momento de establecer el recurso de casación en el proceso penal del Ecuador el procesado gozó de las garantías de oralidad, publicidad, intermediación contradicción como postulados básicos del sistema acusatorio vigente basado fundamentalmente en la oralidad. Más, también es indiscutible que ante la Corte Constitucional aún se presentan acciones de protección por haberse violado derechos fundamentales que bien pudieron haberse restablecido en casación sin tener que abarrotar de casos a la citada Corte o aumentar los costos de la justicia penal.

Partiendo de la consideración de que en el proceso penal se discuten en relación con el condenado derechos de alcance y protección internacional y constitucional como son la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo*, el derecho a alcanzar un fallo motivado en cuanto a hechos y derecho antes de comenzar a cumplir una condena, lo que implica que se agoten todas las posibilidades que estén al alcance del Estado para confirmar la certeza de la decisión condenatoria, es que se decidió escoger el tema. La actualidad

que posee es indiscutible pues todavía no se comprende la manera mecánica y similar con que la jurisprudencia continúa dando respuesta a los recursos, pasando por alto que Ecuador es un Estado en el que se ubican los derechos y la justicia por encima de cualquier formalidad.

A pesar de que el tema en general se relaciona con el recurso de casación y la prohibición de valoración de las pruebas, y esta situación puede afectar a otros sujetos procesales, se centra este estudio en el condenado y siempre que se haga mención al derecho al recurso se estará refiriendo a este, con motivo de que se estima que entre todas las partes procesales es el que más puede resultar afectado con la sentencia que se dicte en el proceso penal. Se agrega además que la cuestión de que el recurso ha pasado a conformar un derecho fundamental del condenado ya alcanza consenso internacional. Lo que se trata es de afianzar esa garantía a su favor a través del recurso de casación frente al amplio poder punitivo del Estado.

Cabe advertir, que no es cuestión de manipular caprichosamente una institución jurídica sino de ajustarla a los tiempos modernos, pues la doctrina procesal comenzó hace siglos a debatir con fuerza sobre la necesidad de construir un sistema procesal más garantista entre lo cual ha ocupado un lugar cimero el tema de destruir la delimitación entre la cuestión de hechos y derecho que ha venido ligada al recurso de casación y que sigue siendo la situación más compleja que hay que enfrentar en materia de recursos en la actualidad. Un Estado de justicia y derechos como lo proclama la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 1, debe aprovechar todas las oportunidades para que el procesado ejerza el derecho de defensa de la forma más completa posible, sin que ello signifique tolerar la injusticia o facilitar la impunidad sino de ofrecer una garantía, como es el derecho a recurrir y ser escuchado en igualdad de condiciones.

De consiguiente, así se delimitó el problema científico que quedó conformado con la interrogante que sirvió de guía de trabajo para la investigación:

- ¿Cuáles son los fundamentos teóricos, normativos y jurisprudenciales que permiten sustentar que debe eliminarse la prohibición del control sobre la valoración de las

pruebas y los hechos en el recurso de casación en el Ecuador para alcanzar la justicia en el caso concreto?

El objetivo general derivado del problema planteado consiste en fundamentar desde el punto de vista teórico, normativo y jurisprudencial la factibilidad de eliminar la prohibición del control sobre la valoración de las pruebas y los hechos en el recurso de casación en el Ecuador para alcanzar la justicia en el caso concreto.

Los objetivos específicos se encuentran dirigidos a lo siguiente:

- Analizar los antecedentes históricos y doctrinales del recurso de casación desde su origen hasta la contemporaneidad en el contexto internacional.
- Evaluar el tratamiento normativo y jurisprudencial del recurso de casación en el Ecuador y su incidencia en la justicia del caso concreto.
- Elaborar unas bases que sirva (Recurso de casación, 2018) de fundamentos para la posible modificación al Código Orgánico Integral Penal en materia de recursos para permitir el control sobre la valoración de las pruebas y los hechos en casación.

La investigación tiene como objeto el recurso de casación y la prohibición de valoración de los hechos y las pruebas; y, el campo de acción abarca los fundamentos teóricos, normativos y jurisprudenciales alrededor del recurso de casación y su relación con las pruebas y los hechos.

La tradicional fórmula de resolver los recursos de casación queda manifiesta como se expresa en el proceso número 17721-2016-1217 resuelto en fecha 3 de septiembre del 2018 por la Corte Nacional en el que fundamenta (Recurso de casación, 2018):

De los criterios jurídicos antes expuestos, se establece que el recurso de casación se caracteriza por su tecnicismo y excepcionalidad, en tanto, se dirige y limita a analizar la sentencia de segunda instancia, a fin de establecer si en ella se ha violado la ley por alguna de las causales expresamente determinadas en la normativa adjetiva penal - contravención expresa, indebida aplicación, errónea interpretación-; al Tribunal de Casación, no le compete pronunciarse sobre errores relativos a la tramitación de la causa, conocidos como errores "*in procedendo*", los cuales tienen una vía de

impugnación distinta, esto es, nulidad y apelación -segunda instancia- que inexorablemente debió haberse agotado previo a la interposición del recurso de casación, ergo, existe ya un pronunciamiento al respecto. Además, debe precisarse que en sede de casación, por imperativo legal, está prohibido volver a valorar prueba.

(...) La casación es un recurso limitado. Permite únicamente el control *in iure*. Esto significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y sólo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al Derecho material o formal (...).

No obstante, en esta investigación se defiende la idea de la posibilidad respecto que los jueces que resuelven el recurso de casación puedan controlar la valoración de las pruebas y los hechos y con ello se alcance la tan anhelada justicia en el caso concreto. Se parte de que en la etapa moderna el órgano de casación a diferencia de tiempos atrás cuenta con las facilidades de conocer ampliamente el proceso sin afectar el principio de inmediación, además de que existen juicios de valoración de las pruebas realizadas por los jueces inferiores que pueden ser controlados por los jueces de casación sin quebrantar los principios procesales, más bien este actuar contribuye a la realización del debido proceso y a garantizar los paradigmas constitucionales con los que está comprometido el Estado con motivo de las firmas de tratados y convenios internacionales.

Como hipótesis de investigación se concibe la siguiente:

- La reforma procesal que elimine la prohibición de que los jueces puedan entrar a analizar los hechos y la valoración de las pruebas al resolver el recurso de casación permite una mejor realización de la justicia y se ajusta más al Estado Constitucional de derechos y justicia que proclama el Ecuador.

Durante la investigación se combinaron los métodos procedentes de la teoría general del conocimiento con los de la Ciencia del Derecho en particular en el que ocupó un lugar relevante el histórico, pues el tema de no introducirse en los hechos y las pruebas en casación obedece a un arraigo de origen que ha costado mucho esfuerzo desprenderse de él a pesar de la evolución de la doctrina procesal y de los cambios objetivos que ha

traído la filmación y grabación de las audiencias y la factibilidad de que los jueces de casación las puedan revisar. Se utilizaron además el jurídico doctrinal para evaluar los criterios de los autores, el exegético analítico combinado con la comparación jurídica para el estudio normativo, y el análisis, síntesis, inductivo, deductivo, teórico – práctico y de lo general a lo particular en todo el proceso investigativo.

Dada la necesidad de analizar un componente de la realidad como son los criterios de la jurisprudencia se utilizaron métodos empíricos combinados con métodos teóricos y lógicos de manera que se pudieran efectuar críticas a los pronunciamientos desde las posiciones que se sostienen en la investigación y teniendo en cuenta las realidades y etapas en que se dictan las sentencias revisadas.

Como consecuencia de lo expuesto, el trabajo quedó estructurado en Introducción; tres capítulos: el primero dedicado al estudio doctrinal del recurso de casación y de las teorías en torno a la posibilidad de valorar las pruebas a través de este medio de impugnación, se exponen sus antecedentes, se presenta la discusión entre la cuestión de hechos y de derecho, las teorías relativas a la esencia del tema de las pruebas y los hechos en casación. En cada uno de los epígrafes se toma postura y se resumen las ideas fundamentales como colofón de cada asunto polémico.

En el segundo capítulo se aborda la situación concreta que presenta el Ecuador estableciendo la comparación con otros ordenamientos jurídicos, se analiza la normativa y la jurisprudencia ecuatoriana desde posiciones críticas con el objetivo de encarar una problemática de difícil enfrentamiento en la doctrina procesal del país. Se fundamentan las razones que justifican una propuesta de reforma en el recurso de casación de forma que se amplíe la posibilidad de impugnar la valoración de las pruebas y los hechos en aquellos aspectos que no afecten la inmediación.

Se utilizó la metodología de la investigación cuyos detalles constan en el capítulo tercero, clasificándose la investigación de acuerdo a los diversos criterios que la actividad científica ha estimado, pero que puede resumirse como de tipo mixto, no solo porque vincula lo teórico con lo empírico sino porque al mismo tiempo se estudia la dogmática jurídica con sus conceptos, teorías, principios y se hacen propuestas de reforma legal

pero también se abarca el campo socio jurídico en la medida en que se valora una parte de la realidad: la jurisprudencia. Todo este recorrido metodológico se corresponde con las normas de procedimiento dispuestas en el Manual de Procedimiento de Titulación de la Universidad.

El informe final contiene aportes que pueden contribuir al desarrollo de la doctrina y otros que pueden ser útiles para los prácticos del Derecho. Por una parte, contribuye con elementos novedosos a la teoría del recurso de casación y su aspecto más controvertido en la actualidad: la cuestión de hechos y la prueba; y, por otra, contiene fundamentaciones que pueden apoyar a los operadores jurídicos a encaminar sus recursos de casación.

Finalmente se arriba a conclusiones, que se encuentran en correspondencia con los objetivos planteados, se emiten las recomendaciones procedentes y se cita la bibliografía entre la que se ubican las obras de estudiosos del Derecho Procesal altamente reconocidos como Calamandrei, Chiovenda, Cafferata Nores, entre otros. Autores como Daniel Pastor, Binder o Maier son citados como figuras más vinculadas a la realidad latinoamericana.

Entre los principales resultados de la investigación, se encuentran los siguientes:

1. Los fundamentos teóricos y antecedentes del recurso de casación.
2. Identificación de las principales limitaciones que presenta el recurso de casación contra las sentencias.
3. Enriquecimiento teórico al debate contemporáneo sobre la posibilidad de valorar los hechos y las pruebas en el recurso de casación.
4. Argumentación de las vías por las cuales se puede lograr plenamente el control de la valoración de las pruebas y los hechos que puedan servir en futuras modificaciones al Código Orgánico Integral Penal en cuanto al régimen de los recursos.
5. Demostración, con fundamentos teóricos y prácticos, de que, con la estructura actual de la casación no es posible alcanzar la plena garantía del derecho al recurso y dar solución a las injusticias en los casos concretos.

6. Material actualizado, sobre el control de la valoración de la prueba y los hechos en el recurso de casación, que puede ser útil para la docencia y la práctica jurídica del país.

CAPITULO I.

TRATAMIENTO DOCTRINAL Y NORMATIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN

1.1 Antecedentes

La casación es una institución emblemática de Francia; puede ubicarse como una consecuencia de los cambios políticos y sociales que trajo consigo la Revolución Francesa en ocasión de la creación del Estado de Derecho Revolucionario regulándose por primera vez en 1790 por el Decreto de 27 de noviembre de ese año por la Asamblea Constituyente que estableció que habría un tribunal de casación. Este órgano estaría junto al cuerpo legislativo y tendría la función de anular todos los procedimientos en que se violaran las formalidades y todas las sentencias que contravinieran la ley.

Los antecedentes del recurso de casación, pueden ubicarse en la etapa del imperio romano. No siempre los procesados han tenido derecho al recurso. En el Derecho germano y su sistema acusatorio privado y en el Derecho ateniense, las decisiones eran inimpugnables, porque, mientras la justicia fue administrada directamente por el pueblo, no había pluralidad de instancia.

En el Derecho romano, se desarrolló la facultad de alzarse contra la decisión del rey o los magistrados, conocida como *provocatio ad populum*, derecho que tenían solo los ciudadanos hombres para provocar la reunión de la Asamblea popular, a fin de evitar consecuencias perjudiciales de la decisión del inquisidor público, como manifestación de limitación al poder del rey; sin embargo, esta institución no podía interpretarse como un recurso, sino como una instancia de gracia capaz de anular las consecuencias de la decisión. (Jimenez Asenjo, 1969)

En la etapa del imperio de Justiniano en Roma apareció la *apellatio* y la *restitutio in integrum* y la *supplicatio*, como un mecanismo de control de la actuación de los funcionarios investidos del poder de juzgar que el emperador les delegaba. Los emperadores romanos podían declarar la nulidad de las decisiones cuando constataran la violación del *ius constitutionis*.

Cuando en Francia la función jurisdiccional comenzó a revelarse contra la legislación real se creó un órgano centralizado y supremo para conservar la unidad del poder real que fue denominado *Conseil des parties* que sería el germen del tribunal de casación y que concretamente fue creado para fiscalizar las decisiones de los jueces y el cumplimiento de la ley. Desde este momento puede observarse la creación de un órgano de control ubicado al lado del poder legislativo con una función nomofiláctica, es decir, dirigida a la preservación de la ley y a controlar el poder de los jueces inferiores para neutralizar cualquier decisión que contrariara la soberanía legislativa. (Chiovenda, 1940, págs. 490 - 492)

Cabe recordar, que los revolucionarios de 1789 desconfiaron seriamente de la judicatura y vieron en el sistema procesal una rémora del antiguo régimen incompatible con las nuevas ideas. Citado por (Bacigalupo Zapater, 2004) BECCARIA en 1764, en su conocido opúsculo *Dei delitti e delle pene* ya proclamaba que “ni siquiera la autoridad de interpretar la ley puede residir en los jueces de lo criminal, pues no son legisladores.” Para esta época la idea de que los jueces tuvieran un poder judicial era ajena al pensamiento político clásico.

En el año 1803, el tribunal de casación se convierte en *Cour de Cassation* y se integra al poder judicial, pero la posición de vértice, hacía que llegaran a su conocimiento una cantidad infinita de recursos que prácticamente desbordaron su capacidad de resolverlos y por esa razón se proclama la excepcionalidad de este recurso al análisis de las cuestiones de derecho. Es así como surge la idea clásica de que a la casación le está vedado el conocimiento de los hechos, se dispuso solo la revisión del derecho y ni siquiera todo el derecho. (Ferrer Beltrán, 2018, pág. 5)

Bacigalupo agrega que otra de las razones que condujo a que la casación no pudiera introducirse en el conocimiento de los hechos fue la lejanía del lugar en que aquellos acontecieron. Si el juicio sobre los hechos se encontraba tan distante del órgano de casación este solo podía dedicarse a la corrección del derecho que no necesitaba de revisar las pruebas y geográficamente podía encontrarse centralizado en cualquier lugar. (Bacigalupo E. , 2001)

Con la Revolución Francesa, la Asamblea Constituyente, el 8 de septiembre de 1789, había introducido importantes modificaciones, entre ellas, la motivación de la sentencia,

el juicio por jurados y no se previó recurso de apelación, razón por la cual el fallo del jurado sobre los hechos constituye cosa juzgada, existiendo un recurso de casación utilizado por el condenado o por el comisario del rey, en cuyas causales recogía, de forma similar a la actualidad, motivos de inobservancia de las formas previstas por la ley bajo amenaza de nulidad (casación formal o procesal) o la falta de aplicación de la ley penal material (casación material). En el Código de 1808, continuó igual en cuanto a este recurso y la apelación operaba para los tribunales correccionales y de faltas; y, en 1868, en cuanto a estas últimas, admitió el recurso de revisión.

En 1837 se reconoció la eficacia de la jurisprudencia y el órgano de casación pasó de ser un controlador de los jueces a ser un órgano supremo de jueces y tuvieron la oportunidad de interpretar y así fue que tuvo una función reguladora de la jurisprudencia. A partir de entonces se le incorporó una nueva función, la de unificar la jurisprudencia y solo accesoriamente tenía la función de aplicar la justicia al caso concreto.

En el siglo XIX, acontece la reforma procesal en Europa continental y se introduce el sistema mixto, en el que se mantiene la inimpugnabilidad en cuanto a la reconstrucción histórica de los hechos sobre la base del debate, por lo que el recurso típico fue el de casación, se reconoce la dignidad del imputado como persona humana y sujeto de derecho durante el procedimiento, con facultad de defenderse desde el comienzo, la exigencia de certeza para arribar a una condena (*in dubio pro reo*), se suprime la valoración legal de las pruebas, por el de íntima convicción propio de los jurados populares o el más moderno de libre convicción o sana crítica racional todo sobre la base de un juicio oral, público, contradictorio y con inmediación física del juez.

Al fundamento histórico que motivó que la casación estuviera restringida al derecho se le agregó más tarde el tema de la inmediación que protegía la decisión de los jueces que participaban en el juicio y por supuesto ningún otro juez que no hubiera practicado o tenido ante sí a los declarantes que fueron testigos, peritos o acusados podía estar en mejores condiciones que aquellos que practicaron las pruebas. Más valor se le ofreció a partir de la concepción sobre la íntima convicción que solo podían alcanzar los jueces

que presenciaron el material probatorio. Hasta parece razonable la fundamentación sobre los límites de la casación.

La existencia de la oralidad, publicidad, inmediación, libre apreciación de las pruebas y libre convicción sello la idea de que un juez que había practicado las pruebas y arribado a convicción con esas garantías es libre de decidir la construcción de los hechos. Ningún otro juez tiene facultades para revisar lo que el juez del juicio decidió y así las cuestiones de hecho quedaban una vez más intocables para el órgano casacional.

Como se advierte, la casación fue el producto genuino de la cultura procesal de Europa continental que tiene su origen en el sistema francés, marcado especialmente por la legalidad que ubica al poder legislativo en un lugar primordial y en el que el juez es un mero aplicador de la ley sin posibilidades interpretativas. Un recurso que en principio fue puramente mecánico, pero como se observará ha tenido que ir ajustándose a la evolución del Derecho procesal y de los recursos como derecho fundamental del procesado.

Los recursos no estuvieron siempre asociados a una garantía de seguridad jurídica individual, pero los instrumentos jurídicos internacionales y las constituciones de los estados ya han protegido los derechos de la persona humana. Por consiguiente, ha llegado el momento de enfrentarse al anacrónico recurso de casación y convertirlo en un modelo de recurso que se dedique a garantizar esos derechos y libertades fundamentales.

Actualmente el derecho al recurso del condenado se encuentra especialmente protegido ante la arbitrariedad de los funcionarios encargados de impartir justicia. No solo ante el acto despótico sino también ante los errores en que pueden incurrir los jueces al dictar sus resoluciones, por ello se hace indispensable defender el recurso bajo nuevas concepciones.

La necesidad de corregir tales faltas para evitar injusticias hace que el propio legislador cree una vía que permita el reexamen de esas decisiones, por ello, los recursos son instrumentos de perfección procesal y tienen su fundamento en la posibilidad de las

partes que se han visto afectadas por una resolución judicial de mostrar su inconformidad, permitiendo una nueva cognición por otro tribunal, como vía para garantizar la aplicación de las normas procesales y materiales y la valoración del juicio de hechos realizado por los jueces. (Chiovenda, 1940, pág. 390) “Agrega que una sentencia es injusta cuando existe un error del juez respecto a la cuestión de derecho o la de hecho, sobre este último aspecto cuando hay insuficiente demostración o insuficiente valoración (...)”

(Binder, 1999, pág. 285) concibe los recursos como:

Medios de impugnación de la sentencia u otras resoluciones, y a través de ellos se cumple con el principio de control. Esta idea se fundamenta en cuatro pilares: a) la sociedad debe vigilar cómo sus jueces administran justicia; b) el sistema de justicia penal debe desarrollar mecanismos de autocontrol, para permitir la planeación institucional; c) los sujetos procesales tienen interés en que la decisión judicial sea fiscalizada; d) al Estado le interesa controlar cómo sus jueces aplican el Derecho. De este modo, la impugnabilidad de la sentencia y de otros fallos importantes se vincula a las garantías judiciales mínimas; y un proceso penal garantizador debe establecer el derecho o facultad a recurrir al fallo.

Alcalá, citado por (Jimenez Asenjo, 1969) define los recursos:

Como actos procesales de las partes, dirigidos a obtener un nuevo examen total o limitado a determinados extremos y un nuevo pronunciamiento acerca de una resolución judicial que el impugnador no estima ajustada o que reputa de errónea en cuanto a la fijación de los hechos.

Siguiendo esta línea de pensamiento, se estima que el derecho a recurrir debe ser interpretado con la amplitud necesaria, con el que se pueda obtener un pronunciamiento justo acorde con el derecho vigente y no a medias, por tanto no puede estar limitado solamente a cuestiones de derecho porque, en la apreciación de la prueba y en la construcción del hecho, puede estar la fuente de la mayor ilegalidad y arbitrariedad en los pronunciamientos jurisdiccionales, por lo que debe existir control sobre ellos por el tribunal que resuelve el recurso.

De lo anterior, se desprende que el fundamento actual de la institución no es el que fue concebido en sus orígenes, sino el deseo de obtener una resolución más justa y aunque la vía impugnatoria no puede durar indefinidamente, han de cumplirse varios presupuestos para que se entienda garantizado el debido proceso. La inmediación puede ser analizada desde otros ángulos, la valoración de la prueba debe haberse realizado conforme a la lógica racional y la convicción debe estar exteriorizada. La modernidad ha impuesto el deber de motivar, entonces merece la pena investigar si puede o no, el juez de casación entrar a valorar los hechos y las pruebas.

1.2 Naturaleza y fines de la casación

Los medios de impugnación constituyen la vía que tienen las partes para que la sentencia judicial o el proceso sean revisados por el mismo órgano jurisdiccional u otro distinto al que lo juzgó. Si se trata de recurso de casación, generalmente es un tribunal o corte de superior jerarquía quien resuelve el recurso. El recurso en la actualidad es para el procesado una garantía del derecho de defensa y una expresión de la tutela judicial efectiva.

(Ayán, 1985, pág. 41) define los recursos, “desde el punto sustancial, como una manifestación de voluntad de quien ataca una resolución jurisdiccional, que se considera ilegal y agravante, a fin de que el tribunal que la dictó u otro de grado superior (...), mediante un nuevo examen, la revoque, modifique o anule. Bajo el aspecto formal lo define como la instancia o solicitud que contiene dicha manifestación de voluntad y que determina un procedimiento encaminado a lograr esa finalidad; es decir, que provoca un nuevo juicio lógico o una nueva fase procesal.

En la concepción tradicional del recurso, en el derecho procesal penal argentino, se parte de la indiscutible base de que es posible que las resoluciones jurisdiccionales sean equivocadas (en los hechos o en el derecho) y por ende ocasionen un perjuicio indebido a los afectados. Tal posibilidad revela la necesidad de permitir un re-examen y eventual corrección de sus decisiones, para evitar la consolidación de la injusticia: esto se viabiliza a través de los recursos. (Cafferata Nores, Manual de derecho procesal penal, 2003, pág. 588)

(D'Albora, 1999, pág. 783) entiende que es “un acto procesal de parte enderezado a mejorar en su favor una resolución judicial o eliminarla, pues se persigue su modificación total o parcial, su revocatoria o su nulidad”.

Mientras (Cafferata Nores, 2003, pág. 588) prefiere optar por la idea de que:

Son vías procesales que se otorgan al imputado, al Ministerio Público, al querellante y a las partes civiles, para intentar la corrección de decisiones judiciales que, por ser de algún modo contrarias al Derecho (constitucional, sustantivo o procesal), ocasionan algún perjuicio a los intereses que encarnan o representan.

El derecho al recurso procura que el condenado se beneficie de un procedimiento judicial que haya agotado todas las posibilidades legales para demostrar que en efecto es responsable del hecho imputado, y que la decisión se ajusta a lo establecido en las normas penales de índole material y procesal; es por ello que para entenderse cumplido, el recurso instituido debe permitir la revisión de la sentencia, lo más ampliamente posible, extendiéndose no solo a las cuestiones de derecho, sino también a las fácticas, con eliminación de trabas y cuestiones formales que hagan imposible su acceso ante un tribunal superior.

La naturaleza del recurso de casación, deriva de su finalidad y efectos. Cuando el propósito es hacer justicia en el caso concreto, se entiende que su naturaleza es jurídica y, si se trata de uniformar la jurisprudencia, la misma es política. Se ha dicho que si el fin es resguardar derechos subjetivos su naturaleza es sustantiva y cuando su fin es determinar el modo de conducta para hacer valer el derecho subjetivo o sea para pedir y otorgar el reconocimiento y eficacia jurisdiccional del derecho, su naturaleza es procesal. De todos modos, es indudable que su estructura es puramente procesal, envuelta en aspiraciones de orden político o constitucional.

(De La Rúa, 1991) puntualiza que:

El fundamento y finalidad de la casación es resguardar el principio de la igualdad ante la ley y de preservar la observación de las garantías de la libertad individual y en

particular del juicio previo en el cual se asegure la defensa, haciendo efectiva la verdadera y amplia interpretación de la regla: juicio no solo previo sino también legal.

La nueva óptica de los fines de los recursos y su expresión como garantía instrumental del derecho de defensa reclama nuevos matices en la interpretación para lograr los fines dikelógicos, lo que significa aplicar la justicia al caso concreto corrigiendo el error judicial cometido (cualquiera que sea su afectación) y el mal funcionamiento de la justicia. Esta variante protege derechos fundamentales del individuo y autoriza a una revisión amplia de la sentencia para rectificar la injusticia.

De todo lo expuesto, puede concluirse que dentro de los fines históricos de la casación se ubican el nomofiláctico, uniformador, dikelógico y el control de logicidad. Se le agregan los de calificación, valoración y el pedagógico; este último por la función educativa que le viene atribuida. En realidad, aunque el recurso de casación cumple en la actualidad, algunos de estos objetivos, puede aseverarse que el fin dikelógico es el que sostiene la tesis que se defiende, construida sobre la base de que a partir del siglo XX el recurso se ha convertido en un derecho del condenado.

Hoy el derecho al recurso implica la posibilidad de que exista una vía efectiva de control del fallo, cuya finalidad persigue la constatación de que la sentencia sea el resultado racional de una decisión justa y válida, ajustada a derecho que permita la verificación del cumplimiento de las garantías judiciales. No obstante, el problema más complejo de la casación penal sigue siendo la consideración de que solo es un recurso de derecho.

1.3 Crisis de la casación como recurso de derecho

En las últimas décadas la teoría de que la casación es un recurso solamente de derecho se ha puesto en crisis, pues esta concepción no garantiza muchas veces la aplicación de la justicia al caso concreto ni permite el cumplimiento de las garantías constitucionales. Esta crisis se centra en varios tópicos, que van desde el progresivo abandono de la función persuasiva o irracionalista de las pruebas, lo que se ha denominado la porosidad entre los hechos y el derecho y la imposibilidad de prevenir las violaciones de garantías sin tener en cuenta los hechos.

Expresado de manera muy original, no es posible desligar los hechos del derecho. De la correcta conformación de los hechos depende el derecho aplicable y difícilmente algún juez pueda realizar un estudio jurídico de casos desatendiendo el cuadro de hechos o relato histórico conformado.

Contra aquella idea irracionalista de las pruebas se viene presentando una concepción racionalista más afín con el debido proceso, lo que implica tratar la inmediación en sede de casación adoptando formas más asequibles a la época actual y poder controlar algunos aspectos de la prueba que no afectan la inmediación, como es el caso de los documentos o dictámenes periciales. Además, en la actualidad existen medios de filmación y grabación que modifican los contextos judiciales y ofrecen nuevas posibilidades de controlar el juicio sobre las pruebas.

En ciertos momentos no es necesario reproducir las pruebas con inmediación y contradicción en presencia de las partes para extraer conclusiones certeras sobre el hecho objeto del proceso, pues se trata de deducciones o de aplicar las reglas de la experiencia, la razón y el sentido común. En ocasiones no se exige ni ofrece garantía adicional que se intente reproducir las pruebas porque no se trata de presenciar o escuchar un testimonio sino de realizar un juicio lógico.

Por otra parte, las inferencias o juicios extraídos de la práctica de las pruebas no forman parte de la inmediación, es decir, existe un aspecto en materia de valoración de las pruebas que es accesible a los jueces de casación y a cualquier persona de pensamiento racional. Dígase, por ejemplo, que los jueces inferiores aseguren que dos personas actuaron de común acuerdo para cometer un delito simplemente porque residen en la misma localidad, lo cual conduce al absurdo de pensar que cualquier persona que viva en el lugar podría ser implicado en el ilícito.

La jurisprudencia colombiana, hablando de la prueba indiciaria en sentencia expedida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de fecha 11 de diciembre de 2013, en el recurso de casación propuesto por Eduardo Beltrán Cuellar y Víctor Manuel Ocampo Roncancio contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior Neiva, refiere:

(Recurso de casación, 2013)

Cuando se cuestiona la prueba indiciaria a través del recurso de casación, ello preliminarmente implica la exigencia de identificar, con total claridad, el elemento de convicción de esa naturaleza sobre el cual se denuncia el error de valoración.

Esto igualmente supone la necesidad de precisar, por tratarse la prueba inferencial de una construcción intelectual del juzgador, en cuál momento de su formación se presentó el yerro, es decir, si en la estructuración del hecho indicador, en la obtención de la inferencia lógica o, en la determinación de la capacidad demostrativa del indicio.

Entonces, si la queja recae sobre el hecho indicador, como de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 286 del Código de Procedimiento Penal éste *“debe estar probado”*, corresponde al impugnante identificar la clase de error de valoración respecto del medio de persuasión en el cual está fundado ese elemento de la prueba indirecta.

Conviene resaltar, que como el hecho indicador se demuestra a través de cualquier medio de convicción, esto implica que los ataques contra él se pueden intentar mediante la denuncia de errores de hecho o de derecho en cualquiera de las modalidades anteriormente reseñadas.

Por igual se hace necesario destacar, que demostrado el yerro de estimación frente al elemento de convicción que soportaba el hecho indicador, se entiende desvirtuada la prueba indiciaria, pues el paso siguiente en su estructuración es eminentemente intelectual, el cual envuelve la existencia de una base material dada por el hecho indicante que, de suyo, ya no existiría en la forma concebida originalmente por el juzgador.

En cuanto hace a la inferencia lógica, como se trata de una labor reflexiva del fallador, su ataque en casación solo puede intentarse alegando errores de hecho por falso raciocinio, lo cual impone adentrarse en los terrenos de la violación de las reglas de la sana crítica. Por tanto, corresponde al censor señalar cómo el juzgador erró en la contemplación de la prueba al desconocer los principios de la lógica, las leyes de la ciencia o las máximas de la experiencia al momento de arribar a la conclusión.

A través de la casación se puede controlar la corrección del razonamiento probatorio, por ejemplo, en caso de haberse condenado a una persona por asesinato por haber utilizado

un arma de fuego para dar muerte a la víctima y a la vista de los jueces de casación aparece el dictamen pericial médico legal que describe que la muerte se produjo por ahorcamiento, sosteniendo el recurrente que se trató de un suicidio y que en ningún momento se utilizó arma de fuego. En tal caso el juez de casación puede poner en duda el razonamiento que condujo al juzgador a afirmar que se disparó con un arma de fuego y para ello no es necesaria la inmediación ni la contradicción .

Otro aspecto que no depende de la inmediación ni la contradicción es corroborar si la prueba de cargo para declarar la culpabilidad de una persona era suficiente o no para desvirtuar la inocencia. El haber encontrado un cuchillo con muestras de sangre en el inmueble del procesado no asegura que sea el responsable del asesinato y en tal caso hay que valorar si existen otras hipótesis que permitan corroborar la tesis de culpabilidad que sostiene el acusador. Quiere decir que deben descartarse las hipótesis alternativas; no hacerlo significa dejar desamparada la presunción de inocencia.

Si el procesado alega que a la hora del crimen se encontraba en otro lugar, los jueces inferiores debieron descartar tal hipótesis y esta operación puede ser controlada en casación. Puede ser verificado por los jueces de casación si las pruebas en que se basan las sentencias de los jueces inferiores fueron obtenidas lícitamente o fueron incorporadas debidamente al proceso.

La prueba pericial no está sujeta generalmente a la inmediación porque son datos que constan casi siempre por escrito y se basan en procedimientos científicos o experiencias y que no son objeto de debates o contradicciones. Cosa distinta es que el peritaje fuera psicológico y esté relacionado con determinados criterios formados a partir de la entrevista del perito con la persona examinada sobre la vivencia de un hecho, en tal caso es más complejo despojarse de la significación que tiene la inmediación.

Ferrer Beltrán ha considerado “porosidad hechos/derechos a la interrelación que existe entre ambos. Se parte de que en realidad los únicos que tienen existencia real son los hechos y el derecho es una creación del hombre para evaluarlos jurídicamente” (Ferrer Beltrán, 2018, pág. 160). Quiere decir que el derecho como parte superestructural

convierte en jurídico todo lo que de la realidad sea analizado desde el punto de vista legal.

Cuando se trata de derecho penal solo puede verse el derecho aplicable a través de los hechos. Una de las particularidades que puede revisarse en casación en sede hechos/derecho es la que deviene de falsedades en documentos, por ejemplo cuando se violan determinados estándares que no permiten calificar la falsedad si no existe el documento falsificado. Si para calificar la falsedad es preciso contar con el documento físico o electrónico y no se tuvo a la vista de los jueces, entonces hay un error de derecho que tiene como base un error en los estándares de prueba para ese delito y por ende existe un error de hecho. (Papayannis & Pereira Fredes, 2013, pág. 261)

Las reglas jurídicas sobre la carga de la prueba pueden ser objeto de control tanto si no había prueba suficiente para la declaración de culpabilidad como si había prueba bastante para desvirtuar la inocencia y no se declaró culpable al procesado. Cuando no había prueba suficiente se vulneró la presunción de inocencia porque la carga de la prueba no alcanzó mérito para enervarla.

El deber de motivación constituye otro aspecto fundamental reconocido tanto en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales y ello consiste en el derecho que tienen los ciudadanos de obtener una resolución fundada, lo que incluye la valoración de las pruebas. Su vulneración puede constituirse en error de derecho si el juez no explicita el razonamiento que ha motivado sus conclusiones.

(Calamandrei, 1959, pág. 196) refiere que:

(...) el único medio para discutir cuál es, en el caso concreto, la precisa voluntad de la ley y su coincidencia con el fallo, es evaluar el razonamiento y la apreciación personal del juzgador, esto es, un medio subjetivo y relativo como ningún otro (...).

La justeza de la decisión pasa por la subjetividad del juez de instancia, por la de los jueces del recurso, así como por los parámetros de justicia que tengan las partes y la sociedad. Los jueces están obligados a distinguir cuáles son los ideales de justicia en su sociedad, los que se encuentran en correspondencia con la ideología que se defiende, como expresión de la conciencia social.

Para poder ejercer el control de una sentencia, es necesario que los jueces de instancia hayan argumentado cada una de sus conclusiones, tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico y deben realizar un conjunto de razonamientos de hecho y derecho que demuestren que se respetó el ámbito de la acusación, que las pruebas valoradas y acogidas son el resultado del juicio oral y que obedeció a un proceso lógico y razonable que se atempera a la experiencia y al sentido común, o sea, que fueron respetados los derechos fundamentales establecidos para el proceso penal.

La motivación fáctica no debe entenderse como una descripción de cómo ha llegado el juez a su convicción. Lo que el juez debe hacer en la motivación es demostrar (justificar) por qué, de los elementos probatorios, es posible inferir certeza respecto a la verdad de la imputación.

Esta obligación del juez de explicar por qué es posible afirmar la verdad de sus conclusiones fácticas tiene consecuencias diversas: En primer lugar, lo obliga a revisar, antes del dictado de la sentencia, sus propias conclusiones, a través de ciertos parámetros racionales; en segundo término, permite un control de la corrección de la decisión judicial, tanto a las partes como a los tribunales superiores, a través del sistema de recursos; y, en tercer lugar, le permite a la ciudadanía un control sobre la corrección de las decisiones de los jueces.

El control de la motivación fáctica constituye un modo indirecto de asegurar el respeto al tribunal de juicio y las reglas que rigen la libre convicción de la prueba. El juez debe justificar por qué fue posible alcanzar convicción, lo que es perfectamente controlable en casación sin violar el principio de inmediación. Así puede comprobarse si existen elementos de prueba y si son legítimas las inferencias realizadas por el juez para razonar su decisión.

En tal sentido, (Florián, 1934, pág. 375) destaca:

Todo control y toda protección (respecto a la libre convicción) se compendian aquí en el deber de motivar las decisiones judiciales, el cual puede ser materia de examen en casación. La apreciación del hecho no puede ser objeto de control o censura; pero esta apreciación no puede ser gratuita, no puede ser, por así decirlo pura y simple, sino que

es necesario que la sostenga y la legitime una adecuada demostración, que puede ser materia de censura por los defectos o contradicciones, en cuanto a la lógica probatoria o al derecho, que en ella se encuentren.

La fundamentación de la decisión judicial es esencial para poder controlar satisfactoriamente la sentencia impugnada respecto a las cuestiones de hecho, de la prueba y el cumplimiento de la presunción de inocencia y del *in dubio pro reo*. La motivación debe ser lógica, respondiendo a las leyes que presiden el entendimiento coherente, constituida por un conjunto de razonamientos armónicos entre sí y congruente, debe guardar adecuada concordancia entre las afirmaciones, las deducciones y la conclusión.

Entre las funciones que se reconocen a la fundamentación del juicio fáctico, figuran:

- a) Evitar la arbitrariedad e irracionalidad en los fallos, pues hace factible lo que se conoce como “control jurídico social” que, como bien sugiere esta expresión, trasciende a los sujetos procesales y propende a la transparencia y democratización del proceso penal.
- b) La mejor realización del principio de publicidad, no ya en su sentido primigenio liberal que entendía a este como mera presencia en el “espectáculo judicial,” sino en su significado de participación ciudadana en la administración de justicia.
- c) El más efectivo ejercicio del derecho a recurrir con el consecuente (y antedicho) control por el tribunal *ad quem* de la estructura racional de la prueba (relación entre pruebas practicadas y hechos declarados probados).

Lo expuesto hasta el momento permite resumir que en definitiva una concepción racionalista de las pruebas, basada en el razonamiento probatorio y el derecho de las personas a un debido proceso exige que en casación no se ponga obstáculos al análisis de hechos poniendo como impedimento la inmediación, pues esta debe estar limitada a la estricta participación en el juicio y no a las inferencias que pueden extraerse de la información que dejan las pruebas.

La relación entre los hechos y el derecho no puede desligarse en su aplicación en ninguna instancia revisora, pues al comprobar la corrección del derecho aplicado, inmediatamente el controlador tiene que trasladarse al hecho y en esa comprobación se encuentra en el deber de revisar el relato fáctico. Si en los hechos no se verifica que A) realizó los actos que describe el tipo penal no podrá sancionarlos y si además del estudio del proceso el juez verifica que no se encuentran respaldados esos hechos en las pruebas, no es justo que no pueda rectificar o mandar a rectificar el error judicial cometido.

Dentro de las infracciones del derecho con trascendencia a los hechos que pueden denunciarse por los recurrentes en estos casos de razonamiento probatorio incorrecto está la presunción de inocencia, la cual tiene amparo procesal y constitucional. Si existe un vacío probatorio o una valoración errónea o arbitraria de las pruebas puede haberse vulnerado la citada presunción.

Puede aducirse por el impugnante la violación de la ley cuando se ha aplicado el derecho sustantivo, ya sea para calificar un delito o apreciar agravantes o atenuantes o para sancionar o ratificar la inocencia, si esa decisión tuvo como base el error de dar por probado unos hechos con violación de los presupuestos procesales que rigen la prueba. Cuando en el orden probatorio se han producido faltas que hayan conducido a una sanción injusta, es oportuno utilizar la casación para enmendar la injusticia y las violaciones al ordenamiento jurídico procesal, constitucional y todo el conjunto de principios, derechos y garantías a un debido proceso.

1.4 Teorías sobre el control de los hechos

Posiblemente deba iniciarse este análisis por lo que significa justicia. El recurso de casación no se establece por el mero hecho de evacuar un trámite, sino en busca de justicia o al menos este debe ser el móvil cuando se interpone el recurso.

El término justicia está nutrido de un sin número de puntos de vista, (Calamandrei, 1959, pág. 197), expresa:

Las ciencias jurídicas implican una responsabilidad y compromiso mayor que las ciencias de la naturaleza, en aquellas se busca la verdad sin preocuparse de otra utilidad, pero la justicia que se busca a través del proceso debe conseguir que la sentencia sea justa o que sea menos injusta o que la sentencia injusta sea cada vez más rara.

El análisis se centra en el recurso de casación porque como se ha visto la doctrina mayoritaria solo permite el control *in iure*. Esto significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y solo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al Derecho material o formal.

“Frente a la prohibición del control de los hechos, se han desarrollado distintas corrientes teóricas: la teoría de la capacidad del rendimiento, la teleológica, la intermedia o menos radical y la tendencia radical”. (Muñoz Conde & García Aran, 2010, pág. 33)

Según la teoría alemana, llamada agotamiento de la capacidad de revisión o capacidad de rendimiento (*Leistungsfähigkeit*), la delimitación entre cuestión de derecho y cuestión de hecho, es reemplazada por la aplicación de un principio de la división de responsabilidades, según el cual el tribunal de casación es responsable por el control de todo aquello para lo cual tenga capacidad de revisión por sus propios medios, sin necesidad de reconstruir el juicio de primera instancia, de modo que las comprobaciones fácticas que dependen de la inmediación y la oralidad son las únicas que permanecen reservadas exclusivamente a la responsabilidad de mérito.

Resultarían no susceptibles de revisión solo aquellas materias de la decisión que están de hecho fuera de examen de otro cuerpo judicial por la ausencia de la inmediación, pero es controlable toda la prueba que no depende de la percepción del tribunal de instancia. Esta teoría deja al tribunal de casación en posición de valorar, de acuerdo con su propio criterio, testimonios y documentos que estén reproducidos en la sentencia del tribunal de instancia y, consecuentemente, restringir el margen de arbitrariedad del poder y ampliar el ámbito de las posibilidades de encontrar la solución legal justa para el caso dado.

Este método de la capacidad de rendimiento implica apartarse un poco de las concepciones tradicionales del tribunal de casación, llevándolo a nuevos límites de

revisión de las decisiones recurridas, sin embargo, afirma que no es suficiente si esa justicia del caso solo va a ser asegurada en la medida en que el tribunal de casación tenga capacidad del rendimiento para garantizarla, sin ningún otro esfuerzo. (Pastor D. R., 2001, pág. 80)

La doctrina de los fines teleológicos de la casación sostiene que, se puede revisar todo aquello que no dependa de una renovación del procedimiento probatorio, sin embargo, no logra esclarecer el ámbito de lo revisable de lo que no lo es, pues no deja de criticar las posibilidades de revisión cuando el examen exige renovación probatoria. Un documento agregado en las actas puede volver a ser valorado por el juez de casación, pues, frente a él, este órgano se halla en la misma posición que el juez de instancia, pero si un testigo, cuya confiabilidad ha sido puesta en duda, fue valorado de forma decisiva en la sentencia, no podría volver a ser escuchado. Respecto a esto, (Pastor D. R., 2001, pág. 82) aduce que: “la distinción teleológica es caprichosa y que, lejos de estar fundada en razones de dogmática, parece estar apoyada en razones de comodidad de los jueces”.

La tendencia intermedia o menos radical acepta la revisión de la exteriorización formal de la convicción del tribunal *a quo* por el *ad quem*. Acepta la censura, cuando en la valoración del material probatorio se incurra en manifiesto absurdo o dislate jurídico. Esta es la doctrina del absurdo creada por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires y que, luego fuese adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la nación en Argentina. (González Novillo & Figueroa, 1983, pág. 17)

(Bacigalupo, 1994, pág. 14), quien es partidario de la tendencia intermedia, apoya el control fáctico, para lo que distingue dos niveles en la valoración de la prueba:

- Un primer nivel, atribuible solo a los jueces de mérito, consistente en la función de fijar el hecho sobre la base de la percepción de la práctica de la prueba en el juicio oral. Es un nivel garantizado por la inmediación.
- El segundo nivel es lo que se denomina estructura racional de la prueba o estructura racional de la formación de la convicción. Consiste en la observancia de las leyes de la lógica, de los principios de la experiencia y de los conocimientos científicos en el proceso de formación de la convicción por parte del tribunal.

Se trata otra vez de la distinción entre la fijación de los hechos probados y la motivación de las conclusiones que se extraen acerca del valor de la prueba percibida, y esta última sería revisable en casación porque la estructura racional de la prueba no está sujeta al principio de inmediación y constituye garantía ciudadana frente al ejercicio arbitrario del poder judicial; el juez es libre para valorarla pero debe cumplir con reglas de la lógica, la experiencia, la ciencia y está obligado a llevar ese razonamiento a la resolución.

(Gómez Orbaneja E. y., 1955, , pág. 249), define que:

“libre valoración” no quiere decir que el juzgador sea libre de seguir su capricho, sus impresiones o sus sospechas, sino que supone una deducción lógica, partiendo de unos datos fijados con certeza, de modo que "prueba libre" no significa, consiguientemente, que los criterios de razón empleados no hayan de pasar a la motivación de la sentencia; que el juzgador no haya de dar cuenta de ellos.

Ciertamente, no puede negarse la existencia de la posibilidad de entrar en el análisis de la convicción del tribunal juzgador, a partir de la debida documentación del proceso (registros del juicio oral) y de la motivación de la sentencia, esta opción, facilita de manera indirecta, el cuestionamiento fáctico porque, si el análisis del tribunal sobre la prueba es ilógico, irracional y alejado de la experiencia y la ciencia, es válido señalar que aconteció una injusticia en la construcción del razonamiento histórico; lo que, además, pone de manifiesto que un error procesal redundará en error de hechos, rompiéndose de esta forma con la intangibilidad del hecho probado.

Por su parte, la tendencia radical defiende la posibilidad de controlar la corrección del hecho fijado libremente por el tribunal de instancia con práctica parcial de la prueba, durante la vista del recurso, y razona que el control de la ilogicidad de la fundamentación de la sentencia es solo un remedio de lo tradicional, en tanto no amplía suficientemente el objeto de revisión de la casación penal lo que impide la eliminación de errores de hecho, razón por la que propone, dentro de ciertos límites, la posibilidad del sancionado de incorporar pruebas en la audiencia del recurso, a fin de demostrar el error fáctico en que incurrió el tribunal de instancia.

Asimismo, defiende una renovación probatoria parcial que, sin llegar a reproducir totalmente el juicio de instancia, permita al agraviado demostrar con pruebas el error en el hecho fijado en la sentencia. Aboga por la impugnación contra la sentencia condenatoria, como derecho fundamental del imputado con toda la amplitud posible, a fin de garantizar la efectiva defensa y evitar los errores judiciales con categoría de cosa juzgada, sin distinguir error de hecho o de derecho. La práctica de la prueba en la audiencia del recurso deberá hacerse, en condiciones de oralidad e inmediación similares a las del juicio de instancia.

La renovación en casación de la discusión, y de la prueba sobre aquellos puntos de la cuestión de hecho que hayan sido impugnados por el recurrente, propicia el dictado de una sentencia integrada que es el producto de un juicio bifurcado en dos grados: uno pleno, sobre la acusación, y otro, sobre la recepción de prueba en casación, limitada a la renovación de aquellas cuestiones históricas y jurídicas que el condenado haya contemplado en su impugnación.

El control de la prueba debe permitirse porque es la vía que tienen los acusados de que sea fiscalizado, por el tribunal del recurso, el cumplimiento de la garantía constitucional de la presunción de inocencia y del principio del *in dubio pro reo*.

1.5 Control casacional de la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*

El derecho moderno se asienta en la universalización de sus fórmulas a partir de la tutela universalmente reconocida de los derechos fundamentales del ser humano. Entre estos derechos se encuentra la tutela penal efectiva, el debido proceso en cuyos márgenes, se encuadran la situación de inocencia y la regla *in dubio pro reo*, que constituyen ejes esenciales del proceso tanto en el juicio oral como en las ulteriores revisiones.

La estimación de la presunción de inocencia ha de hacerse respetando la apreciación de la prueba por parte del tribunal de instancia, lo que supone que los distintos elementos de prueba puedan ser libremente ponderados por el mismo a quien corresponde valorar su significación y trascendencia para fundamentar el fallo, sin embargo, es preciso como mínimo que, ante el tribunal de instancia, haya acontecido una suficiente actividad

probatoria producida con las garantías procesales que, de alguna forma, pueda entenderse de cargo y, de la que se pueda deducir, la culpabilidad del procesado.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamada en Francia expresaba que debe presumirse inocente a todo hombre hasta que haya sido declarado culpable (Artículo. 9). La Declaración Universal de los Derechos Humanos expresa: "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y al juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa". (Organización de las Naciones Unidas, 1948)

Los artículos 8, inciso 2, de la Convención Americana Derechos Humanos y 6.2 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales establecen que ninguna persona puede ser tratada como culpable hasta que se pruebe el hecho que se le atribuye y el Estado, por intermedio de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar su voluntad en esta materia, pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y lo someta a una pena. Lo que ha tenido expresión en las constituciones de los diferentes países.

La jurisprudencia dictada por la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia da cuenta del control casacional de la presunción de inocencia como se señala en el juicio penal No. 1220-2012 – AR, Resolución No. 752-2013 de la cual se citan los pasajes más importantes realizados por el tribunal de casación.-

(Ecuador, Recurso de casación, 2012)

En este sentido y no habiéndose demostrado la participación del ciudadano Martín Sellan Basurto en el delito por el cual se lo condena es pertinente referirnos a la institución jurídica "presunción de inocencia", que por las violaciones en que ha incurrido el Tribunal de Alzada, se ha visto gravemente vulnerada. Luzón Cuesta, citado por Raúl Cárdenas Rioseco señala que: "la presunción de inocencia es un derecho subjetivo público, que se ha elevado a la categoría de derecho humano fundamental que posee su eficacia en un doble plano: por una parte, opera en las situaciones extraprocesales y

constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos; por otro lado, el referido derecho opera fundamentalmente en el campo procesal, con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba”. Nuestra Constitución en el artículo 76 numeral 2, garantiza la presunción de inocencia, debiendo considerarse así a la persona procesada mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

La presunción de inocencia forma parte del bloque constitucional de derechos, porque está asegurado y garantizado tanto en la Convención Americana de Derechos Humanos como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, dispone que: “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, establece en su artículo 14.2 que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”. Los derechos fundamentales adquieren una dimensión procedimental, en la medida que todos ellos deben ser respetados en el proceso judicial, siendo éste ilegítimo e inconstitucional (si no se los respeta en su desarrollo o los vulnera en sus conclusiones, lo que debe afirmarse de modo especial en el procedimiento penal, ya que en él actúa el poder del Estado en la forma más extrema en la defensa social frente al crimen, a través de la pena, produciendo una profunda injerencia en uno de los derechos más preciados de la persona, su libertad personal. Por ello, en el procedimiento penal la persona se encuentra protegida por el derecho a la presunción de inocencia y los demás derechos y garantías del imputado en las diversas fases del procedimiento (investigación, imputación, medidas cautelares, juicio oral, sentencia condenatoria, derecho al recurso). (Ecuador, Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito de la Corte Nacional de Justicia, 2013)

La inocencia como la duda en favor del reo son garantías que pueden ser controladas en casación. Del *in dubio pro reo* basta anotar que, mientras no se desvirtúe toda duda, que no solamente se puede albergar sobre la correcta fijación de los hechos sino, también, del derecho no debe dictarse sentencia condenatoria. Esta intrincada interrelación entre lo fáctico y lo jurídico hace imposible separar el cuestionamiento de los hechos y del derecho.

Al firme convencimiento de que el acusado es verdaderamente culpable se llegará mediante un proceso probatorio, que debe contribuir a la inexistencia de dudas, sobre la responsabilidad penal del acusado y nunca podrá obedecer a puras decisiones de voluntad ni a simples impresiones de los jueces. El *in dubio pro reo*, prohíbe al tribunal condenar al acusado, si no obtiene certeza sobre la verdad de la imputación y, exige al órgano judicial ratificar la inocencia del procesado al no obtener certeza.

Si una sentencia condenatoria se basa en la duda, emitiendo de forma endeble su convicción sobre la culpabilidad del procesado, su motivación sería ilegal y el tribunal que conoce del recurso debe proveer su revocación, e igual acontece, si se hubiera puesto a cargo del procesado la prueba de su responsabilidad. El principio *in dubio pro reo* exige tres requisitos: 1) certeza subjetiva por parte del tribunal acerca de la verdad de la imputación; 2) que esa certeza sea obtenida o al menos justificada partiendo de los elementos probatorios producidos en el juicio; 3) que sea alcanzada mediante inferencias válidas.

La convicción no significa arbitrariedad, en primer lugar, porque la certeza del juez se debe derivar de los hechos examinados en el juicio oral. En segundo término, porque el juez debe respetar los límites de una reflexión sensata, que tradicionalmente se ha enunciado como los principios de la lógica, la psicología y la experiencia.

La sana crítica que sustituyó a la íntima convicción es una exigencia garantizadora adicional, que también tiende a excluir las condenas arbitrarias y la exigencia de la motivación de las sentencias; ha sido considerada una garantía que surgiría del juicio previo y de suma importancia para alcanzar el doble conforme. En el control casacional

del *in dubio pro reo* se exige tanto el examen de la sana crítica racional así como el control sobre las inferencias basadas en el razonamiento lógico al valorar las pruebas.

Mediante la motivación fáctica, el juez deberá justificar por qué existe una pluralidad de confirmaciones de la hipótesis acusatoria, es decir, una pluralidad de elementos probatorios que permitan inferir su verdad, explicar por qué ningún elemento probatorio de los producidos en el juicio permiten refutar la verdad de la imputación y justificar por qué se han refutado las hipótesis de la defensa y otras hipótesis acusatorias más favorables al acusado. La verificación de si la motivación fáctica de la sentencia cumple estos tres requisitos es controlable en casación.

Si el control en casación del *in dubio pro reo* solo puede ser realizado indirectamente a través del control de la motivación fáctica que justifica la certeza, su control en el recurso no viola el principio de inmediación; se trata de evaluar la real certeza adquirida por el tribunal de instancia a partir del análisis lógico, racional expresado en la motivación fáctica de la sentencia condenatoria y coherente con las reglas de la experiencia.

Los parámetros de valoración probatoria en los sistemas procesales modernos siguen siendo:

- El derecho a la presunción de inocencia, según el cual la carga de la prueba de los hechos determinantes de la culpabilidad del procesado corresponde a las partes acusadoras y la condena sólo puede fundarse en una prueba de cargo de suficiente valor incriminatorio, practicada en el juicio oral con respeto a las normas procesales y a las garantías de inmediación, publicidad y contradicción.
- La valoración de la prueba, conforme a la cual los jueces forman su convicción apreciando las pruebas practicadas, sin estar sometidos a reglas tasadas sobre la fuerza probatoria de cada una de ellas.
- La necesidad de ajustarse a criterios racionales y la prohibición de arbitrariedad a la hora de llevar a cabo tal valoración.

Pero el límite de la intervención casacional se encuentra, en la actualidad, en la revisión de la racionalidad de la apreciación de la prueba llevada a cabo por el Tribunal inferior.

La convicción de la que están dotados los componentes de los órganos jurisdiccionales no quiere decir que dispongan de una capacidad omnímoda y arbitraria para establecer sus decisiones, sino que este proceso deductivo obedezca a una línea lógica y racional que ponga de manifiesto que existe un enlace o consecuencia natural entre los antecedentes fácticos reflejados por la actividad probatoria y las deducciones que se extraen de dichos antecedentes.

1.6 Doble conformidad como garantía

La doble conformidad es la posibilidad que tiene todo condenado de hacer uso del derecho a requerir del Estado, un nuevo examen del caso, como una forma de sostenerse satisfecho o conforme con la decisión obtenida, lo que conduce a la exigencia de que, para poder ejecutar una pena contra una persona, es necesario, siempre que lo exija el condenado, un nuevo juicio. En este epígrafe solo se pretende resaltar que esta institución constituye una garantía y con independencia de que exista un recurso de apelación, ello no impide que ante un recurso de casación puedan revisarse de manera amplia el contenido de las impugnaciones donde se incluyan los hechos.

Existen dos criterios para establecer el límite a la doble conformidad. El primero de ellos, el denominado doble conforme o aun triple, según el cual la vía impugnatoria se cierra al obtenerse dos sentencias acordes sobre el objeto del proceso y la tercera instancia procura obtener el conforme con una de las dos instancias anteriores. La segunda posición, denominada de la superior prevaleciente, consiste en que la sentencia del tribunal *ad quem* predomina, como de grado superior, sobre la recurrida por el juzgador *a quo* y, en consecuencia, no hay necesidad de un nuevo recurso. (Carnelutti F. , 2005, págs. 742- 745)

El acceso al doble conforme exige:

1.- La posibilidad de que todo procesado, con independencia del delito que haya cometido, sanción impuesta, su posición, función o cargo, o tribunal que lo haya juzgado y sancionado, la ley le conceda el derecho al recurso.

2.- Que no exista un exceso de trabas y requisitos formales para acceder al recurso que infrinjan la esencia del derecho a recurrir y lo tornen ilusorio.

3.- Que las facultades del tribunal que dictó la resolución impugnada, para inadmitir el recurso, sea limitada, y por razones expresamente establecidas en la ley.

La garantía se encuentra prevista en el artículo 8, apartado. 2, inciso h), de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, al disponer el "derecho a recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior" (Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, 1978), mientras que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala, en su artículo. 14, apartado. 5, que "toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley". (Organización de las Naciones Unidas, 2016) El séptimo protocolo adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos, aprobado en el año 1984, en su artículo 2 refrendó ese mismo derecho del condenado.

También el "Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia penal," dictado entre los años 1990 y 1992, con vista al IX Congreso de Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, conocido como "Reglas de Mallorca", incluyó, en los artículos del 35 al 39, el derecho al recurso del condenado, ante un tribunal superior. Dispuso, además, el establecimiento por los estados de sistemas jurídicos de reparación en los supuestos de error judicial y mal funcionamiento de la administración de justicia, con lo que enfoca el recurso a su fin dkelógico.

Maier Razona que:

El proceso penal no puede ser visto como el típico proceso de partes del Derecho privado, por lo que no opera para él las reglas de la autonomía de voluntad que son típicas del proceso civil, razón por la cual el imputado no puede disponer íntegramente de su condena, ni aun en vía recursiva; esto motiva que el Derecho procesal penal aprovecha todas las oportunidades posibles para intentar la corrección de vicios o errores que puedan afectar al imputado, de forma tal que incluso en aquellos casos en

que sea solo el fiscal quien recurre, el tribunal tiene libertad, e incluso la obligación, de alterar los límites fijados por el recurrente, siempre que dicha modificación beneficie la situación del procesado. (Maier J. , 1996)

En el tema de la conformidad con el fallo entran en juego las tesis de única, doble o múltiple instancia. La tesis de la intangibilidad del hecho probado constituye la base conceptual de la única instancia, definida la instancia como la posibilidad integral o semiintegral de practicar las pruebas y decidir sobre los hechos debatidos.

Si bien algunos estudiosos consideran que la única instancia es la adecuada otros por el contrario entienden que la doble e incluso la múltiple instancia son necesarias. En este trabajo se defiende la idea de que al menos debe existir una doble instancia, pero si existen más, cuantas veces sea establecido un recurso, siempre el fin tiene que ser la justicia y ello implica que el juez debe tener la oportunidad (porque es inevitable incluso para él) sino de practicar las pruebas, al menos evaluar los hechos probados. Los que defienden la múltiple instancia alegan que:

- La múltiple instancia tiende a corregir los errores de la imperfección humana. El juez en su calidad de ser humano, puede cometer errores.
- Tiende a asegurar la aplicación de la buena justicia, corrigiendo las posibles imperfecciones cometidas por el juez.
- Presupone la existencia de un tribunal superior que generalmente es colegiado, forjando de esta manera seguridad a las partes, debido a la intervención de dicho tribunal.
- Y, la existencia del tribunal superior el cual cuenta con mayor experiencia limita las posibilidades de error.

Los contrarios a esta posición sostienen que la múltiple instancia da lugar, a que las partes utilicen los recursos para dilatar y dificultar los juicios, no hay razón para suponer que los magistrados del tribunal superior tengan mayor ciencia o rectitud trayendo al mismo tiempo pérdida de tiempo, energías y mayor costo y para fundamentar sus afirmaciones, señalan:

- Evita las dilaciones de mala fe.
- Consta de mayor celeridad.
- Al ser rápida no genera gastos económicos.
- Evita el descrédito para la justicia, de ahí que prevé impedir las contradicciones entre jueces.

La doble instancia es aquella en que las resoluciones definitivas pueden ser trasladadas a un tribunal superior para que realice un nuevo juicio si lo cree necesario con la consiguiente práctica de las pruebas, lo que se corresponde con el tradicional recurso de apelación. En la medida que el juez que controla pueda revisar el proceso y su objeto se está en una nueva instancia, caso contrario solo podrá revisar el derecho aplicado en la sentencia.

En el proceso penal, las garantías procuran asegurar que ninguna persona pueda ser privada de defender su derecho vulnerado y reclamar su reparación ante los órganos jurisdiccionales; y que no sea sometida por el Estado, ni a una pena arbitraria por haberse dictado sentencia contraria a la justicia, al contener errores en lo fáctico y en lo jurídico, por no haberse probado la participación del acusado en los hechos o no se respeten las leyes procesales destinadas a comprobarlo o se realice una inadecuada interpretación de los delitos e instituciones concebidas en el Código Orgánico Integral Penal.

La existencia de los recursos es una notable garantía de justicia, al permitir que una sentencia, viciada por errores de diversa naturaleza, pueda ser subsanada y evitar el error judicial en la sentencia firme, lo cual significa que una sentencia que haya sido examinada repetidas veces tiene mayores posibilidades de estar ajustada a Derecho que la dictada a través de un solo grado de jurisdicción, cuando es asentada por las partes y estiman que no hay necesidad de impugnación (Vazquez Rossi, pág. 365)

Según (Pastor D. R., 2001, pág. 15)

Se puede decir que desde ahora el recurso contra sentencia condenatoria, para poder satisfacer eficazmente el derecho del imputado de reprobársela, debe ser tan amplia como los demás principios de garantía judicial de los derechos fundamentales lo permitan y que no son un obstáculo ni las limitaciones legales impuestas al recurso para cumplir

objetivos que nada tienen que ver con su finalidad principal, que es la de asegurar un medio de reprobación de las decisiones judiciales más graves dictadas en contra del imputado, ni las razones coyunturales de carencia de medios y personal (....). Igualmente, la ampliación necesaria del recurso comprende también, sin llegar a la renovación del juicio, la realización en el trámite del recurso de la prueba que sea indispensable para demostrar la eficacia del agravio presentado por el imputado.

Un recurso realmente eficiente deberá garantizar el conocimiento no solo de derecho, sino también del hecho porque, en última instancia, el error de derecho susceptible de recurso tendrá que ser trascendente a los hechos y no puede entenderse una justicia escindida en dos mitades: de hecho y de derecho porque, entonces, no es justicia.

En los presupuestos del doble conforme antes analizados, no basta con su configuración en la norma procesal, sino que también es determinante la posición que tengan los jueces en la interpretación de esta, y en la capacidad de evolucionar el pensamiento, a medida que las propias condiciones lo permitan, porque el juez no es un mero aplicador del derecho, sino que tiene la misión de interpretar y aplicar la ley al caso.

Conviene hacer énfasis al concluir este capítulo que la evolución del recurso de casación lo ha ido alejando, aunque con bastante dificultad, del original cuño francés que lo creó como medio de control de la ley y vigilancia a los jueces. Las reformas provocadas a partir del surgimiento de la Organización de Naciones Unidas, lo fueron transformando hasta convertirlo en un derecho del condenado y en un medio eficaz contra el error judicial y la injusticia cometida en el caso concreto.

En este trabajo y para el futuro del Ecuador se demanda que el recurso de casación se despoje de las limitaciones que lo presentan en la actualidad como un acto agobiante, retórico e innecesario y se transforme en un medio efectivo de justicia al caso concreto por el cual puedan denunciarse las garantías procesales vulneradas cualquiera que estas sean.

No importa lo que fue el recurso de casación, lo que interesa aquí y ahora es lo que será, con las nuevas tecnologías, con la filmación y grabación de los juicios, con los avances en la esfera científica y profesional de los juristas. Tampoco corresponde detenerse en

el esfuerzo intelectual que requerirá de los jueces o en los cotos pues en vanidades, e invalores los Estados invierten millones de recursos que no merecen ser comparados con uno de los principales valores del ser humano, la justicia.

La justicia, como se observa en el siguiente capítulo implica dignidad, igualdad, seguridad y libertad y esos paradigmas forman parte la de la Constitución vigente. Mucho más costo genera la injusticia, las cárceles, el hacinamiento, las familias que quedan desprotegidas por falta de sustento y apoyo económico, cuando quizás pueda verificarse de los hechos y de las pruebas que la persona procesada no era culpable.

CAPITULO II:

EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL ECUADOR

Aunque el presente capítulo se encuentra dirigido fundamentalmente a la situación del recurso de casación en el Ecuador, su posibilidad de entrar en el tema de la prueba y su valoración en relación también con los hechos probados, es preciso en ocasiones citar algunos autores no nacionales y sentencias extranjeras al solo efecto de confrontar los pronunciamientos jurisprudenciales, pues la comparación jurídica resulta trascendental en tan complejo asunto teórico. Se toman referentes de Latinoamérica y España porque en estos países todavía se generan profundos debates en torno a esta cuestión.

2.1 Los recursos en el Ecuador

En relación con el derecho a la recurribilidad en materia penal en el Ecuador no existía una verdadera doble conformidad judicial hasta el año 2009, fecha en que se pone en vigor la reforma al Código de Procedimiento Penal y se introduce el recurso de apelación en contra de las sentencias condenatorias dictadas en delitos de acción penal pública y hasta entonces los inconformes tenían que acudir únicamente a través del medio de impugnación que era el recurso de casación y que tampoco contenía en su artículo 349 del Código de Procedimiento Penal la prohibición expresa de hacer revisión de los hechos.

En efecto, en el año 2009 como resultado de la aprobación de la Ley Reformativa al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal, Ecuador decidió introducir la reforma del artículo 343.2 y a partir de entonces podía interponerse recurso de apelación contra todas las sentencias que declararan tanto la culpabilidad o la inocencia del acusado. Es así que se estimaron satisfechas las garantías que en el orden internacional se estaban demandando, la admisibilidad del recurso solo estaba enmarcada en haberlo establecido en tres días, y se permitía una revisión de lo fáctico y lo jurídico así como la posibilidad de revisar la corrección del procedimiento seguido hasta llegar al fallo.

Visto así, hasta parece inútil entrar a valorar la casación como recurso exclusivo de derecho. Con autorizar este recurso para cuando se hubiera realizado una falsa

aplicación de la ley o se hubiera malinterpretado, o por contravenir expresamente su texto bastaba para alcanzar la justicia, sin embargo, este capítulo se encarga de poner de relieve el agobio que resulta de la casación actual, pues se considera que solo existen dos alternativas, o se autoriza la casación como forma de garantía de verdadera y plena justicia o se elimina por reiterativa, innecesaria, costosa e ineficaz.

Aunque el recurso de casación regulado en el año 2000 no era nuevo, pues como expresa (Cueva Carrion, 2006):

(...) El recurso de casación en materia penal, fue introducido, por primera vez, en el año 1928, mediante las reformas al Código de Enjuiciamiento Criminal dictadas por el doctor Isidro Ayora, Presidente Provisional del Ecuador, reformas promulgadas en el Registro Oficial N° 761, de 5 de octubre de 1928.

Los juristas ecuatorianos conocían, utilizaban y aplicaban lo relativo al recurso de casación. Este se ha mantenido en todos los Códigos de Procedimiento Penal que se han puesto en vigencia hasta la fecha, salvo en algunos pequeños espacios de tiempo y con ligeras modificaciones.

Solo el Decreto Supremo N° 192, promulgado en el Registro Oficial N° 763, de 17 de marzo de 1975, suprimió el recurso de casación y, en el Código de Procedimiento Penal de 1983 nuevamente se introdujo y se mantuvo en el Código de Procedimiento Penal del año 2000; es decir, desde la fecha de su implementación hasta hoy, el mencionado recurso, no rigió por el lapso aproximado de ocho años. En ninguno de sus momentos, el recurso de casación ha autorizado la revisión de los hechos objeto del proceso. Este es el esquema que se ha mantenido hasta la vigencia del Código Orgánico Integral Penal de 2014 puesto en vigor el día 10 de febrero de ese año.

En la actualidad, la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 169 establece que:

El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará

la justicia por la sola omisión de formalidades. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Más, ha constituido una preocupación constante en el ejercicio de la abogacía en el Ecuador el tema de la posibilidad de impugnar los hechos y la valoración de las pruebas en casación, pues el Código Orgánico Integral Penal (COIP) en su artículo 656, prescribe:

Procedencia.- El recurso de casación es de competencia de la Corte Nacional de Justicia y procederá contra las sentencias, cuando se haya violado la ley, ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente.

No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba. (COIP, 2014) (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014)

Este segundo párrafo del precepto 656 ya viene transitando por fuertes debates procesales que se trasladan desde posiciones muy flexibles a otras extremadamente rígidas. Con estas dos líneas del artículo antes mencionado se ha cerrado el paso a que los jueces de casación puedan revisar el error de hecho y la valoración de las pruebas.

Aunque algunos autores estiman que esto se realiza con el propósito de atemperar el recurso de casación a las tendencias “actuales” y alejarlo de todo parecido a una tercera instancia, sin embargo, ya estas tendencias ni son tan actuales ni se corresponden con las garantías constitucionales que el propio Ecuador ha expuesto en su ley fundamental. La casación está siendo objeto de fuertes embestidas por su formalidad y esquematismo. La doctrina más progresista insiste en que existen nuevos paradigmas para aplicar el recurso de casación pues ya no es lo que era antes, como apunta (Guasp, 1950, pág. 109) en la siguiente afirmación:

El recurso no cumple una función exclusivamente nomofiláctica o uniformadora, sino que, básicamente, desempeña una función procesal, de respuesta o satisfacción jurídica de las pretensiones de las partes, en la que no sólo está en juego la defensa de la

legalidad, sino que, como en todo proceso, se trata de hacer justicia en el caso concreto. Y, de modo coherente con esta concepción, la casación debe dar lugar a la posibilidad de denunciar el error de hecho en la apreciación de las pruebas, con el que, aunque de forma restringida, posibilita la revisión de los hechos declarados probados por el Tribunal *a quo*.

Es cierto que las vías recursivas varían de acuerdo al sistema procesal adoptado y a la totalidad de la propia organización procesal penal. No puede hablarse de impugnaciones en el Ecuador sin tener en cuenta que el sistema de justicia penal se encuentra construido sobre la base de un principio acusatorio en el que las partes en igualdad de condiciones acuden ante un tercero imparcial a litigar con carácter contradictorio y adversarial sobre diferentes tesis.

“Mas, ya la anacrónica fórmula de que el recurso de casación tiene una finalidad política o simplemente se busca uniformar la jurisprudencia ha sido superada y lo que se pretende hoy día es aplicar la justicia al caso concreto”. (Pastor D. R., 2001, pág. 25) Puede ser peculiaridad de los regímenes autoritarios reducir el recurso de casación a cuestiones eminentemente de derecho objetivo pasando por alto la injusticia concreta y reconocida en una sentencia, pero eso no es propio de un Estado constitucional de derechos y justicia social, en que se proclama el cumplimiento de todo un conjunto de garantías y derechos individuales frente al poder penal del Estado, cuyo fin último es alcanzar la paz social y esta paz social se la alcanza dictando sentencias justas.

La cuestión de uniformar la jurisprudencia también ha dado muestras de obstaculizar el verdadero sentido de la justicia en el caso concreto porque muchas veces a fuerza de cumplir determinados criterios jurisprudenciales que obedecen a otras circunstancias los jueces cometen crasos errores judiciales, en razón de que lo que se aviene a un caso no le sirve a otro. Esto sucede además del respeto y cautela que merece la materia penal en el orden de la legalidad; aquí se está dilucidando el derecho a la libertad de una persona que realizó u omitió realizar un acto específico en determinado contexto muy preciso y los jueces no deben jamás abandonar un mandato legal para seguir la jurisprudencia.

En ocasiones los jueces se atan a la jurisprudencia cuando no existe necesidad de utilizarla como fuente del derecho, pues donde la ley es clara ni siquiera hay que interpretar, mucho menos acudir a otras fuentes. Si bien en otros sistemas los criterios de la jurisprudencia constituyen fuente directa, incluso por encima de la legalidad, no es el caso de la justicia ecuatoriana donde no se predica una justicia consuetudinaria.

No se ignora que el sistema de justicia penal se encuentra precedido del recurso de apelación antes de la casación. Estas son las razones por las que la mayoría de la jurisprudencia ecuatoriana ha seguido el criterio tradicional de que la casación es un recurso extraordinario, limitado a unos motivos tasados de control de la aplicación del derecho por los jueces inferiores para fundamentar sus fallos, en lo cual no ofrece espacio para una eventual revisión de la prueba. Así viene pronunciándose desde hace más de 15 años o al menos no se aprecia desde 2003 hasta el año 2018 que esta realidad cambie a favor de posibilidad de impugnar hechos y pruebas en casación, pese que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica en Sentencia de 2 de julio de 2004, refiriéndose a la casación sobre los hechos, entre los puntos destacados y concernientes con la investigación, señaló:

(Casación sobre los hechos, 2004)

Art. 137.2 Respecto del derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior (artículo 8.2.h de la Convención) y del derecho a la protección judicial (artículo 25 de la Convención), los representantes manifestaron que:

a) el recurso de casación no es un recurso pleno, sino que es un recurso extraordinario. No autoriza la revisión completa del caso en los hechos y en el derecho, sino que se resuelve en diversos y complicados formalismos, lo cual es contrario al artículo 8.2.h de la Convención. El recurso de casación no permite la reapertura del caso a pruebas, ni una nueva valoración de las ya producidas, ni ningún otro medio de defensa que no esté comprendido en la enumeración del artículo 369 del Código Procesal Penal de Costa Rica;

139.1) Respecto del derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior (artículo 8.2.h de la Convención) que:

a) la Convención exige que el sistema jurídico interno prevea un medio de impugnación para recurrir el fallo y que el recurso sea resuelto por un juez o tribunal en grado superior al que dictó la sentencia. La segunda condición no es controvertida. La Corte no exige que el recurso previsto debe ser ordinario, solo exige que debe constituir una “verdadera garantía de reconsideración del caso” y que la existencia de una vía recursiva no basta si no cumple con dicho objetivo. Ni la Convención ni la Corte exigen que el recurso deba ser el de apelación. El recurso de casación cumple las condiciones que debe tener un recurso para adecuarse a las exigencias de la Convención. “La Convención no exige que el Estado disponga de una segunda instancia- entendida esta como una revisión plena del fallo dictado por el “a quo”; a lo que obliga es a que los Estados le garanticen a los ciudadanos la existencia de una vía a través de la cual se pueda revisar el pronunciamiento del juez o tribunal de primera instancia y que permita que mediante ella se pueda reconsiderar verdaderamente el fallo”;

b) los tribunales de casación se entregaron a la tarea de desformalizar el recurso de casación en sus propios pronunciamientos, y se puede apreciar que en ellos se afirma la necesidad de eliminar las restricciones que provoca una excesiva formalidad. Incluso se ha llegado al punto de variarse, bajo ciertas circunstancias, el cuadro fáctico de la sentencia de primera instancia;

e) “es cierto que el recurso de casación mantiene limitaciones- como lo sería la intangibilidad de los hechos probados- y que no resulta una revisión plena, pero la Convención no lo exige.”

158. La Corte considera que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona.

161. De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos¹¹⁵, se debe entender que el recurso que contempla el artículo

8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos, sino que éstos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos¹¹⁶.

164. La posibilidad de “recurrir del fallo” debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho.

165. Independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida.

167. En el presente caso, los recursos de casación presentados contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 no satisficieron el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior. Esta situación conlleva a que los recursos de casación interpuestos por los señores Fernán Vargas Rohmoser y Mauricio Herrera Ulloa, y por el defensor de éste último y apoderado especial del periódico “La Nación”, respectivamente (supra párr. 95. w), contra la sentencia condenatoria, no satisficieron los requisitos del artículo 8.2 h. de la Convención Americana en cuanto no permitieron un examen integral sino limitado.

168. Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado violó el artículo 8.2.h. de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa.

198. Por otro lado, este Tribunal considera que, dentro de un plazo razonable, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido en el artículo 8.2. h. de la Convención Americana, en relación con el artículo 2 de la misma. (Casación sobre los hechos, 2004)

El esquema inflexible de la casación se irá desdibujando poco a poco y cada día tendrá que ir cediendo paso a valores y fines más diáfanos como es la justicia y conforme a lo

señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso usupra, que tienen que ir sufriendo una profunda transformación por impulso del reconocimiento constitucional del derecho fundamental a la presunción de inocencia -cuyo impacto en la prueba penal ha sido revolucionario-, también por la obligación de motivar las sentencias y de la constitucionalización del derecho al recurso en materia penal como parte del debido proceso, todo cuanto permite ampliar los límites del recurso de casación y de la revisión del material probatorio, y por el respeto y sujeción a la convencionalidad a la cual está sometida el Ecuador por formar parte del pacto.

Con independencia del recurso que se establezca, sea apelación o casación pueden aparecer a la vista del juez algunos referentes vulnerados que trascienden al orden constitucional y se corresponden con derechos fundamentales: la situación de inocencia y el principio *in dubio pro reo*. Estas reglas además se encuentran contempladas en la legislación supranacional, y han sido aceptadas por el Estado Ecuatoriano, lo cual le obliga a protegerlas en su ordenamiento jurídico interno y por supuesto a garantizarlas legal y jurisdiccionalmente.

La justicia penal de hoy se edifica sobre estos nuevos pilares, de inocencia, *in dubio pro reo* y el derecho de que toda condena se someta al doble conforme. No puede la justicia contemporánea escudarse por simple comodidad y juicio superficial a denegar la admisión o acogida de un recurso en el que se han violado los derechos constitucionales teniendo como fundamento que el recurso de casación es un recurso extraordinario de derecho, sin más argumentos. En efecto, el recurso de casación es limitado y extraordinario según reza de la norma contemplada en el Art. 656 del Código Orgánico Integral Penal, que determina tres hipótesis por las cuales se puede presentar el recurso de casación, a saber:

Cuando se haya violado la ley, ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente. No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014)

Sin embargo, el artículo 657 *ibídem*, señala “El recurso de casación podrá interponerse por los sujetos procesales, de acuerdo con las siguientes reglas: 6. Si se observa que la sentencia ha violado la ley, aunque la fundamentación del recurrente sea equivocada, de oficio se la admitirá” (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014), es decir, que de acuerdo a la normativa interna al juzgador en calidad de garante de los derechos fundamentales de la persona humana si le otorga ciertas prerrogativas para que case la sentencia de oficio y para hacerlo el juez de oficio inclusive entra a conocer hechos conforme se ha evidenciado en múltiples casos resueltos por la Corte Nacional de Justicia.

2.2 El recurso de casación. Objeto y límites.

Como se había citado anteriormente el segundo párrafo del Código Orgánico Integral Penal en su artículo 656 deja inmersos a los profesionales del Derecho en una profunda polémica sobre la cuestión de hechos y las pruebas. Se discute arduamente acerca de si debe o no revisarse la valoración de las pruebas o los hechos que se derivan del caso en concreto en casación.

Lo que viene ocurriendo es que se continúa restringiendo la casación a sus fines originales tales como uniformar la jurisprudencia, consagrar el imperio de la legalidad y solo se resuelven las peticiones de las partes que no pueden estar destinadas a cuestionar la prueba y los hechos. Sin embargo, el carácter instrumental del proceso, define que el propósito esencial es servir a la aplicación del derecho sustantivo y a la realización de la justicia. Cuando la sentencia fue injusta, en el fondo se vulneró la inocencia y se ha declarado culpable a un sujeto que no había ejecutado el ilícito o se declaró inocente a quien no lo era. ¿De qué sirve el recurso de casación si no puede dar respuesta a la injusticia que se plantea?

Según consideraciones de algunos jueces de la Corte Nacional de Justicia (*Vid.* Causa o. 13254-2012-0144. recurso de casación seguida por el delito de Asesinato de fecha 16 de noviembre de 2017) no es posible que existiendo un recurso precedente deba convertirse la casación en una apelación cuando aquella realizó un estudio completo del proceso y no de la sentencia. La Corte fundamenta que: “El recurso de casación es técnico y extraordinario, no constituye una tercera instancia; por lo que el recurrente,

debe expresar en la audiencia oral, pública y contradictoria, cómo y de qué forma se ha violado la ley (...)" (Ecuador, Corte Nacional de Justicia, 2017)

Otros, en oposición manifiestan:

Es la historia de la atribulada búsqueda de una identidad, ya que originariamente no debía siquiera ser un órgano jurisdiccional, sino paraleglativo: custodio de la ortodoxia normativa, de la interpretación única y verdadera de la ley; después se ha convertido en juez de la legitimidad del proceso; ahora, se está transformando en juez último del hecho. Por tanto, la casación ha irrumpido victoriosa en la antaño ciudad prohibida de los hechos. (Igartua Salaverría, pág. 42)

Si bien puede aceptarse que la inmediación que tuvieron los anteriores jueces no puede alcanzarse en la actual casación, hay algo que no merece discusión y es que la inocencia es una cuestión de derechos fundamentales, que necesita ser atendida como también lo es la duda, una cuestión que queda en la mente de los jueces y que se encuentra vinculada a la valoración de las pruebas. El más mínimo razonamiento puede autorizar a los jueces a acceder a la protección de estos derechos del procesado.

Cualquier Corte puede amparar un derecho fundamental que está siendo vulnerado, cualquiera que fuere el recurso establecido contra la sentencia. Así lo han defendido algunos autores en pronunciamientos como el que sigue:

Como vía más destacada, la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite al Tribunal de casación constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: 1º. una prueba de cargo suficiente; 2ª. una prueba de cargo que haya sido constitucionalmente obtenida; 3º. una prueba de cargo que haya sido legalmente practicada y 4º. una prueba de cargo que haya sido racionalmente valorada. Estos cuatro parámetros permiten una amplia revisión del juego probatorio y, en consecuencia, el recurso de casación ha ensanchado sus límites, al menos, en lo que se refiere a la impugnación de sentencias condenatorias. (Cachón Villar, 2006, pág. 22)

¿Cuáles deben ser entonces los verdaderos límites de la casación? Se conoce que no es factible que un procesado tenga una, otra y una tercera o cuarta oportunidad de repetir los mismos elementos en varias audiencias porque en algún momento hay que

alcanzar la finalidad del proceso, pero si existen aspectos revisables en casación que pueden conducir a restablecer garantías y permitir un fallo justo. De todas formas, lo más difícil es que legalmente se regule este tipo de recurso y Ecuador puso a disposición de las partes inconformes la casación, entonces solo hay que fructificarla.

Una buena síntesis de los límites de la revisión casacional de la prueba está en el auto del Tribunal Supremo español de 14 de septiembre de 1994 (RA 7386), Montero, cuando afirma que:

(Límites de la revisión casacional, 1994)

1 La prueba producida en el juicio oral sólo es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observancia por el Tribunal de los hechos de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos".

2 Por el contrario, son ajenos al objeto de la casación aquellos aspectos del juicio que dependen sustancialmente de la inmediación, o sea, de la percepción directa de las declaraciones prestadas en presencia del Tribunal de instancia" (STS 11-9-92, RA 7215).

3 El derecho a la presunción de inocencia abarca también a la revisión de la legalidad de las pruebas y a la cuestión de si se han producido de tal manera que el Tribunal *a quo* está autorizado a valorarlas.

4 El cuestionamiento de la ponderación del Tribunal en la prueba pericial ha de basarse en la infracción de la ley que impone apreciar la prueba conforme al criterio racional.

Los límites están condicionados por la inmediación y, por lo tanto, es ajeno a la censura casacional. No obstante, más adelante se observa que la inmediación merece enfoques diferentes vinculados a la grabación y filmación del contenido del juicio oral.

En los propios límites expuestos se revelan varios elementos susceptibles de revisión que antes solían pasar inadvertidos. No es solo la tecnología lo que viene revolucionando la casación, es el Derecho como ciencia, lo relativo la valoración de los testimonios o a los procesos de formación y exteriorización de la convicción son reglas de Derecho

probatorio que han sido estudiadas científicamente y sin ignorar que la valoración de las pruebas si tiene que concretarse al caso concreto estas teorías permiten enriquecer el acervo de conocimientos en materia de pruebas.

Los jueces de casación se suponen mejor preparados que los de las Cortes inferiores para comprobar si estos procesos se realizaron conforme a las reglas de la razón, la experiencia, el sentido común, el orden natural de las cosas y de los acontecimientos, los conocimientos de otras ciencias y las reglas de la sana crítica racional.

2.3 El control de los hechos y la prueba

La variante de que desde la casación pueda examinarse el proceso de obtención, práctica y apreciación de las pruebas que hicieron los inferiores es un tema bastante polémico. (Gómez Orbaneja E. y., 1968, pág. 261) expone que:

El fin de la casación en lo penal -lo mismo que la casación en lo civil- es la revisión de la aplicación de la ley hecha por los tribunales de instancia, el contenido propio del recurso de casación, se limita, "partiendo de los mismos hechos fijados en la sentencia, a examinar la concepción jurídica del fallo, o bien, desentendiéndose del sentido de éste, la regularidad del proceder que ha conducido a él".

En este análisis comienzan a jugar su rol las cuestiones relativas al hecho, la motivación probatoria, los juicios de inferencia realizados; los derechos fundamentales a la inocencia, la tutela judicial efectiva, el debido proceso o simplemente a la cuestión de la duda razonable. Todo este arsenal de instituciones que hay que resguardar pone en crisis la teoría de que en casación no puede atacarse la prueba ni los hechos, la apelación puede ser más amplia o limitada en el Ecuador, pero el recurso en general como institución procesal, cualquiera que este sea debe dar paso a la justicia.

Sin despojar a la casación de su atributo de no poder practicar ante la Corte Nacional de Justicia las pruebas , aun sin esa intermediación directa existen modos de controlar la decisión anterior, incluso si aquel acto de práctica de pruebas en el que el juez actuó en contacto directo con testigos, peritos y procesados fue correcto porque hoy existen modos, formas objetivas de evaluar a los juzgadores que participaron en el juicio o

audiencia oral .La filmación aparece como un medio idóneo para observar lo mismo que vio y escuchó el juez inferior.

La sana crítica es otro componente fundamental, pues a partir de que es imperativo el deber de motivar como resguardo al debido proceso, pueden los jueces de casación evaluar el tratamiento correcto a las reglas de la lógica y la razón y como llegaron a conformar un cuadro de hechos. En este control pueden realizar el juicio sobre el juicio de inferencia, evaluar las deducciones del juzgador y reevaluar la gran premisa de lo fáctico. Claro que requiere mayor esfuerzo y que es más fácil rechazar los recursos de casación o declararlos inadmisibles a tenor del segundo párrafo del artículo 656. El mito de que la inmediatez depende de los sentidos quedo atrás con las nuevas tecnologías.

La ley no solo abarca el silogismo jurídico de derecho sustantivo en que se comprueba que el hecho queda subsumido en un tipo penal o figura de delito. El primer silogismo que debe construir el juez es entre las pruebas y el hecho y esa construcción debe realizarse conforme a la ley, a la valoración de las pruebas practicadas en el juicio, a las pruebas válidamente obtenidas, a juicios admisibles y no arbitrarios y con entidad suficiente para desvirtuar la inocencia del procesado.

Las faltas denunciadas con motivo de violaciones a la inocencia, al debido proceso, con violación de la intimidad, la correspondencia, la intervención de las comunicaciones no solo constituyen violaciones de la ley en el ámbito procesal sino que comportan derechos constitucionales. De modo que el facilismo en rechazar los recursos por resultar que no se trata de recurso de derecho es ilegítimo y no se corresponde con el derecho de las personas a obtener la protección jurisdiccional que demanda la tutela judicial efectiva. Habría que analizar si es mayor violación de la ley haber calificado como homicidio lo que era asesinato o haber condenado por homicidio a quien era inocente.

2.4 Inmediatez, filmación y grabación

Nadie se cuestiona en la actualidad los beneficios que aporta la inmediatez en el proceso penal. Procesados, víctimas, testigos y peritos acuden ante los jueces a prestar información, sin embargo, la inmediatez como todo fenómeno de la vida social no es, ni ha sido analizada en la forma en que se define en la actualidad. Su efectividad y

trascendencia a la valoración de las pruebas y a la fijación de los hechos se encuentra influenciada por numerosos factores.

En el sistema inquisitivo la inmediación se destacaba por “la mejor calidad de la apreciación de la prueba, representada por el hecho de que el juez que había decidido en primera instancia, hubiera sido, además, el instructor de la causa y gozando así del máximo de inmediación en todas sus fases.” (Ibañez, 2001, pág. 5). Se afirmaba que:

La inmediación permite al juez una mejor apreciación de la prueba, especialmente de testimonios, inspecciones judiciales, indicios. pero, significa, también, que el juez no debe permanecer inactivo, ni hacer el papel de simple órgano receptor de la prueba, sino que debe estar provisto de facultades para intervenir activamente en las pedidas por las partes y para ordenar oficiosamente otras. (Devis Echandia, 1974, pág. 128)

En los juicios de hoy la inmediación sigue siendo valiosa bajo otras concepciones, el juez no busca las pruebas, no tiene que instruir, más bien se exige que el juez que interviene en la decisión no puede participar en etapas anteriores, esto es lo que lo convierte en imparcial. Al juez solo le queda valorar el material probatorio practicado en juicio que solo abarca la prueba personal, dígase la prueba testifical y la deposición del procesado (la pericial si el perito comparece ante los jueces) en la medida que la percepción sensorial del juez es útil para declarar sobre la credibilidad de la declaración prestada por el deponente.

La casación se ha visto limitada por la inmediación durante mucho tiempo y aun en muchos países las constancias del juicio oral son escritos o actas del resultado de las pruebas practicadas. De esta forma no es posible llevar al acta las apreciaciones que producen en los jueces las pruebas personales, como son los gestos, formas de expresar, la seguridad con que depone un testigo, y siendo de este modo será difícil sustituir el valor que da la inmediación al juez de instancia para declarar la culpabilidad o inocencia del procesado, mas hoy en el Ecuador existen medios de filmación y grabación y tal circunstancia modifica los límites de revisión del órganos casacional.

Respecto a las pruebas basadas en documentos, en resultados de dictámenes periciales, constancias de las inspecciones del lugar del suceso, fotografías, estas

pueden evaluarse por cualquier otro revisor como lo hizo el primero porque los documentos conservan la misma forma y concisión que al momento de su otorgamiento. Es cierto que los gestos, la forma en que declara un testigo, la rapidez de las respuestas que ofrece tienen un valor incalculable, pero si existen los medios tecnológicos pueden ser apreciados por el órgano de. En algunos casos esa filmación transmite más al superior que a los jueces de instancia. casación (Bacigalupo E. , 1994, pág. 378)

Cabe reevaluar los conceptos en que se centraba hasta hace muy poco tiempo la inmediación, el valor agregado que poseía el hecho de que los jueces captaran con sus propios sentidos las pruebas es sensible a un nuevo estudio, pues los jueces de casación pueden observar las pruebas practicadas en tanto las cámaras y equipos de filmación suelen ofrecer panoramas muchas veces más amplios y abarcadores, incluso pueden ver cómo los jueces inferiores realizan el juicio , las preguntas y hasta la atención que han prestado a los testimonios . Esta es una verdad que nadie puede opacar y que cambia la perspectiva de la inmediación en casación.

La grabación o filmación del juicio oral, es el medio para superar el obstáculo creado por el principio de inmediación y romper las trabas contra la imposibilidad de evaluar los hechos en la casación. Los jueces de la Corte Nacional pueden comprobar lo ocurrido con una percepción directa del resultado de las pruebas personales (inmediación pasiva); entonces no se podría hablar de una falta total de inmediación por parte del juez de casación, aunque ciertamente estará limitada la inmediación activa, sin embargo, siempre los jueces de casación estarían en mejor posición para evaluar en el caso concreto.

(Schuneman, pág. 97) hace hincapié en:

La desventaja del juez que controla, quien no está en condiciones de poder hacer al testigo preguntas adicionales o críticas; señala que es importante que la parte indique cuáles eran las preguntas decisivas o que no se le hicieron y que tal interrogatorio defectuoso impide otorgarle fuerza probatoria a dicha declaración; es lo que este autor denomina “impugnación por no haberse agotado el medio de prueba en la primera instancia”.

El autor menciona dos soluciones: bien que decida tomar declaración nuevamente al testigo, o bien que revoque la sentencia y remita nuevamente la cuestión a la instancia “para realizar una completa producción de la prueba agotando todos los medios existentes”

Agrega (González A., 1996)

El único desmedro de garantías que puede señalarse al sistema oral es que el tribunal altere la versión de las pruebas recibidas en forma arbitraria y significativas para el fallo. No obstante, este peligro queda fácilmente conjurado con un doble registro magnetofónico de las audiencias, guardándose las cintas en sobre lacrado y firmado por las partes (....)

Para: (Llobet Rodríguez, 2009, pág. 656):

La grabación del juicio tiene importancia para analizar los reclamos, pero no propiamente para que se realice una nueva valoración de la prueba con base en los mismos (...) y “esta tiene especial relevancia cuando se reclama que un testigo dijo algo diferente a lo que se consignó en sentencia, siendo ello esencial o bien cuando no se consignó algún aspecto de relevancia relacionado con su declaración, (...) para determinar limitaciones que haya sufrido la defensa en sus intervenciones, o bien precisar la intervención del Tribunal quebrantando el principio de imparcialidad.”

Contrario a este criterio se encuentra

Que propone que se pueda utilizar la grabación del juicio, de modo que permita al tribunal realizar una nueva valoración de la prueba, en este mismo sentido se pronunció Luis Paulino Mora en la sesión de Corte Plena 38 de 2004 de 13 de diciembre de 2004, en la que expresó: “Creo que la única forma de solucionar este tema es casualmente con una grabación y filmación con voz e imagen del debate, para que el tribunal de casación pueda revisar la misma prueba, rehacer el cuestionamiento sobre ella y valorarla, aún más la podría valorar de manera diferente (De Luca, 2006, pág. 283)

No todos los procesalistas, le conceden la posibilidad de control amplio en casación, a partir de los registros magnetofónicos, ya que sobre este aspecto (González A., 1996, pág. 17) opina que:

Estas cintas de grabación del desarrollo de la audiencia, solo pueden ser utilizadas en casación cuando las partes aleguen que el tribunal alteró el contenido de las pruebas al momento de dictar sentencia o hubiera omitido examinar algunos aspectos esenciales, sin que implique que la casación sustituirá la valoración de esa prueba, sino solo controlará la forma en que lo hizo el tribunal de instancia, para verificar el respecto de las reglas de la sana crítica y el deber de fundamentación.

(García Ramírez, 2019), comentando el caso Mendoza contra Argentina y lo manifestado por la Corte en cuanto a que la doble conformidad judicial, plantea:

Que lo anterior supone un reexamen de gran alcance, que pudiera afectar la observancia de la inmediación procesal principio que cede frente a la exigencia de revisión integral, empero, este problema se puede resolver aunque la corte no ha ordenado a los Estados una forma específica de hacerlo recurriendo a los apoyos tecnológicos que moderen la distancia entre los medios de prueba y el juzgador que practica la revisión.

El artículo 145.4 del Código Procesal Penal de Colombia establece que el juicio oral deberá registrarse íntegramente, por cualquier medio de audio y video o en su defecto audio que asegure fidelidad y añade que el registro de juicio servirá únicamente para probar lo ocurrido en el acto de juicio oral, para efectos del recurso de apelación. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014)

El artículo 464 del Código Procesal Penal de Costa Rica (Costa Rica, Asamblea Legislativa de la República, 1996) “regula que el tribunal de casación apreciará la procedencia de los reclamos invocados en el recurso y sus fundamentos, examinando las actuaciones y los registros de la audiencia; de modo que pueda valorarse la forma en que los jueces de instancia valoraron la prueba y fundamentaron su decisión, 2), de no tener registros suficientes para realizar esa apreciación, podrá reproducir en casación la prueba oral del juicio que en su criterio sea necesaria para examinar la procedencia del reclamo, 3) y la valorará en relación con el resto de las actuaciones, de igual manera podrá valorar en forma directa la prueba que se haya introducido por escrito al juicio. Este artículo fue adicionado mediante la Ley 8503 de 28 de abril de 2006, publicado en Gaceta Oficial de la República, No. 108, de 6 de junio de 2006.

Venezuela, en el artículo 463 del Código Orgánico Procesal Penal, regula que cuando el recurso de casación se fundamente en un defecto de procedimiento sobre la forma en que se realizó, de manera distinta a como se señala en el acta de debate o sentencia, se podrá promover, en el escrito de interposición fundamentación, la prueba de medio de reproducción o registro del juicio oral contemplada en el artículo 317, si no es posible el uso de tal medio, se podrá promover la prueba testimonial.

Como se aprecia, la grabación del juicio oral es una de las vías posibles para compatibilizar el principio de inmediación con la casación, ahora no es lo mismo una grabación detallada en la que se aprecian las facciones de la cara y los gestos y demás expresiones del rostro, que una imagen lejana o poco nítida, en la que no se ven los rostros de los declarantes, que una imagen.

La filmación y grabación permite al órgano que resuelve el recurso, determinar con mayor amplitud, y certeza la coherencia entre el resultado de las pruebas y la sentencia, si se utilizaron correctamente las reglas de la lógica, la experiencia y si fueron realizadas sobre bases científicas. Por otra parte permite evaluar si las apreciaciones expuestas por los jueces inferiores se corresponden ciertamente con lo acontecido en el acto de juicio oral, e incluso, podría ser posible modificar los hechos probados, revocar la condena declarada en la sentencia, si le fuera suficiente con la inmediación pasiva.

(López de Quiroga, 2007, pág. 21) asegura que con la filmación se puede verificar la denuncia sobre si la valoración de las pruebas personales se hizo por el tribunal de juicio de forma incorrecta o si los hechos no se corresponden con lo acontecido y probado en ese acto, y se haría sobre bases más objetivas. En relación con las pruebas ya practicadas, el recurrente puede solicitar la reproducción de la grabación de la prueba practicada que particularmente le interese.

De este epígrafe puede concluirse que los jueces del recurso de casación pueden controlar la valoración de las pruebas mediante el examen de la grabación y la filmación de los juicios. Las actuaciones grabadas permiten un control de las pruebas practicadas aun cuando el juez de casación no se encuentra presente y si bien no puede sustituir al juez que la

practicó, se produce un conocimiento y observación completa de las pruebas y de los sujetos que la protagonizan suficiente para valorar el caso.

Es cierto que no es posible la contradicción en casación, pero si es relevante en el control casacional apreciar la contradicción que hubo durante la realización de la audiencia. Esta sería una mejor opción que reproducir determinadas pruebas en una nueva audiencia oral, y lo peor sería pasar por alto esa grabación o filmación que se hizo del juicio.

2.5 Pronunciamientos de la jurisprudencia

El propósito de este epígrafe es establecer cuál es la situación actual, en cuanto a la revisión de la valoración de la prueba en la jurisprudencia ecuatoriana y doctrina de la Corte Constitucional y verificar hasta qué punto las transformaciones que ha experimentado el recurso de casación en la etapa contemporánea han producido un acercamiento a un nuevo criterio revisor.

En el primer caso que se examina, la Corte Nacional de Justicia con fecha 16 de noviembre de 2017 declara improcedente el recurso de casación planteado por JEVIC en la causa no. 13254-2012-0144 seguida por el delito de Asesinato en la que el recurrente alega la violación del debido proceso, tanto del Tribunal de instancia, como de la Corte de apelación, en cuanto a los artículos 75, 76.1.7 literales, a, b, c y g; 77.7 literal a). Solicita que se evalúen los criterios para valorar la prueba, la sana crítica que debe ser utilizada por los jueces que ha sido vulnerada y refiere que se le ha sancionado solo sobre la base de indicios.

Al responder al recurso planteado la Corte de casación argumenta:

(Recurso de casación, 2017)

La doctrina enseña que la casación contemporánea es un recurso extraordinario para la interdicción de la arbitrariedad tanto en lo que afecta al control de la observancia de los derechos fundamentales como para la unificación de la jurisprudencia” (Andrea Martínez, citada por César San Martín en “Derecho Procesal Penal” T. II.).

Y continúa:

(..), este Tribunal de casación, considera que el juicio de reproche formulado por el recurrente, referente con la sentencia impugnada, lo que se pretende o se busca, es que en violación del principio de taxatividad se vuelva hacer una nueva valoración de la prueba, lo que por mandato expreso de la ley le está vedado hacerlo, pues cada etapa procesal en el sistema penal ecuatoriano tiene su momento oportuno para realizar ciertos actos procesales y una vez concluido el mismo en la siguiente etapa y más aún en casación que es sumamente riguroso, técnico y extraordinario no se puede invadir la esfera de una etapa prelucida a no ser que del contexto del recurso se evidencia que se ha violado la ley por cualquiera de las causales expresamente determinadas en este caso en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, más de los argumentos esgrimidos por la defensa técnica del procesado lo único que se infiere es que se vuelva hacer una valoración de la prueba.

Como puede observarse, con independencia de la razón que en el fondo tengan los jueces para no acceder a las peticiones formuladas, siguen atados a una doctrina reducida a los fines nomofiláticos de la ley y uniformadores de la jurisprudencia. Se convive con la divergente dicotomía entre la ley y su aplicación: Por una parte una constitución que profesa nuevos paradigmas y garantías mientras el control judicial que se realiza se encuentra apegado a los más obsoletos fundamentos que pueden tolerar la injusticia declarada en los hechos de una sentencia de órganos inferiores. (Recurso de casación, 2017)

Así también se manifiesta en el proceso número 17721-2016-1217 resuelto en fecha 3 de septiembre del 2018 por la Corte Nacional en el que fundamenta:

De los criterios jurídicos antes expuestos, se establece que el recurso de casación se caracteriza por su tecnicismo y excepcionalidad, en tanto, se dirige y limita a analizar la sentencia de segunda instancia, a fin de establecer si en ella se ha violado la ley por alguna de las causales expresamente determinadas en la normativa adjetiva penal -contravención expresa, indebida aplicación, errónea interpretación-; al Tribunal de Casación, no le compete pronunciarse sobre errores relativos a la tramitación de la causa, conocidos como errores "*in procedendo*", los cuales tienen una vía de impugnación distinta, esto es, nulidad y apelación -segunda instancia- que

inexorablemente debió haberse agotado previo a la interposición del recurso de casación, ergo, existe ya un pronunciamiento al respecto. Además, debe precisarse que en sede de casación, por imperativo legal, está prohibido volver a valorar prueba.

(...) La casación es un recurso limitado. Permite únicamente el control *in iure*. Esto significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y sólo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al Derecho material o formal (...). (Recurso de casación, 2018)

Es importante recordar que los jueces de casación pueden situarse respecto al medio de prueba en la misma o similar posición en la que se encontraban los anteriores con el único límite de la inmediación y por el cúmulo de impresiones directas que ésta lleva consigo. Sin embargo todos conocen que la barrera de la inmediación empieza a resquebrajarse a causa del avance científico en cuanto al sistema de grabación, y filmación de los actos judiciales y por los avances de ciencias como la psicología, que han llevado a cabo numerosas aportaciones sobre la valoración de los testimonios y la detección de los errores y falsedades en ellos, tanto inconscientes como conscientes, contribuciones que empiezan a ser conocidas y valoradas por los juristas.

El proceso penal hoy no es lo que era antes, pues en esta materia se produce la influencia del reconocimiento del derecho al recurso en materia penal, garantizado en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el derecho fundamental a la presunción de inocencia y la exigencia constitucional de motivación de las sentencias y del debido proceso.

De los compromisos internacionales, y de la constitución se debe provocar una modificación del tratamiento de la casación, a través de la interpretación favorable al derecho al recurso, que ha llevado a la superación de viejas rigideces formales, elevadas a mito y carentes de aptitud para negar tal derecho. En lo que afecta al tema de este estudio se reclama un ensanchamiento de los cauces del recurso en materia de revisión de los hechos o al menos una posición más abierta en favor de la justicia.

En el caso 3 (1651-2016) que se trae a valoración, la Corte Constitucional contiene el pronunciamiento que citó de la Corte de casación en el mismo sentido que los precedentes

La Corte de Casación había fundamentado de la forma siguiente:

La casación debe interponerse únicamente con base y motivos previstos en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, en tanto y en cuanto, no cualquier clase de inconformidad con la sentencia es susceptible de ser recurrida por esta vía extraordinaria, en vista de que, la naturaleza y esencia del recurso de casación, es corregir los errores, que al momento de aplicarse el derecho, cometen los juzgadores de segunda instancia; de ahí, que los parámetros para determinar la existencia de dicho error, vienen dados por las normas que contienen las causales taxativas para la presentación y fundamentación del recurso.

En tal sentido de argumentos, dado que la voluntad de los recurrentes no puede ser suplida por este Tribunal, las normas a las que se han referido, al englobar garantías constitucionales, tipos penales que determinan la sanción a la conducta típica, antijurídica y culpable y de la forma de valoración de la prueba, aceptar su pedido de procedencia del recurso, implica directamente a que este cuerpo colegiado esboce un criterio tendiente a un nuevo examen del acervo probatorio, lo cual, como ya quedó explicado a lo largo de esta resolución, es improcedente. (Recurso de Casación, 2016)

El texto de la sentencia de casación es explicativa por sí misma de lo que se ha venido reiterando en cuanto a la intangibilidad de los hechos y las pruebas pero en la resolución de la Corte Constitucional en su parte dispositiva termina revocando el fallo de la Corte de casación por falta de motivación, derecho fundamental que ha servido muchas veces para rescatar los derechos violados a la persona procesada. Suele apreciarse en ocasiones la falta de motivación con trascendencia a los hechos.

La sentencia que no dé respuesta a las cuestiones de hecho o de derecho planteadas deja a su destinatario en franco y absoluto estado de indefensión y en la ignorancia acerca de cuáles fueron los caminos transitados por quienes la dictaron para llegar a la

resolución adoptada. Una sentencia que no informe los por qué de las decisiones no solo vulnera la ley sino el derecho a la tutela judicial efectiva que esperan todos los ciudadanos de sus jueces.

Una sentencia necesita de la explicación pormenorizada y exhaustiva de las pruebas que condujeron a declarar la culpabilidad de una persona o a ratificar su estado de inocencia, para que el justiciable pueda conocer cuáles fueron las pruebas que llevaron a los jueces a formar convicción, por qué les concedió crédito a una y desestimó otras, las razones por las que descartó las hipótesis de inocencia planteadas, por qué acogió las documentales o por qué descartó los testimonios de descargo o cuál fue la valoración que realizó de los peritajes. Todas estas cuestiones son puntos cardinales de la motivación de la valoración de las pruebas, denunciables en casación.

La motivación de los hechos no significa repetir lo que ocurrió en el juicio y describir lo que declaró una u otra persona sino las razones por las que se le concedió crédito o no a las deposiciones, así como con el resto de las pruebas. El juez tiene que indagar sobre las razones por las que un testigo puede tener motivos para imputar cargos falsos a otros o el grado de calificación o experiencia de un perito y evaluar tal información en el caso concreto. Eso es lo que debe consignar en la sentencia, no como ocurre muchas veces que se copia lo que el testigo manifestó. Eso no es valorar las pruebas, el testigo puede decir algo incierto por muchas razones pero determinar si esa es una versión cierta o no es misión del juzgador.

Una razón más para abrir paso a que se revise la valoración de las pruebas en casación son esas deficiencias que subsisten en la materia de apreciación y motivación de la valoración probatoria. La sentencia de fecha 16 de noviembre de 2017, del Tribunal de Garantías Penales de la Corte Provincial de Manabí, en que se dicta sentencia condenando según el artículo 450 numerales 1 y 4 del Código Penal refleja las limitaciones del juzgador.

Cuando va a expresar las razones por las cuales concede valor probatorio a las declaraciones prestadas en juicio, lo que realiza es repetir lo que dijeron las personas en audiencia oral, acción que como se ha insistido no es motivar sino redundar en lo que se

escuchó durante el juicio.

En lugar de redundar en lo que depuso el procesado, la sentencia debió explicitar los elementos de cargo que le permitieron concluir que fue él y no otra persona quien provocó la muerte de la víctima sobre todo porque después de la descripción que se cita, solo expuso un conjunto de razones por las cuales las pruebas que propuso la defensa no se practicaron y finalmente lo sancionó a una larga pena de reclusión. También se encuentra la sentencia insuficientemente motivada en cuanto a la versión de hechos que ofreció el procesado, sin que exprese por qué razones se descarta su declaración y las de los testigos que aseguran que el día de hechos se encontraba en otro lugar.

Si bien la versión de que estaba en otro lugar al momento del crimen puede ser una coartada frecuente, también puede ser verdadera su declaración, entonces el juzgador debe explicar con elementos de entidad suficiente las razones por las que afirma que no fue otra persona la responsable del delito. La sentencia no es convincente y no deja fuera de toda duda que la persona procesada haya dado muerte a la víctima.

Por su parte el proceso penal 286-2014 seguido por un delito de peculado previsto en el artículo 257 constituye un ejemplo clásico de abuso de doctrina en detrimento de las peticiones de la partes. Tan extenso es el rebuscado teórico de la sentencia que se pierde en disquisiciones doctrinales referentes a autores de otros países y no resuelve concretamente los agravios de las partes, algunos de ellos vinculados a la inconformidad con el proceso de valoración de las pruebas.

El mismo tiempo que invierten los jueces en llevar al texto de las sentencias doctrinas que en ocasiones no tienen relación con los agravios denunciados puede ser utilizado para fundamentar si las pruebas que constan en el proceso son suficientes para dejar establecidos los hechos. La sentencia que se cita contiene 29 citas textuales de autores y leyes que no ayudan a la comprensión del fallo.

El análisis de la Corte de casación comienza diciendo

La casación tiene naturaleza anulatoria. (Humberto Fernández, *La casación en el sistema penal acusatorio*, Bogotá, Editorial Leyer, Cuarta edición, s.f., p. 26. Véase también:

Francesco, Carnelutti, *Derecho Procesal Penal*, México, Oxford University Press, 1999, p. 174; Francesco, Carnelutti, *Cómo se hace un proceso*, Bogotá, Editorial Temis, Tercera edición, 2012, pp. 33- 40). Se origina en los ordenamientos jurídicos de la revolución francesa del siglo XVII, mediante la ley número 27, de primero de diciembre de 1790, dictada por la Asamblea Nacional, que creó un Tribunal de Casación para anular aquellos procedimientos violatorios expresados en las sentencias.”

La falta de aplicación de una norma jurídica cuyo supuesto de hecho concuerda con la narración del contenido fáctico; y, la indebida aplicación de una norma de derecho cuyo supuesto de aplicación no se ha generado en el caso sometido al juzgamiento del tribunal de instancia. (Irving Copi y Cari Cohén, *Introducción a la Lógica*, 1995, Limusa Noriega Editores, Segunda Edición, México, pp. 615-619.

El resultado de aplicar la regla a los hechos conducirá a la sentencia. También véase a Roberto Lara, *Argumentación Jurídica e Investigación en Derecho, en Observar la Ley. Ensayos sobre la Metodología de la Investigación Jurídica*, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, 2006, Editorial, Trotta, España, pp. 69-81) (Recurso de Casación, 2014)

Respecto a las faltas procesales denunciadas por los recurrentes , entre ellas la de la sana crítica y la valoración de las pruebas, las respuestas concretas se hacen incomprensibles en medio de tanto andamiaje teórico y en cuanto a la materia sustantiva que se impugna se copian los artículos de las leyes pero no se relaciona con el caso, cuando es tan simple responder, por ejemplo, que de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal se exige para el tipo calificado la condición de servidor público y caso contrario, se exprese que no se exige tal condición.

No es lo mismo citar la doctrina para un trabajo científico que aplicar la doctrina a un caso concreto; lo que tiene que hacer los jueces es expresar cómo se aplica en el caso la teoría. La necesidad de mayor o menor argumentación la demanda el caso mismo y la conflictividad que genere en los profesionales adoptar una u otra posición teórica, pero si el servidor público se apoderó de dineros que tenía bajo su custodia y disposición por razón de sus funciones, no es preciso desarrollar las doctrinas de la participación en el delito para justificar que es autor por ejecución, sobre todo si existen otros aspectos que

se encuentran impugnados y que si merecen fundamentación.

A pesar de la extensión de la sentencia dictada no expresa argumentos respecto a la inconformidad del recurrente con la sana crítica y el debido proceso. Es probable que la sentencia citada no pueda operar sobre el convencimiento de sus verdaderos destinatarios que son los ciudadanos comunes que no conocen ni comprenden la doctrina del Derecho.

Acontece otro tanto con el hecho de que los jueces inferiores no exteriorizan su valoración de las pruebas. Si lo que se realizó fue describir lo que ocurrió en el juicio dando a conocer las palabras que ofrecieron los declarantes entonces, no pueden los magistrados de casación valorar el componente de inferencias y deducciones que en la conciencia de los jueces se formó para declarar la culpabilidad porque simplemente los controladores no tuvieron acceso a ese proceso deductivo.

Los documentos pueden ser aceptados o rechazados por su contenido, por la veracidad de su texto, por su autenticidad o legitimidad en correspondencia con otras pruebas; los dictámenes periciales son más convincentes en correspondencia con los procedimientos para su realización o de la conservación de la cadena de custodia. Los testimonios pueden tener mayor validez por la desvinculación del declarante con la persona procesada o la víctima y así deben explicitar su análisis los jueces.

Lo más peliagudo de enfrentar es la inadmisibilidad de los recursos de casación pues si la Corte Nacional no profundiza en las peticiones, la casación de oficio tiene pocas oportunidades de declararse. En el caso 04334-2016-00834 de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador resolviendo el recurso de casación en un delito de tránsito donde se produjo la muerte de una persona en su parte decisoria expresó:

En mérito del análisis expuesto precedentemente, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, concluye que el recurso de casación propuesto por el procesado JGIA, pese a ser presentado en el término de ley, pero por las motivaciones señaladas y al no cumplir con los requisitos de admisibilidad exigidos por el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal y al sustentarse el recurso de casación formulado por el procesado en petitorios de valoración probatoria y revisión de hechos y no expresa de

manera idónea cuáles son los fundamentos legales que constituirían su soporte como dispone el fallo de triple reiteración contenido en la Resolución No. 10-2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, se INADMITE el referido recurso. (Recurso de Casación, 2016)

Sobre tal pronunciamiento puede hacerse un llamado a la reflexión sobre el acceso a la justicia. Siempre que se establece un recurso, convendría que la Corte de Casación en la medida de lo posible flexibilizara la admisión de la impugnación para conocer los motivos de la inconformidad.

El fallo de triple reiteración contenido en la Resolución 11 de fecha 17 de agosto de 2015 pone un freno a la vía recursiva en casación. Se expresa que

El Código Orgánico Integral Penal respecto del recurso de casación permite la admisibilidad si el recurrente cumple todas las exigencias de fondo y de forma pero en el caso de que este incumpla estos parámetros con pedidos de revisión de hechos o nueva valoración de las pruebas, se le debe rechazar y ordenar su devolución al tribunal de origen. (Recurso de Casación, 2015)

La propia sentencia refiere que solo es admisible en casación el recurso cuando contiene un tema exclusivamente jurídico y en el caso de que sea admitido se convoca a audiencia de fundamentación. Como la casación de oficio solo procede si se ha realizado la audiencia oral de fundamentación del recurso pues les sería imposible a la Corte Nacional de Justicia conocer de las violaciones de la valoración de las pruebas porque si el recurrente no encuentra un motivo de puro derecho sustantivo para impugnar el fallo no tendrá oportunidad de que los jueces constaten el error de hechos y de pruebas.

Las resoluciones que sirvieron de base a este fallo de triple reiteración fueron dictadas en el juicio 197 de 2015 sobre admisión; 507 de 2015, 475 de 2015, 581 de 2015, 407 de 2015, 43º de 2015, 627 de 2015 que se concretan en que “los pedidos de revisión de los hechos del caso concreto o de nueva valoración de las pruebas son causas de inadmitirlo o rechazarlo”.

Con estos pronunciamientos de la jurisprudencia en el Ecuador y con la normativa que prevé el artículo 656.2 del Código Orgánico Integral Penal quedó cerrado el cauce para optar por cualquier variante de justicia que pretenda que el órgano de casación penal entre a conocer de los hechos y las pruebas. Quiere decir que el contorno en que se ubica la casación en el Ecuador ofrece poca oportunidad a los inconformes para ejercer el derecho al recurso libremente.

2.6 Fundamentos para una reforma procesal

No se está ajeno a los avances que ha tenido el procedimiento penal ecuatoriano en lo concerniente a garantías, pero el artículo primero de la Constitución de la República le impone al Ecuador el deber de velar e instituir leyes en correspondencia con ese postulado (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008). Esta situación tiene sus implicaciones objetivas y una de ellas es alcanzar la justicia de la cual se encargan los órganos jurisdiccionales y una de las instituciones para alcanzarla son los recursos.

Si el ordenamiento jurídico previó el recurso de casación y se conocen las falencias que en orden procesal todavía padece el sistema acusatorio y adversarial, debe ofrecerse la oportunidad de flexibilizar la casación vigente, al menos para que las partes puedan dar a conocer los errores judiciales de las instancias inferiores.

Uno de los fundamentos esenciales se encuentra resumido en un valor constitucional y universal: la libertad. La necesidad de proteger la libertad de las personas como otro valor fundamental exige que antes de que un sujeto inicie el cumplimiento de una sanción debe haber agotado todas las posibilidades de que se confirme su responsabilidad penal pues este valor supremo debe encontrarse resguardado no solo por él sino por el Estado y sus órganos. La pérdida de la libertad de una persona significa una extraordinaria afectación a su familia, a su propia vida y a la sociedad.

Todo condenado debe poseer la libertad jurídica de exponer de la forma más amplia posible sus inconformidades. En este recurso de casación debe tener la oportunidad de pedirle al Estado que controle integralmente el asunto tanto desde el punto de vista de hecho como del derecho, aunque no se reproduzcan las pruebas. Ni la realidad es estática ni el Derecho tampoco, las normas pueden cambiar porque el escenario ha ido

modificándose y a veces la justicia parece haber quedado detenida en el tiempo mientras las tecnologías le llevan siglos de ventaja.

Ecuador ha expresado en las leyes la voluntad de proteger no solo la libertad sino también la dignidad, igualdad de todos los ciudadanos, el derecho a la defensa, todos los que en su conjunto refuerzan la necesidad de introducir modificaciones normativas en el recurso de casación. Estas demandas no pueden cumplirse si no se concientiza la factibilidad de lograrlo a través de cambios en los paradigmas de justicia, es cierto que se aumentarán los costos judiciales y los jueces deben ser más capaces. La época en que era casi imposible enfrentarse al *ius puniedi* del Estado se ha ido atenuando, muestra de ello es el debido proceso como conjunto de principios, derechos y garantías relacionadas con el derecho de defensa.

El valor dignidad que consagra la Constitución y el Código Orgánico Integral Penal consta del reconocimiento del procesado a conocer de la acusación, a defenderse en audiencia oral, pública y contradictoria ante jueces imparciales, en la que se dicte una sentencia basada en pruebas objetivas, racionalmente valoradas y motivadas y donde finalmente se le conceda la posibilidad de mostrarse inconforme. Solo así podrá decirse que se ha estado ante un proceso digno y respetuoso de los derechos de las personas. Aunque la presente investigación se ha ocupado especialmente de la persona procesada, el valor dignidad puede revelarse de los artículos 1, 11, 33, 45, 57, 158,408 de la Constitución y en los artículos 4, 378, 473 del COIP en favor de todos los intervinientes en el proceso.

Se reconoce expresamente a la defensa y el principio de legalidad (artículo 76 de la Constitución y artículo 5 inciso 1 del COIP), al establecer como premisas de que nadie puede ser encausado ni condenado, sino por el tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y con las formalidades y garantías que ellas establecen. Puede inferirse de este postulado el derecho al recurso y el de presunción de inocencia, porque dentro de las formalidades y garantías que exige el orden legal, opera la valoración de las pruebas que se le presentan por la acusación ante el tribunal, que obligan a ese órgano a que se le demuestre la existencia del delito más allá de la presencia de simples indicios, pruebas circunstanciales y de la propia confesión del procesado.

El principio de legalidad, como método de organización y estructuración de la sociedad, a través del ordenamiento jurídico, ofrece a los ciudadanos que la conforman, certeza y seguridad jurídica. Los tribunales en el control que realizan de la sentencia de los tribunales de instancia, velan por la constitucionalidad y legalidad de los pronunciamientos y actuación de los órganos inferiores.

La seguridad jurídica regulada en el artículo 82 de la Constitución, es trascendental para sustentar el derecho a un recurso amplio porque representa la confianza de los ciudadanos en su sistema de justicia, es una garantía macro, universalmente reconocida. El ciudadano en general debe estar tranquilo, debe tener confianza en su sistema judicial que debe ofrecer una adecuada seguridad jurídica, no solo por el contenido de las leyes procesales que le permitan obtener esa confianza, sino por la actuación de los jueces dirigida a alcanzar la justicia.

La posibilidad de lograr la tutela judicial efectiva a partir de las modificaciones que se proponen propiciaría el cumplimiento de la igualdad de todos los ciudadanos, que proclama la Constitución en tanto, todas las personas, tendrían amplio acceso a la revisión integral de su condena. Estos valores constituyen derechos fundamentales y la garantía de que el Estado no conculque estos derechos en el ámbito de los recursos es la posibilidad de control pleno del proceso penal.

La propuesta más inmediata sería modificar el segundo párrafo que establece “No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba” y en su lugar se amplíe el ámbito de revisión de la casación a los hechos y de valoración de las pruebas así como la violación de sus garantías de presunción de inocencia, *in dubio pro reo* y el derecho a obtener una sentencia lógica en su fundamentación fáctica.

Incorporar un artículo que prevea que los recurrentes u oponentes podrán acompañar al escrito de interposición del recurso documentos acreditativos de la falta denunciada. En el orden de interpretación los jueces de casación podrán valorar las pruebas que no son el resultado de la inmediación del juez de instancia así como la motivación de la valoración de las pruebas que se haya realizado por los jueces de inferior jerarquía.

No faltarán críticas a la proposición que se realiza sobre todo por el temor a abandonar la tradicional fórmula de inadmitir o rechazar los recursos que constituye hoy un freno a las impugnaciones. Algunos incluso pudieran repetir escenas como las del Ministro Rocco en 1930 abriendo paso a la *reformatio in peius* para impedir que los acusados establecieran recursos de apelación. Según él, no se podía consentir que apelaran sin el riesgo de que se reformara en peor la sanción. (Quintero P, 2001, pág. 116)

Para muchos autores, estas propuestas desnaturalizan la casación y traen consigo el serio peligro de convertirla en una tercera instancia. Se entiende que existe mayor conflicto si se consiente una sentencia injusta. Lo que se trata es de remediar de algún modo la arbitrariedad en la apreciación de la prueba o de la inadecuada motivación, propiciada por una interpretación abusiva de la distinción entre hechos y derecho.

2.7 Comparación jurídica

La comparación jurídica no puede ser encerrada en los estrechos marcos de una tabla en que se describan unas u otras normas jurídicas; sobre todo porque ya se conoce que las normas jurídicas de casación han sido redactadas de forma limitada y no permiten defender la idea que se quiere en este trabajo que es revolucionar la casación a partir de la necesidad de justicia concreta.

Comparar significa diferenciar o asemejar los criterios teóricos, jurisprudenciales y normativos. Como se han abordado una serie de criterios doctrinales de diversos autores extranjeros en el orden doctrinal solo se quiere insistir en la conclusión del Doctor de la Universidad de Buenos Aires del área de Derecho Penal, Daniel Roberto Pastor de nacionalidad Argentina, nacido el 30 de junio de 1962. Se acotan sus datos tan solo para establecer que se está refiriendo a un penalista moderno, joven, latinoamericano y uno de los más progresistas y reconocidos en la esfera del Derecho Penal.

El Doctor Daniel Pastor en su texto sobre “Evolución histórica y futuro de la casación penal” concluía textualmente:

Se puede decir que los fines para los cuales fue pensada la casación desde los albores del Estado de derecho moderno hasta la finalización de la segunda guerra mundial no

son hoy defendibles. El fin político de la casación (defensa de la ley y unificación de la jurisprudencia y, con ello, el aseguramiento de la vigencia uniforme del derecho objetivo) es una quimera, pues no son revisadas todas las sentencias ni existe un tribunal supremo de casación. Tampoco el fin de hacer justicia en el caso individual puede ser cumplido adecuadamente con la configuración clásica de la casación, más que fragmentariamente, dado que se trata de un recurso limitado. Pero ciertas restricciones a la revisión de las comprobaciones fácticas habrán de subsistir impuestas por las propias exigencias del enjuiciamiento penal oral y público. Fuera de esas restricciones, que son el resultado práctico del cumplimiento de determinados mandatos superiores, las posibilidades de impugnación deben ser ampliadas en toda la extensión posible, para hacer efectivo el derecho fundamental del imputado, igualmente de rango superior, a recurrir la sentencia de condena. Por mandato de ese derecho fundamental de jerarquía suprema el recurso de casación contra la sentencia condenatoria debe ser ampliado en sus motivos. La casación procesal debe permitir el enjuiciamiento pleno, de hecho y de derecho, de las acciones denunciadas como violatorias de la ley procesal, lesiones que, de ser necesario, deberán ser probadas en el juicio de casación. La casación sustantiva, a su vez, debe permitir la revisión de todo error, cualquiera sea su naturaleza, que el tribunal de casación pueda constatar sin necesidad de repetir todo el juicio. Los motivos que justificaron la configuración de la casación como un medio destinado a asegurar la vigencia de la ley (función nomofiláctica) y la unidad de la jurisprudencia (función uniformadora) no son defendibles entre nosotros porque nuestro orden jurídico-político no permite la realización efectiva de esas funciones. Tampoco la soberanía del jurado puede justificar la limitación del recurso, pues aun los cuerpos judiciales de participación ciudadana ven restringidos sus poderes ante la obligación de fundamentar su decisión y, de ese modo, permitir la eficacia del derecho del condenado a controlar ese veredicto con un recurso que el Estado debe indeclinablemente prescribir. (Pastor D. R., 2001, pág. 19)

Y a esto le suma el abogado y jurista alemán, residente Europeo, destacado por su labor en el ámbito del Derecho Penal y Procesal Claus Roxin quien decía:

De esa forma, en la evolución de este instituto, su nueva metamorfosis tenderá hacia una mayor efectividad en el cumplimiento del fin que hoy se le debe

asignar a la casación penal a la luz de la nueva imagen que le imprime la configuración del orden jurídico-penal actual: asegurar una protección jurídica realista, eliminar todo error eliminable, en fin, proteger al acusado frente a toda arbitrariedad judicial. (Roxin, 2003, pág. 443)

Constando así dos autores más, de diferentes nacionalidades el Derecho comparado se confirma que los criterios sobre la casación solo como recurso de Derecho no es universal e inamovible.

En la esfera jurisprudencial la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2 de julio de 2004, caso Herrera Ulloa v/s Costa Rica, en el apartado 164 de manera clara señala: “La posibilidad de ‘recurrir del fallo’ debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio el derecho”. En esa misma línea suele citarse el caso Castillo Petruzzi y otros v/s Perú, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 30 de mayo de 1999. (Recurso de casación, 1999)

En Argentina de acuerdo a lo que expresa García Torres, María José en su libro: “El ámbito del recurso de casación: cuestiones de hecho incensurables. Análisis de algunos supuestos,” la Cámara ha dicho que “corresponde el control de la casación si se debe evitar como en el caso, la violación de la garantía de presunción de inocencia consagrada por la Constitución Nacional de Argentina Artículo 18, la Convención Americana de los Derechos Humanos y el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales”.

La presunción de inocencia que es principio revisable en todo ámbito jurisdiccional incluida la casación y cualquier otro acto procesal tiene rango constitucional en las Constituciones de Bolivia, Artículo 16.1, Constitución de España (Art. 24.2), Constitución Política de la República de Nicaragua (Art. 34.1), Constitución de la República del Ecuador (Art.76.2), Constitución de la República Dominicana (Art. 69.3), Constitución de la República de Chile (Art. 19.3) Constitución Política de Perú (Art. 2.24 e), Constitución Política de Colombia (Art. 29), Constitución Política de Costa Rica (Art.39), Constitución Política de Paraguay (Art.17.1), Constitución Política de la República de Panamá (Art.

22). La presunción de inocencia también tiene su respaldo en las leyes o códigos procesales. Cfr., Código Modelo de Iberoamérica (Art. 3), del Código Procesal Penal de la Nación de Argentina ((Art. 3°) Códigos de Procedimiento Penal de Bolivia (Art. 6), en El Salvador (Art. 6), Nicaragua (Art. 2), Ecuador (Art. 24.6), Colombia (Art. 7), Costa Rica (Art. 9), Guatemala (Art. 14), Código integrador de Ecuador (Art. 4) y Ley de Procedimiento Penal de Cuba (Art. 1).

El hecho de que la presunción de inocencia constituya un principio consagrado en la ley fundamental implica que cada vez que sea vulnerado pueda ser restablecido pues la formalidad aceptada de que el recurso sea un medio de impugnación de derecho no autoriza que se condene a un inocente.

(Costa Rica, Asamblea Legislativa de la República, 1996)

El Artículo 464 bis del Código Procesal Penal de Costa Rica regula que el tribunal de casación apreciará la procedencia de los reclamos invocados en el recurso y sus fundamentos, examinando las actuaciones y los registros de la audiencia; 1, de modo que pueda valorarse la forma en que los jueces de instancia valoraron la prueba y fundamentaron su decisión, 2), de no tener registros suficientes para realizar esa apreciación, podrá reproducir en casación la prueba oral del juicio que en su criterio sea necesaria para examinar la procedencia del reclamo, 3) y la valorará en relación con el resto de las actuaciones, de igual manera podrá valorar en forma directa la prueba que se haya introducido por escrito al juicio. Este artículo fue adicionado mediante la Ley 8503 de 28 de abril de 2006, publicado en Gaceta Oficial de la República, No. 108, de 6 de junio de 2006.

En Venezuela, el Artículo 463 del Código Orgánico Procesal Penal, regula que cuando el recurso de casación se fundamente en un defecto de procedimiento sobre la forma en que se realizó, de manera distinta a como se señala en el acta de debate o sentencia, se podrá promover, en el escrito de interposición fundamentación, la prueba de medio de reproducción o registro del juicio oral contemplada en el Artículo 317, si no es posible el uso de tal medio, se podrá promover la prueba testimonial.

La Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal de casación penal del Tribunal de la Plata de 23 de marzo de 2003, Causa No.11.411 (Registro de presidencia N° 40.437) caratulada "F. L., R. L. s/ Recurso de Casación". Buenos Aires, Ciudad de la Plata, resolvió con lugar el recurso de casación absolviendo al acusado, y expuso los siguientes argumentos: La presunción de inocencia (...) por un lado, comprende dos extremos fácticos, que son la existencia real del ilícito penal, y la culpabilidad del acusado entendida ésta como sinónimo de intervención o participación en el hecho. Por el otro, exige para su enervación que haya prueba que sea: 1) "real", es decir, con existencia objetiva y constancia procesal documentada en el juicio; 2) "válida" por ser conforme a las normas que la regulan, excluyéndose la practicada sin las garantías procesales esenciales; 3) "lícitas", por lo que deben rechazarse las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; y 4) "suficiente", en el sentido de que, no sólo se hayan utilizado medios de prueba, sino que además de su empleo se obtenga un "resultado" probatorio que sea bastante para fundar razonablemente la acusación y la condena, es decir: no basta con que exista un principio de actividad probatoria sino que se necesita un verdadero contenido inculpatario en el que pueda apoyarse el órgano juzgador para formar su convicción condenatoria. La consolidación de la garantía del doble conforme prevista en el (arts.14.5 PIDCP y 8.2.h. CADH, la doctrina transnacional venía sosteniendo que "el juicio sobre la motivación es una unidad con el juicio de legalidad y el control sobre la consistencia del razonamiento probatorio es una unidad con la garantía de legalidad". Por lo tanto, el examen de "la motivación permite la fundamentación y el control de las decisiones tanto en derecho, por violación de ley o defectos de interpretación o subsunción, como en hecho, por defecto o insuficiencia de pruebas o bien por inadecuada explicación del nexo entre convicción y prueba". El papel asignado a los tribunales superiores, en particular a aquellos encargados de asegurar el doble conforme, también se vincula al control de la valoración realizada para llegar a las conclusiones fácticas que son la base de la condena, teniendo en cuenta que el contenido probatorio de la prueba de cargo disponible, no se aparte de las reglas de la lógica, de las máximas de experiencia y de los conocimientos científicos, y que no es, por lo tanto, irracional, inconsistente o manifiestamente errónea (...). El *íter* lógico seguido por el tribunal "*a quo*" incurre en falencias que lo han llevado a descartar la

integral valoración probatoria introducida legítimamente a proceso denotando así una insuficiencia en el camino discursivo escogido, (...). No se trata aquí de sustituir a los jueces del tribunal de grado en su apreciada “inmediación”, sino únicamente de controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta. Sobre esta base, entendieron que era dable considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que se ha arribado, al menos en lo que respecta a la acreditación de los extremos señalados en los tópicos precedentes. Que no se verifica un estado de certeza propio de una sentencia condenatoria, (...) y, en consecuencia, esta insuficiencia probatoria me lleva a un estado de duda insuperable que, atendiendo a lo que manda el Artículo 1 del digesto, debe resolverse a favor del acusado (...), ubicado en <http://go.microsoft.com>.

El Tribunal Constitucional Español en la sentencia STC 116/2006, de 24 de abril, señala, con cita de la STC 70/2002, que, “a través de la invocación del art. 24.2 CE (tanto del proceso con todas las garantías como, fundamentalmente, de la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas, de modo que está abierta una vía «que permite al Tribunal Supremo la “revisión íntegra”, entendida en el sentido de posibilidad de acceder no sólo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba.

En conclusión, puede resumirse que es la realidad vivida la que ha impuesto que por encima de las formalidades legales se encuentra la misión jurisdiccional de hacer justicia, lo que ha quedado demostrado no solo en el Ecuador sino a nivel internacional. En Europa, en América, en ningún sitio del universo se está exento de cometer errores y la flexibilidad del juez podría resolver estas falencias en la justicia en casación, revisión o cualquier oportunidad para salvar al ciudadano de la injusticia. Lo demás son tecnicismos que muchas veces dan al traste con estados de opinión muy desfavorables para los jueces.

2.8. Análisis comparativo entre el recurso de casación con el recurso de revisión

Desde el punto de vista jurídico doctrinario entre el recurso de casación y el recurso de revisión hay que indicar que dista mucho entre uno y otro, así pues, del análisis hecho precedentemente, se puede afirmar, que el recurso de casación tiene causales específicas y que no son aplicables al recurso de revisión. Además de ello, cabe señalar que lo que pretende la investigación es dejar sentado que cuando existe evidente error en la valoración de la prueba o abuso de poder, el Tribunal de casación tenga la posibilidad que aplicando correctamente el silogismo jurídico de lógica jurídica en la valoración de la prueba haga un reexamen de la prueba que ya ha sido analizada precedentemente por el adquen, sin que por ello se viole el principio de independencia judicial o imparcialidad que debe caracterizar a la administración de justicia, es decir, que jamás se busca en el trabajo de investigación que el Tribunal de casación practique nueva prueba, así como tampoco se pretende que se aplique el precepto penal contenido en el Art. 617 del COIP, pues se está plenamente consciente que los términos y plazos precluyen en cada instancia procesal.

En tanto, que en el recurso de revisión de conformidad con lo previsto a partir del Art. 658 hasta al 660 del Código Orgánico Integral Penal, tiene causales específicas y totalmente equidistantes del recurso de casación, tales como:

El recurso de revisión podrá proponerse en cualquier tiempo, ante la Corte Nacional de Justicia, después de ejecutoriada la sentencia condenatoria por una de las siguientes causas:

1. Si se comprueba la existencia de la persona que se creía muerta.
2. Si existen, simultáneamente, dos sentencias condenatorias sobre una misma infracción contra diversas personas sentenciadas que, por ser contradictorias, revelen que una de ellas está errada.
3. Si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados.

La revisión solo podrá declararse en virtud de nuevas pruebas que demuestren el error de hecho de la sentencia impugnada.

No serán admisibles los testimonios de las personas que declaren en la audiencia de juicio.

La interposición de este recurso no suspende la ejecución de la sentencia. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014)

Del texto citado, fácilmente se infiere que en el recurso de revisión no se revaloriza la prueba que ha sido presentada en el proceso en la audiencia oral pública y contradictoria de juicio, toda vez, que dada la Taxatividad del recurso al igual que el de casación este último solo procede con la presentación de nueva prueba, es decir, que en el recurso de revisión no se falla en razón de la prueba que obra del proceso sino en base a la nueva prueba que haya presentado el revisionista o anunciado como medio de prueba en el escrito contentivo del recurso de revisión, caso contrario no pasa el filtro de la admisión, que desde el particular punto de vista del investigador es una arrogación de la Corte Nacional al expedir una resolución que exige al justiciable cumplir con una serie de requisitos que no contiene la normativa jurídica contemplada en el Código Orgánico Integral Penal para la interposición del recurso de revisión y que al igual que el recurso de casación se crearon nuevos parámetros para su admisión.

Por consiguiente, se puede llegar a la conclusión que el objetivo de esta investigación nada tiene que ver con el recurso de revisión ni se pretende que el tribunal de casación practique nueva prueba porque para ello está en efecto el recurso extraordinario de revisión que al igual que el de casación de acuerdo a la normativa jurídica interna es limitada y se constriñe únicamente a corregir errores de hecho, en tanto que el recurso de casación se limita a corregir errores de derecho y por ello la objeción del autor para que se revise la normativa procedimental penal y se viabilice la posibilidad jurídica de que en casación sea permitido la revalorización de la prueba obrante del expediente y no la práctica de nueva prueba, que es patrimonio del recurso de revisión.

CAPÍTULO III:

METODOLÓGÍA UTILIZADA

La investigación que se presenta surge como resultado de las inconformidades que presentan los profesionales del Derecho fundamentalmente de los defensores sobre la posibilidad de impugnar los hechos y la valoración de las pruebas en casación. También las personas procesadas luego de ser juzgadas y haber recurrido la sentencia en casación quedan inconformes con la decisión de la Corte Nacional de Justicia, pues esta ha expresado en la resolución dictada que no tiene posibilidades de entrar a conocer y valorar el juicio sobre hechos y pruebas que realizaron los jueces que los antecedieron.

Ante la contradicción que se produce entre norma jurídica procesal que establece la imposibilidad de que los jueces de casación valoren hechos y pruebas y la normativa constitucional que regula el debido proceso que incluye además la presunción de inocencia y el derecho al recurso se planteó el problema científico que sirvió de base a la investigación. Luego de consultada la bibliografía básica se verificó la existencia de otros puntos relacionados con las pruebas debían ser investigados.

Para la concepción del diseño se aplicó la metodología de la investigación de la dogmática jurídica contemporánea siguiendo a un grupo de autores latinoamericanos como Briones, (2002); Jiménez (1998); Eco, (1998), entre otros. En algunos procesos se utilizaron métodos correspondientes a la teoría general del conocimiento científico aplicables en cualquier ciencia, como son el análisis y la síntesis, inducción deducción, de lo general a lo particular y de la teoría a la práctica

Como puede observarse la investigación surgió como cualquier otra, con una idea científica y una supuesta contradicción o inquietud motivada por la necesidad de indagar sobre los fundamentos teóricos, jurídicos, y jurisprudenciales que sustentan la posibilidad de denunciar en casación la violación de los hechos y valoración de las pruebas. Aunque en principio parecía muy ambicioso abarcar todas las aristas, finalmente se consiguió interactuar con todos los fundamentos concebidos.

Antes de iniciar la investigación se exploró mediante entrevistas informales el criterio de los profesionales del derecho sobre la importancia del tema llegando a la conclusión sobre su actualidad e importancia para el mejoramiento de la justicia. Se realizó una búsqueda de los principales textos de autores nacionales y extranjeros que lo habían estudiado, escogiendo a los más prestigiosos en el orden internacional como Piero Calamandrei, Fernando de la Rúa, Julio Maier, Alberto Binder, entre otros, que se han dedicado al estudio del Derecho Procesal.

Como resultado de la comunicación con los abogados y docentes se agregaron a estos estudios los más recientes criterios de autores como Daniel Pastor con su libro sobre “Nueva Imagen de la Casación” y Ricardo Vaca Andrade, procesalista ecuatoriano que figura como autor del Manual de Derecho Procesal Penal Ecuatoriano que forma parte de la bibliografía básica de los estudiantes de la Universidad Metropolitana del Ecuador quien comparte los mismos criterios que se defienden en esta investigación.

Teniendo en cuenta la utilidad que pudiera tener en el Ecuador la conformación de un componente teórico que integre los elementos doctrinales, normativos y jurisprudenciales sobre el recurso de casación y la prohibición de la valoración de las pruebas que sirva de base a futuras reformas procesales se delimitó el problema científico en los siguientes términos:

¿Cuáles son los fundamentos teóricos, normativos y jurisprudenciales que permiten sustentar que debe eliminarse la prohibición del control sobre la valoración de las pruebas y los hechos en el recurso de casación en el Ecuador para alcanzar la justicia en el caso concreto?

Durante este proceso se pretendió dar respuesta al problema científico a través de distintas preguntas entre las que se incluyeron:

1. ¿Cuál es el origen, naturaleza y fines del recurso de casación?
2. ¿Qué tratamiento ha recibido el tema de la prueba desde el derecho antiguo?

3. ¿Cuáles son las teorías dominantes en torno al control de la valoración de las pruebas y los hechos en casación?
4. ¿Qué relación tiene la revisión de la prueba en casación con el doble conforme, la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*?
5. ¿Cuál es el sustento normativo del recurso en la contemporaneidad?
6. ¿Cuál es el tratamiento de la jurisprudencia ecuatoriana al tema del control de la prueba y los hechos en el recurso de casación?
7. ¿Qué críticas merece la no revisión de los hechos y las pruebas en casación?
8. ¿Qué propuestas pueden realizarse desde la academia para contribuir al perfeccionamiento del recurso de casación en la justicia penal en Ecuador?

Ubicada la bibliografía y la jurisprudencia tanto nacional como extranjera se procedió a su estudio y profundización para elaborar el diseño de investigación estructurar y organizar cada una de las tareas a realizar. Se concibió un cronograma de trabajo que fue cumplido en la medida de lo posible hasta que se consiguió elaborar el informe final que se presenta.

En el Diseño de la Investigación se confeccionó un plan de acción detallado para discurrir por el camino de la investigación y cumplir los objetivos cuyos alcances se expusieron en la introducción pero que en su esencia van dirigidos a fundamentar la necesidad de que el recurso de casación pueda controlar los hechos y la valoración de las pruebas en materia penal.

El objeto de la investigación estuvo centrado en el recurso de casación y la valoración de las pruebas y los hechos y el campo de acción se conformó por los fundamentos doctrinales, normativos y jurisprudenciales que sustentan el recurso de casación y la posibilidad de introducirse en los hechos y las pruebas.

Conformado el proyecto de investigación, los objetivos, actividades y cronograma de trabajo se procedió a la búsqueda de los antecedentes históricos de la casación, en esta

fase del proceso, se indagó sobre los precedentes de esta línea de investigación, verificándose que a pesar de los abundantes trabajos sobre casación, no existía un estudio integral en el Ecuador que abarque un análisis jurídico integral con bases doctrinales, normativas y jurisprudenciales, esto demostró una vez más el carácter novedoso y original del problema planteado. Tal revisión, incluyó textos bibliográficos, trabajos de grado a nivel de especialización, maestría y jurisprudencia, así como la legislación sobre la materia.

Posteriormente se realizó una compilación de las teorías sobre el tema y que en consideración del autor son determinantes para la consecución de los objetivos, aquí la literatura del conocimiento científico a nivel general, a nivel especial, sobre las ramas de la ciencia y sobre las ciencias jurídicas dieron un aporte trascendental.

Durante este proceso se pretendió dar respuesta al problema científico a través de distintas preguntas entre las que se incluyeron:

1. ¿Cuál es el origen, naturaleza y fines del recurso de casación?
2. ¿Qué tratamiento ha recibido el tema de la prueba desde el derecho antiguo?
3. ¿Cuáles son las teorías dominantes en torno al control de la valoración de las pruebas y los hechos en casación?
4. ¿Qué relación tiene la revisión de la prueba en casación con el doble conforme, la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*?
5. ¿Cuál es el sustento normativo del recurso en la contemporaneidad?
6. ¿Cuál es el tratamiento de la jurisprudencia ecuatoriana al tema del control de la prueba y los hechos en el recurso de casación?
7. ¿Qué críticas merece la no revisión de los hechos y las pruebas en casación?
8. ¿Qué propuestas pueden realizarse desde la academia para contribuir al perfeccionamiento del recurso de casación en la justicia penal en Ecuador?

Cada una de estas preguntas fueron respondidas en la medida que la extensión de la investigación lo permitió, pero pueden conformar las bases para futuros estudios.

A través del uso de los métodos concebidos en el diseño de investigación se realizó la actividad científica en la que se combinaron los métodos teóricos en el desarrollo del primer capítulo. Se extrajeron de estudios generales sobre los recursos las ideas de los autores en torno a la prueba y los hechos en casación.

Todo este bagaje teórico confirmó una primera suposición que se había concebido respecto a la posibilidad de encontrar partidarios de la postura que se defiende en la investigación , lo que dio lugar a reforzar la posición original y proceder al estudio normativo ya de forma crítica a partir del uso del método exegético analítico el que permitió evaluar las normas jurídicas ecuatorianas en contraste con el orden jurídico internacional y en su propio contexto y realidad , conjunto de métodos que fueron determinando cada una de la posturas que se esbozan en el segundo capítulo.

El método histórico permitió introducirse en el desarrollo de la institución desde su surgimiento y verificar sus manifestaciones en cada etapa del desarrollo de la humanidad. Se confirmó a través de este método la necesidad de avanzar hacia concepciones más dialécticas de la teoría del Derecho procesal pues mientras la sociedad progresa en todas las esferas de la vida social y económica, muchas instituciones jurídicas se estancan bajo concepciones arcaicas, como ha resultado con la casación que pretende evaluarse con el mismo prisma burocrático que tuvo de origen.

La comparación jurídica se realizó con los países de Latinoamérica por resultar el contexto geográfico y cultural que rodea al Ecuador y se ofrecieron otros antecedentes que han estado ligados a la historia de la institución y son de importancia universal como es el caso de España o Italia. Este método fue importante porque permitió establecer semejanzas y diferencias con el régimen recursivo de otros países, aunque al estudio comparado no se le dedicó un capítulo y solo se fueron estableciendo las particularidades en cada orden legal en la medida que en los epígrafes se iba demandando hacer la citada comparación.

Los métodos asociados a la teoría general del conocimiento científico, ordinariamente utilizados por cualquier investigador como el análisis y síntesis, inducción y deducción, de lo general a lo particular y de lo abstracto a lo concreto fueron utilizados desde el estudio exploratorio hasta la redacción del informe final y permitieron arribar a conclusiones y recomendaciones. En las críticas efectuadas en el segundo capítulo y en la toma de posición en cada tópico controvertido se hizo uso de estos métodos, junto a los lógicos.

El tipo de investigación puede definirse de acuerdo a diferentes criterios, es por ello que de manera general se clasifica teniendo en cuenta cada uno de estos para una mejor valoración por parte de cualquier lector. Al mismo tiempo se pretende despejar cualquier duda sobre las consideraciones que pueden realizar unos u otros revisores.

De acuerdo a su fuente originaria de información esta es una investigación de tipo documental puesto que se nutre de otros estudios precedentes y viene a unificar o sistematizar las opiniones de varios autores y de la jurisprudencia en el ámbito del Derecho, fundamentalmente en el área Procesal Penal y Constitucional. A propósito de las esferas que abarca la investigación es importante destacar que se corresponde con las indicaciones del Manual de procedimiento de la Universidad Metropolitana para este tipo de trabajo porque integra los conocimientos recibidos en Derecho Penal, Civil, Administrativo, Constitucional, los propios de la metodología de investigación y en los talleres de competencia.

La parte documental de la investigación consistió en el estudio del problema con el propósito de ampliar y profundizar el conocimiento sobre el mismo con apoyo fundamentalmente en fuentes bibliográficas. Lo novedoso de ello radica en el análisis de la casación con nuevos enfoques y en correspondencia con los tiempos actuales porque la casación como recurso extraordinario y limitado se contradice con las nuevas tendencias garantistas del derecho moderno. Las propuestas se realizan desde nuevas perspectivas, se realizan otras conceptualizaciones y se enfatiza en inducir al cambio de paradigmas en torno a la casación.

Según los propósitos de aplicación inmediata o no de los resultados obtenidos, la presente se enmarca dentro de la investigación pura o básica ya que se realiza con la finalidad de aumentar los conocimientos en la Teoría General del Derecho en el área Procesal, Penal, y Constitucional unificando los criterios que se han desarrollado a lo largo de la historia y enriqueciendo la doctrina actual sobre el tema.

De acuerdo con los objetivos de la investigación también es descriptiva, ya que lo que se busca es describir los fenómenos y eventos. Aunque la mayoría de las investigaciones en Derecho son descriptivas casi siempre esta clasificación viene combinada con otros tipos.

Es una investigación que puede ser clasificada también como dogmática jurídica, en tanto analiza los fundamentos teóricos en el ámbito del Derecho. Desde este punto de vista la ciencia jurídica conoce de contenidos jurídicos, y propone como modificar la ley, cómo interpretarla, cómo aplicarla y tiene en cuenta y comenta cómo deben respetarse las jerarquías entre estas normas, todo lo cual se ubica en el terreno de la dogmática jurídica. En los estudios de dogmática jurídica se investiga “lo que los humanos dicen que hacen con el Derecho” (Witker, 1995, pág. 4), se les conoce como dogmática porque en Derecho la norma jurídica ha sido considerada un dogma.

La dogmática jurídica es la encargada de estudiar a fondo las instituciones jurídicas pero de modo abstracto, es decir sin verificar su materialización en la realidad. Su sustento se encuentra en los trabajos elaborados por la pandectística alemana encargada de construir instituciones jurídicas a partir de los textos legales. Por ello se asocia a la investigación dogmática o formal con las normas jurídicas estudiadas en abstracto, motivo por el que se puede decir que se trata, en esencia, del estudio de las normas jurídicas y todo lo que tenga que ver con ellas, pero siempre en sede teórica.

Aunque parezca una exageración tantas clasificaciones, la investigación también puede ser clasificada como socio-jurídica pues abarca el estudio de la jurisprudencia internacional y ecuatoriana. Al incluir los fundamentos jurisprudenciales se está conociendo un aspecto de la realidad, por lo que se va más allá de la esfera abstracta y se agrega un nuevo componente, es decir, el estudio a base de las normas provenientes,

de la legislación y la doctrina es dogmático-jurídico pero si se valora la jurisprudencia en un marco real, como acontece con los fallos de las Cortes, el estudio es socio jurídico.

El tercer capítulo se dedicó al Marco Metodológico de la investigación donde se ha expuesto todo el acontecer investigativo, al menos en sus aspectos esenciales y finalmente se formularon las conclusiones de la investigación tomando en cuenta cada uno de los objetivos planteados.

Dentro de los detalles de algunas de las acciones realizadas para alcanzar los objetivos se encuentran:

- La recolección de bibliografía relacionada con el tema y su correspondiente fichaje en Bibliotecas.
- Consulta de jurisprudencia internacional y nacional tanto en formato físico como electrónico a través de sitios de reconocido prestigio en internet y en el Consejo de la Judicatura.
- Recolección de datos en los archivos de tesis doctorales y de trabajos de Maestrías.
- Revisión del contenido de los instrumentos jurídicos internacionales.
- Recolección de datos Bibliográficos.
- Revisión de informes sobre auditorías de sentencias.
- Recolección de sentencias de determinados períodos.

Dentro de los documentos bibliográficos consultados se encuentran:

- Libros: las fuentes documentales que más se utilizaron en la investigación fueron, libros de texto, manuales, diccionarios, enciclopedias, así como obras de colección.
- Publicaciones periódicas: Como las publicaciones de jurisprudencias.
- Manuales de reglas para presentación de trabajos de grado.
- Documentos públicos: Sentencias de Tribunal Supremo de Justicia de España, Corte Constitucional y Cortes Nacional.
- Legislación nacional y extranjera.

Métodos y Técnicas de Análisis de la Información. Una vez registrados los datos que conforman el material recolectado para la investigación, se realizó un análisis documental de los mismos, especial y necesariamente sobre su contenido más que en su forma o aspecto externo.

El análisis crítico de las diversas posiciones doctrinales se efectuó tomando como punto de partida los criterios ofrecidos por los autores y en una buena parte se citaron y luego de evaluar cada uno, se adoptó una posición o se ofreció una nueva consideración sobre cada tema, ya fuera del concepto o de la regulación legal o del tratamiento en la jurisprudencia.

Como aporte teórico y práctico de la investigación resultan los siguientes:

1. Para la doctrina del Derecho: La fundamentación teórica del recurso de casación y de su relación con la valoración de la prueba y los hechos.
2. Para futuras reformas legales: Las bases teórico-doctrinales para futuras modificaciones de orden procesal en materia de casación penal
3. Para la Academia: Se podrá contar con un material de consulta para la enseñanza del Derecho como vía de motivación para que se investiguen otras líneas derivadas del recurso de casación.
4. Para la práctica: Ayudará a profundizar y perfeccionar el sistema de impartir justicia y a realizar un ejercicio más efectivo del derecho de defensa de los ciudadanos.
5. Para la sociedad: Permitirá la aplicación de la valoración de los hechos y las pruebas en la impartición de la justicia al caso concreto, lo que les posibilita a los ciudadanos contar con un sistema penal garantista y respetuoso de los derechos humanos.

CONCLUSIONES

1.- El debate más complejo y polémico que se presenta en el Derecho Procesal contemporáneo en materia de recursos se deriva de la delimitación entre los hechos y derecho que se presenta en la casación penal. La concepción de la casación como recurso limitado resulta anacrónica, formalista, y descontextualizada pues los fines que tuvo la casación en sus orígenes son muy distintos a los que se le reconocen en la actualidad en el contexto internacional. Un recurso restrictivo como el previsto en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador no ofrece posibilidades de éxito, mucho más con los criterios que le ha agregado la jurisprudencia para frenar la posibilidad de impugnar la valoración de las pruebas y los hechos negando la admisión de los recursos de casación que se establezcan por estos motivos.

2.- Si bien se justifica el surgimiento de la casación como medio de control político, burocrático o como ente fiscalizador del cumplimiento de la ley o de vigilancia a los jueces en quienes desconfiaron los ilustrados franceses, ya en la etapa posterior al surgimiento de la Organización de Naciones Unidas y de los Pactos, Tratados y Convenios internacionales de derechos fundamentales se ha concentrado especialmente en constituirse el recurso en un derecho del condenado dirigido a la aplicación de la justicia al caso concreto.

3.- Cuando se expresa que debido a la existencia de un recurso de apelación en el Código Orgánico Integral Penal la casación debe limitarse a las cuestiones de derecho se comete un gran error y se ignora que la segunda instancia cualquiera que sea su amplitud, tiene posibilidades de incurrir en los mismos errores que la primera, entonces, como lo demuestra la práctica judicial, esta concepción no priva de sentido al recurso de casación ampliado a las cuestiones de control de hechos y pruebas.

4.- El órgano de casación no posee ningún impedimento que no sea el de la ley para realizar un control sobre la valoración de las pruebas, sobre el juicio deductivo que permitió a los jueces inferiores alcanzar la certeza, sobre la motivación y otros principios trascendentales en el Derecho Penal como la presunción de inocencia o el *in dubio pro reo*. Por ello, es que Ecuador no puede mostrarse alejado de las corrientes más

progresistas y garantistas en materia de derechos de los ciudadanos frente al poder penal del Estado, simplemente porque ha asumido un compromiso internacional en virtud de los Pactos y Tratados Internacionales suscritos de lo que deviene el cumplimiento obligatorio de las garantías consagradas como derechos humanos.

5.- En efecto, la jurisprudencia en el Ecuador no ha mostrado su condición de garante jurisdiccional del debido proceso y del derecho al recurso legalmente recogido en la Constitución, pues las sentencias dictadas en las últimas dos décadas cierran el paso a las posibilidades de aplicar la justicia al caso concreto y a la posibilidad de revisar las pruebas y los hechos adhiriéndose a argumentos estrictamente formales lo cual contradice el propio texto constitucional. Así pues, de las sentencias dictadas en materia penal se aprecia que los jueces incurren en errores en el proceso de motivación de las pruebas limitándose solo a la repetición o redundancia de lo que expusieron los testigos y procesados en la audiencia , lo que no representa una real valoración o motivación de las pruebas , cuestión que bien puede ser revisada y controlada por los jueces de casación quienes en definitiva se suponen mejor preparados para realizar un juicio sobre el juicio de inferencia efectuado.

6.- La eliminación de la prohibición legal de denunciar los errores de hechos y las pruebas en el Ecuador para que sean revisados en casación no implica costos significativos para el poder judicial sino fundamentalmente la obligación de profundizar en aquellos aspectos que podrían conducir a una injusticia, así se evitaría que los jueces de casación por comodidad declaren la inadmisibilidad de los recursos de casación. En efecto, la doctrina contemporánea, la normativa y la jurisprudencia internacional vienen pronunciándose en favor de que el recurso de casación permita el control sobre la prueba y los hechos en función del cumplimiento de su finalidad de aplicar la justicia en el caso concreto, lo que se corresponde con las garantías que deben alcanzarse en un Estado de derechos y justicia.

RECOMENDACIONES

Se recomienda a la Asamblea Nacional el estudio de los precedentes teóricos presentados para una posible reforma del artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal de modo que se modifique el segundo párrafo que establece “No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba” y en su lugar se amplíe el ámbito de revisión de la casación a los hechos y de valoración de las pruebas, así como la violación de sus garantías de presunción de inocencia, *in dubio pro reo* y el derecho a obtener una sentencia lógica en su fundamentación fáctica.

A los estudiantes y docentes de la carrera que continúen el estudio de la casación penal para sustentar una reforma integral de los recursos en el Ecuador que contribuya a una verdadera justicia del caso concreto

BIBLIOGRAFÍA

- Ayán, M. (1985). *Recursos en materia penal*. Córdoba: Marcos Lerner.
- Bacigalupo Zapater, E. (2004). Los modelos jurídicos de la casación penal. *Revista del Poder Judicial, Número especial XIX: Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 2-54.
- Bacigalupo, E. (1994). “*La Impugnación de los hechos probados en la casación penal*”. Buenos Aires : AD-HOC.
- Bacigalupo, E. (2001). La impugnación de los hechos probados en la casación penal. En D. R. Pastor, *La nueva imagen de la casación penal*. Buenos Aires: Ad-hoc.
- Binder, A. (1999). *Reformas a la justicia penal y constitucional*. Buenos Aires: AD-HOC.
- Cachón Villar, P. (2006). La doble instancia penal y el recurso de casación. *Revista Jurídica de Castilla y Leon* , 20-34.
- Cafferata Nores, J. I. (2003). *Manual de derecho procesal penal*. Córdoba: Ciencia, Derecho y Sociedad.
- Calamandrei, P. (1959). *Los Estudios de Derecho Procesal en Italia*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América.
- Carnelutti, F. (2005). *Sistema de Derecho Procesal Civil*. México D. F.: Tribunal Superior de Justicia.
- Casación sobre los hechos, Caso Herrra Ulloa vs Costa Rica (Corte Interamericana de Derechos Humanos 02 de Julio de 2004).
- Chiovenda, G. (1940). *Instituciones de Derecho Procesal Civil, Las relaciones procesales. tomo. III*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José. (1978). *Convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José)*. San Jose: OEA.
- Costa Rica, Asamblea Legislativa de la República. (1996). *Código procesal penal* . San Jose: Registro No. 7594.
- Cueva Carrion, L. (2006). *El debido proceso*. Quito: Artes graficas señal.
- D’Albora, F. (1999). “*Código Procesal Penal de la Nación. Ley 23.984. Anotado, comentado, concordado*”. Buenos Aires,: Ed. Abeledo-Perrot.

- De La Rúa, F. (1991). *El recurso de casación, en idem, teoría general del proceso*. Buenos Aires: Depalma.
- De Luca, J. (2006). Recurso de casación amplio. *Revista de Derecho Penal y Procesal*, 283-292.
- Devis Echandia, H. (1974). *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires : Editor Víctor P. Zavalía.
- Ecuador, Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial N° 449 del 20 de octubre de 2008.
- Ecuador, Asamblea Nacional. (2014). *Código orgánico integral penal*. Quito: Registro Oficial N° 180 del 10 de febrero de 2014.
- Ecuador, Corte Nacional de Justicia. (2017). *Recurso de casación seguida por el delito de asesinato*. Quito: Causa 13254-2012-0144.
- Ecuador, Recurso de casación, 1220-2012-AR - Resolución No. 752-2013 (Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito de la Corte Nacional de Justicia 19 de Septiembre de 2012).
- Ecuador, Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito de la Corte Nacional de Justicia. (2013). *Control casacional de la presunción de inocencia*. Quito: Resolución No. 752-2013.
- Ferrer Beltrán, J. (2018). Los hechos en la casación. *Actualidad Penal*, 153-175.
- Florián, E. (1934). *Elementos de derecho procesal penal*. Barcelona: Bosh.
- García Ramírez, S. (22 de 2 de 2019). *Tutela de los Derechos Humanos en la Jurisdicción Interamericana, "Garantías judiciales: doble instancia y amparo de derechos fundamentales" (ARTICULOS 8.2.h Y 25 CADH)**. Recuperado el 15 de 3 de 2019, de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/usuario/VIII.pdf>
- Gómez Orbaneja, E. y. (1955,). *Derecho Procesal Civil, Tomo I*. Madrid .
- Gómez Orbaneja, E. y. (1968). *Derecho procesal Penal*. Madrid: ed. de los autores.
- González A., D. (1996). Seminario Internacional sobre Administración de Justicia en América. *La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal*. La Habana.
- González Novillo, J. R., & Figueroa, F. G. (1983). *"El recurso de casación en el proceso penal"*. Buenos Aires: Ad Hoc.

- Guasp, J. (1950). *Actas del I Congreso Nacional de Derecho Procesal*. Madrid.
- Ibañez, P. A. (2001). *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*. Recuperado el 15 de marzo de 2019, de <http://www.cervantesvirtual.com/obra/acerca-de-la-motivacin-de-los-hechos-en-la-sentencia-penal-0/>
- Igartua Salaverría, J. (s.f.). *El comité de derechos humanos, la casación penal española y el control del razonamiento probatorio*. Madrid .
- Jimenez Asenjo, E. (1969). *Derecho procesal penal*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Límites de la revisión casacional, RA 7386 (España, Tribunal Supremo 14 de Septiembre de 1994).
- Llobet Rodríguez, J. (2009). *Código Procesal Penal comentado de Costa Rica*. San José de Costa Rica: Jurídica Continental.
- Maier, J. (1996). *Derecho Procesal Penal*. Argentina: Editores del Pueblo.
- Muñoz Conde, F., & García Aran, M. (2010). *Derecho Penal: parte general*. Valencia: Tirant lo Blach. Recuperado el 2019, de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4856/1/T1870-MDP-Ojeda-El%20recurso.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos. Resolución 217 A (III)*,. París: ONU.
- Organización de las Naciones Unidas. (2016). *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*. Ginebra: ONU.
- Papayannis, D., & Pereira Fredes, E. (2013). *Filosofía del Derecho Privado*. Madrid.
- Pastor, D. R. (2001). *La nueva imagen de la casación penal*. Buenos Aires: AD-HOC.
- Quintero P, J. R. (2001). La prohibición de reformatio in peius o de la llamada reforma peyorativa del fallo en el proceso pena. *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales No 131*. Caracas, Venezuela .
- Recurso de casación, Castillo Petruzzi y otros vs Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos 30 de Mayo de 1999).

Recurso de casación, Eduardo Beltrán Cuellar y Víctor Manuel Ocampo Roncario vs sentencia Tribunal Superior Neiva (Colombia, Sala de Casación Penal 11 de Diciembre de 2013).

Recurso de Casación, 286-2014 (Ecuador, Corte Nacional 2014).

Recurso de Casación, Resolución 11-2015 (Ecuador, Corte Nacional de Justicia 17 de agosto de 2015).

Recurso de Casación, 3 (1651-2016) (Ecuador, Corte Constitucional 2016).

Recurso de Casación, 04334-2016-00834 (Ecuador, Corte Nacional 27 de octubre de 2016).

Recurso de casación, 13254-2012-0144 (Ecuador, Corte Nacional de Justicia 16 de Noviembre de 2017).

Recurso de casación, Sentencia 17721-2016-1217 (Ecuador, Tribunal de Casación. Corte Nacional de Justicia 3 de Septiembre de 2018).

Roxin, C. (2003). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Schuneman, B. (s.f.). *La reforma del proceso penal*. Munich: Dykinson.

Vazquez Rossi, J. (s.f.). *Derecho Procesal Penal. Vol. II*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni .

Witker, J. (1995). *La investigación jurídica*. México D. F.: Mcgraw Hill.