

SEÑORES MINISTROS DE LA EXCELENTISIMA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA- DE LO PENAL

AGUSTIN PACHAY VERA, en la causa penal N° 917-93, que sigo contra Milton Nery López Alonso, en el plazo que se han dignado concederme, fundamento el Recurso de Casación, así:

I.- El Primer Tribunal Penal de Manabí, en sentencia de marzo 19 de 1993 declaró lo siguiente:

"**Tercero:** Que el resultado material de la infracción está comprobado en autos mediante las siguientes diligencias: con el acta de levantamiento del cadáver de fojas 1, con el acta de identificación, reconocimiento externo de fojas 8; con el informe del protocolo de autopsia de fojas 22, por la que se concluye que la causa de muerte de *Walter Pachay Albuja* se debió a herida por arma de fuego y, con el informe pericial del reconocimiento del lugar de fojas 19 y vuelta del proceso-. **Séptimo.** Que la autoría y responsabilidad de Milton Nery López Alonso se encuentra probada en autos de acuerdo al examen y análisis de la prueba testimonial sufragada, en primer lugar, por el procesado y por la que se conoce que fue objeto de provocación no solo él sino a su cónyuge, a pesar de que entre la familia Pachay y el declarante había amistad. Los hechos fueron a criterio del Tribunal no premeditados, no buscados sino circunstancial y casual es así como se sabe que el ahora procesado fue a comprar chispitas con su esposa e hijas y al llegar al lugar de los hechos se encontró con varios menores que pedían contribución por el año viejo, al regreso de la compra porque tenía un billete de cinco mil sucres, circunstancia que el padre de la víctima se encontraba embriagado aprovechó para injuriarle y luego actuar de obra en unión de su hijo; porque es elemental afirmar que una persona en estado normal no puede quitar la vida a otra persona sin causa ni motivo, y, en el presente caso, no hay duda que fue atacado e injuriado no solamente él sino su cónyuge en presencia de sus hijas menores. Al ser atacado físicamente por dos personas de más corpulencia y fuerza física y luego de oír epítetos soeces y también ver que golpeaban a su cónyuge actuó en defensa de su honor y dignidad, prueba del ataque a su cónyuge que también tuvo que defenderse con el taco de su zapatos, consta en los certificados dados por el médico legista de la Procuraduría General del Estado lo que demuestra el ataque entre el acusador particular Agustín Pachay Vera (padre del occiso), el procesado y su cónyuge. El Tribunal le da valor a lo expuesto por Nery López puesto que ene testimonio fue rendido al siguiente día de los hechos, probablemente sin asesoramiento de ninguna clase y en presencia del Representante del Ministerio Público, por lo que, examinando con la sana crítica o sentido común constituye prueba... Que el testigo Gerardo Isaías Santos Mendoza en su testimonio de fojas 34 vio como el señor Pachay trataba de arrebatarle una arma a Nery López Alonso... Que Nancy Alonso...vio que a un señor que mantenía una arma de fuego en sus manos, el señor Pachay le estaba cogiendo del brazo y que el

joven Pachay corría con la mano en el abdomen y se desplomo en el portal de la casa.....
Décimo Primero. Que en criterio del Tribunal la conducta del procesado Milton Nery López Alonso se adecúa a lo tipificado en el Art. 449 del Código Penal, *el homicidio cometido con intención de dar la muerte, pero sin ninguna de las circunstancias detalladas en el artículo siguiente, es homicidio simple y será reprimido con reclusión mayor de ocho a doce años, en relación con el 25 del mismo cuerpo de leyes*". De allí que, el Tribunal por lo previsto en el Art. 75, Atenuantes. – Provocación, del mismo lugar a López Alonso le impuso dos años de prisión correccional.”

II. 1. El Art. 326 del Código de Procedimiento Penal, dispone, la sentencia debe ser motivada. - La motivación de la sentencia constituye el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en los cuales el Juez apoya su decisión y que se consignan habitualmente en los "considerandos" de la sentencia. - Motivar es fundamentar, exponer los argumentos fácticos y jurídicos que justifican la resolución. -

La falta de motivación, es la ausencia de motivación. Esta falta- de motivación puede ser total o parcial, según falte la motivación para todas las cuestiones o que el defecto sea atinente solo a alguna de ellas. -

En esta parte es necesario examinar los requisitos necesarios - para que la sentencia esté legalmente motivada; aquí tenemos los requisitos de forma que es lo relativo al modo de emisión de la sentencia (votación, escritura, etc.) y al modo de emisión de votos; por sus contenido, **la motivación debe ser expresa, clara, completa, legítima.** -

En lo referente a la forma, vamos a dar por superado; más, si nos detenemos al contenido de la motivación, así trataremos, lo siguiente:

- A. Qué significa que la motivación debe ser **EXPRESA**: quiere decir que el Juez no puede suplirla por una remisión a otros actos, o a la prueba rendida. –
- B. **CLARA.** - En la sentencia, el objeto de pensar, jurídico debe estar clara mente determinado, de manera que produzca seguridad en el ánimo de quienes lean,

Debe haber claridad sobre las pruebas utilizadas.

- C. **COMPLETA.** - La exigencia comprende a todas las cuestiones fundamentales de la causa, y a cada uno de los puntos decisivos que justifican cada conclusión. El Tribunal está obligado a considerar todas las cuestiones esenciales fundamentales que determinan el fallo. - Habrá falta de motivación cuando se omita la exposición de los motivos sobre un punto de decisión o lo hagan en forma diminuta.

Mas qué debe entenderse por punto o extremo decisivo de la resolución. Este constituye la cuestión fundamental sometida a la decisión del Juez, o sea los aspectos constitutivos

de la especie legal o tipo legal de cuya aplicación se trata, es decir, los hechos principales de la causa, y el derecho a ellos aplicable. -

1. **LOS HECHOS.** - En cuanto a estos, el Juez debe consignar las razones que lo determinan a tener por acreditados e históricamente ciertos los hechos que constituyen los elementos materiales del delito, enunciando las pruebas de que se sirve en cada caso y expresando la valoración que haga de ellas, es decir, la apreciación sobre si lo conducen, relativamente al supuesto de hecho investigado, a una conclusión afirmativa o negativa.

No puede reemplazar su análisis crítico por una remisión genérica a las constancias del proceso, o las pruebas de la causa, o un resumen meramente descriptivo de los elementos que lo conducen a la solución, pues, si esto fuera posible el pronunciamiento viviría solo en su conciencia. Si la sentencia se refiere a distintas infracciones penales, debe contener un examen particularizado sobre cada uno de los hechos.

2. **DERECHO.** - La falta de motivación en derecho puede consistiría, en la no descripción del hecho que debe servir de sustento a la calificación. Debe suministrar las pruebas en que se fundan las conclusiones fácticas, **debe, en una palabra, demostrarlos.**

Para que sea fundada en derecho, la sentencia debe explicar los hechos objeto de la subsunción jurídica; **debe, en una palabra describirlos.** - Estaría privada de motivación en derecho la sentencia que pretendiera describir el hecho utilizando directamente el concepto legal constitutivo penal. Tal, por ejemplo, la que afirmara; "*el- imputado penetró en la habitación de la víctima y la mató alevosamente, ergo, se lo condena como autor de homicidio calificado por alevosía*". - cambio, sería motivada, si se explicase así: "*El imputado penetró en la habitación de la víctima y la mató mientras dormía*", porque al describirse materialmente en qué consistió la situación de "*falta de peligro para el agresor*" se configura la alevosía, suministra base efectiva para la calificación legal. -

3. **LEGITIMA.** - La legitimidad de la motivación se refiere tanto a la valides intrínseca de las pruebas valoradas en la sentencia, como a que ellas provengan del debate. Igual las etapas, de su presentación, ante quien o quienes y los medios.

III. LAS CIRCUNSTANCIAS DE EXCUSA PREVISTA EN EL ART.25 DEL CODIGO PENAL. El Tribunal Primero Penal de Manabí, en la sentencia declara hay homicidio simple, con la circunstancia excusante tratada por el Legislador Ecuatoriano en el art. 25 del Código Penal. - Al respecto, me han de permitir lo siguiente:

A.- La excusa determinada en el Art. 25 es la de **PROVOCACION**, cuyo concepto según Ortolan es este: "*Cuando el hombre, vulnerado en alguno de sus derechos, en el momento en que se le causa aquella lesión dominado por la irritación que se le produce se deja llevar de su resentimiento y obra a su vez por medio de algún acto culpable, contra aquel que le acaba de inferir- la lesión, se dice en el lenguaje usual que ha sido PROVOCADO, que ha habido PROVOCACION*". -

Es necesario guardarse muy bien de confundir el caso de provocación con el de legítima defensa. - Entre ambas situaciones hay dos signos distintivos de separación: el uno material, el tiempo en que se coloca el acto, y el otro moral, el espíritu que en el ha presidido.

En efecto; los actos de legítima defensa tienen lugar antes de que se haya recibido - el mal y los actos producidos por la provocación, después; los primeros, - con un espíritu de defensa para evitar el mal, y los segundos, con un espíritu de resentimiento y con el fin de vengarse de ellos.

La excusa de la provocación, tiene por fundamento el impulso de la pasión, que si no hace perder al agente la facultad de querer, la disminuye ya que es el resultado del dolo de ímpetu e irreflexivo. -

Pero son necesarias las condiciones siguientes, para que tenga lugar la excusa de la provocación:

- 1) Que provenga de golpes, heridas u otros maltratamientos graves de obra, o fuertes ataques a la honra o dignidad. -
- 2) Que esos ultrajes deben ser inferidos en el mismo acto al autor del hecho, o a su cónyuge, ascendiente, etc.-

El comentario al texto transcrito se vuelve innecesario, porque la herida y golpe producen una consecuencia, cuyos grados están en el Art. 463 y siguientes del Código Penal; más, en los casos de las infracciones que tienen resultado material, tales como vestigios o huellas, el Juez, necesariamente debe reconocerlas, con el asocio de peritos y acompañados de su Secretario; allí sentará una acta, que estará respaldada por el informe de los peritos (Arts. 69,70,71,72,74,77 del Código de Procedimiento Penal).

Para el caso de los delitos contra la honra, el Código Penal Ecuatoriano, ha dedicado los Arts. 489 y siguientes, en que a la injuria la divide en **calumniosa, y no calumniosa**, ésta a su vez puede ser grave o leve.

De todas maneras, en estos tipos, para probarlas la Ley ha previsto los documentos o las declaraciones de testigos, cuyo texto o informe deben contar en el proceso, y, el Juez o Tribunal, tiene la obligación de transcribirlos a la sentencia, seguir a lo previsto en el Art. 333 del Código de Procedimiento Penal.

IV. En la providencia que es motivo de mi impugnación, que bondadosamente la denominamos sentencia, el Tribunal Primero Penal de Manabí, violó la Ley, en todos los aspectos previstos en el Art. 373 del Código de Procedimiento Penal; esto ya en los relacionado con nuestros sistemas adjetivo como sustantivo Penales. -

En el Adjetivo, lo encuentro, en el contenido de la sentencia, ya que, no es expresa; en casi todas sus considerandos se ha hecho citas a constancias procesales o remisión a otros actos; por ejemplo al tratar de la existencia de la infracción, en el considerando Tercero, que estima se ha establecido con el reconocimiento e informe de la autopsia, sin que hubiese determinado la trayectoria del disparo, su distancia, así como los órganos lesionados; tampoco hay claridad, como resultado de aquello es incompleta;

especialmente, **1)** cuando se refiere a la circunstancia excusante de provocación, que es fundamental, porque al admitirla, se produce la reducción de la pena prevista para el delito que sanciona; **2)** pues, no consta en la sentencia que lesiones le produjeron al reo o a su cónyuge, más aún, en que grado de incapacidad o enfermedad para el trabajo; **3)** menos aún, asoma que injurias se profirieron contra el reo, su cónyuge o hijas; para el caso de haberlas, debió transcribir las calumniosas y no calumniosas; **4)** finalmente, en la sentencia o en el proceso no consta que mi hijo Walther Pachay a López Alonso o a su cónyuge les hubiese herido, golpeado, maltratado o injuriado gravemente, **5)** en la sentencia hay el dato que reñí con el acusado, no mi hijo. **6)** Algo más, no hay prueba de que López es cónyuge de la referida mujer.

Por tanto, de acuerdo con las citas de la Ley violada, expresamente, les pido se dignen casar la sentencia, no tomen en cuenta la excusante de provocación prevista en el Art. 25 del Código Sustantivo Penal, porque no existe remotamente, al acusado Milton Nery López Alonso le imponga doce años de reclusión mayor ordinaria, prevista en el Art. 449 del mismo lugar para los reos de homicidio simple; pues, no hay atenuantes. En ello, le condenen al pago de las costas daños y perjuicios. Dígnense a la causa dar el trámite respectivo. Por el compareciente firmo como su abogado defensor. -



Doctor MILTON HOMAN ABARCA

Matrícula. 53 - Quito.