



UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLIVAR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS POLITICAS.

CARRERA DE DERECHO

**TRABAJO DE TITULACION PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA
REPÚBLICA**

TEMA:

**"VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN CUANTO A
LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y LA RESOLUCIÓN EMITIDA
POR EL JUEZ POR DELITO DE ODIOS RACIAL EN EL CASO N.º.
17247-2013-0414"**

INVESTIGADOR:

PEDRO MAURICIO BORJA YÁNEZ

TUTOR DEL ESTUDIO DE CASO:

MGTR. JUAN CARLOS YÁNEZ CARRASCO

GUARANDA - ECUADOR

AÑO 2018

CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA

Yo, **MGTR. JUAN CARLOS YÁNEZ CARRASCO**, en mi calidad de Tutor del Estudio de Caso como modalidad de titulación contemplada legalmente en el Reglamento de la Unidad de Titulación de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas; designado mediante Resolución de Consejo Directivo, bajo juramento **CERTIFICO**: que el señor PEDRO MAURICIO BORJA YÁNEZ, egresado de la Universidad Estatal de Bolívar, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas, Escuela de Derecho, ha cumplido los requerimientos del caso en lo que respecta al Análisis o Estudio de Caso previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República; con el tema:

"VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN CUANTO A LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y LA RESOLUCIÓN EMITIDA POR EL JUEZ POR DELITO DE ODIOS RACIAL EN EL CASO N.º. 17247-2013-0414" habiendo trabajado conjuntamente en el desarrollo del mismo con el investigador constatando que el trabajo realizado es de autoría del tutorado por lo que se aprueba la misma.

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

Atentamente:



MGTR. JUAN CARLOS YÁNEZ CARRASCO

C.c. 0201432887

DECLARACIÓN JURAMENTADA DE AUTENTICIDAD DE AUTORÍA

Yo, **BORJA YÁNEZ PEDRO MAURICIO**, con cedula de ciudadanía No. **0202136206**, **DECLARO** ser el **AUTOR** del siguiente estudio de caso "**VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN CUANTO A LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y LA RESOLUCIÓN EMITIDA POR EL JUEZ POR DELITO DE ODIO RACIAL EN EL CASO N0. 17247-2013-0414**", Trabajo realizado juntamente con mi tutor.

Atentamente;



BORJA YÁNEZ PEDRO MAURICIO

CC. 0202136206





Factura: 001-002-000014932



20180201002D00709

DILIGENCIA DE RECONOCIMIENTO DE FIRMAS N° 20180201002D00709

Ante mí, NOTARIO(A) HERNAN RAMIRO CRIOLLO ARCOS de la NOTARÍA SEGUNDA , comparece(n) PEDRO MAURICIO BORJA YANEZ portador(a) de CÉDULA 0202136206 de nacionalidad ECUATORIANA, mayor(es) de edad, estado civil SOLTERO(A), domiciliado(a) en GUARANDA, POR SUS PROPIOS DERECHOS en calidad de COMPARECIENTE; quien(es) declara(n) que la(s) firma(s) constante(s) en el documento que antecede RECONOCIMIENTO DE FIRMA DE LA AUTORIA es(son) suya(s), la(s) misma(s) que usa(n) en todos sus actos públicos y privados, siendo en consecuencia auténtica(s), para constancia firma(n) conmigo en unidad de acto, de todo lo cual doy fe. La presente diligencia se realiza en ejercicio de la atribución que me confiere el numeral noveno del artículo dieciocho de la Ley Notarial -. El presente reconocimiento no se refiere al contenido del documento que antecede, sobre cuyo texto esta Notaria, no asume responsabilidad alguna. - Se archiva un original. GUARANDA, a 10 DE DICIEMBRE DEL 2018, (9:25).

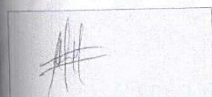

PEDRO MAURICIO BORJA YANEZ
CÉDULA: 0202136206




NOTARIO(A) HERNAN RAMIRO CRIOLLO ARCOS
NOTARÍA SEGUNDA DEL CANTÓN GUARANDA
NOTARÍA SEGUNDA
DR. HERNAN CRIOLLO ARCOS
Notario Público del Cantón Guaranda



CERTIFICADO DIGITAL DE DATOS DE IDENTIDAD



Número único de identificación: 0202136206

Nombres del ciudadano: BORJA YANEZ PEDRO MAURICIO

Condición del cedulado: CIUDADANO

Lugar de nacimiento: ECUADOR/BOLIVAR/GUARANDA/GUANUJO

Fecha de nacimiento: 20 DE ABRIL DE 1992

Nacionalidad: ECUATORIANA

Sexo: HOMBRE

Instrucción: SUPERIOR

Profesión: ESTUDIANTE

Estado Civil: SOLTERO

Cónyuge: No Registra

Fecha de Matrimonio: No Registra

Nombres del padre: BORJA GUZMAN ALFONZO LUDUVICO

Nacionalidad: ECUATORIANA

Nombres de la madre: YANEZ URBANO SILVIA MARLENE

Nacionalidad: ECUATORIANA

Fecha de expedición: 12 DE NOVIEMBRE DE 2018

Condición de donante: SI DONANTE

Información certificada a la fecha: 10 DE DICIEMBRE DE 2018

Emisor: HERNAN RAMIRO CRIOLLO ARCOS - BOLIVAR-GUARANDA-NT 2 - BOLIVAR - GUARANDA



N° de certificado: 188-179-66056



188-179-66056

Ing. Jorge Troya Fuertes

Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación


Documento firmado electrónicamente



REPÚBLICA DEL ECUADOR
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL
IDENTIFICACIÓN Y CÉDULA

CÉDULA DE CIUDADANÍA
Nº 020213620-6

APellidos y Nombres: BORJA YANEZ PEDRO MAURICIO
Lugar de Nacimiento: BOLIVAR GUARANDA GUANUJO
Fecha de Nacimiento: 1992-04-20
Nacionalidad: ECUATORIANA
Sexo: HOMBRE
Estado Civil: SOLTERO






INSTRUCCIÓN: SUPERIOR
PROFESIÓN / OCUPACIÓN: ESTUDIANTE



APellidos y Nombres del Padre: BORJA GUZMAN ALFONZO LUDUVICO
APellidos y Nombres de la Madre: YANEZ URBANO SILVIA MARLENE

Lugar y Fecha de Expedición: GUARANDA 2018-11-12
Fecha de Expiración: 2028-11-12

V444444444

0202136

DIRECTOR GENERAL: 
FIRMA DEL CEDULADO: 

REPÚBLICA DEL ECUADOR
CERTIFICADO DE VOTACIÓN, DUPLICADO,
EXENCIÓN O PAGO DE MULTA

Consulta Popular y Referéndum 2018
020213620-6 004 - 0125

BORJA YANEZ PEDRO MAURICIO
BOLIVAR GUARANDA
GUANUJO GUANUJO

0 USD: 0

DELEGACION PROVINCIAL DE BOLIVAR - 0014 19
5981487 03/12/2018 11:20:23

MAP: IGAA, 00-10-04



DEDICATORIA

Al apoyo, consideración, comprensión de mis padres de mi esposa de mi hijo quienes han sido los forjadores para poder alcanzar una más de mis metas planteadas ya que gracias al esfuerzo, sacrificio y apoyo de ellos lo he podido conseguir, doy gracias a Dios por permitirme hacer posible la conclusión de esta meta y a todos quienes ha sido partícipes de la misma con su apoyo y muestras de cariño, respeto y consideración durante todo este proceso.

PEDRO MAURICIO

AGRADECIMIENTO

Para empezar, debo agradecer a mi Dios que me dio la vida y la oportunidad por optar por esta carrera, luego agradezco a la Universidad Estatal de Bolívar, por permitirme ser parte de esta noble institución más a un estudiante de esta Facultad de Jurisprudencia Carrera de Derecho permitiéndome a si iniciar en tan anhelada profesión la de Abogado de los Juzgados y tribunales de la República del Ecuador.

A sus autoridades, sus docentes, personal administrativo y a todos quienes conforman tan prestigiosa Facultad de Jurisprudencia Ciencias Sociales y Políticas por todo lo enseñado por la paciencia para impartir sus conocimientos ya que gracias a ellos el entorno de la facultad se convierte en un entorno familiar y de esta manera es más fácil la convivencia y el aprendizaje.

Aún más a mi tutor quien ha sido un amigo más con su conocimiento y apoyo brindado.

PEDRO MAURICIO

INDICE.

CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA.....	II
DECLARACIÓN JURAMENTADA	III
DEDICATORIA	IV
AGRADECIMIENTO	V
RESUMEN.	VII
GLOSARIO DE TERMINOS	XVIII
INTRODUCCION	XXI
CAPÍTULO I	1
1. PLANTEAMIENTO DEL CASO A SER INVESTIGADO	1
1.1 Presentación del caso.....	1
1.2 Objetivos del análisis o estudio de caso.....	2
CAPITULO II	3
CONTEXTUALIZACIÓN DEL CASO.....	3
Planteamiento del problema a solucionar	3
2.1 ANTECEDENTES DEL CASO.	6
2.2 FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA DEL CASO.....	7
PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN.....	15
CAPITULO III	19
DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO INVESTIGATIVO REALIZADO.....	19
3.1 Redacción del Cuerpo del estudio de caso.....	19
CAPITULO IV	31
RESULTADOS	31
4.1 Resultados de la investigación realizada.....	31
4.2 Impacto de los resultados de la investigación	31
Bibliografía:	33

RESUMEN.

El caso se desarrolla una vez que el cadete aspirante a subteniente de la Escuela Superior Militar “Eloy Alfaro”, Michael Andrés Arce Méndez, luego de haber culminado sus estudios secundarios en el prestigioso colegio Mejía de ciudad de Quito, plantearse como objetivo y proyecto de vida, el ser el primer General de raza negra en el Ecuador.

Se inscribe en el proceso de reclutamiento para oficiales de la Escuela Superior Militar “Eloy Alfaro”, proceso del cual resulta apto en todas sus fases, ingresando como cadete aspirante de esta institución militar, lugar en el cual empiezan varios acontecimientos tales como: fue objeto de un trato humillante, de odio y de acoso personal; recibió un trato discriminatorio, degradante y prejuiciado en la fase de instrucción militar, ya que debía realizar ejercicios físicos excesivos, en muchas ocasiones no le permitían comer o le impedían que lo haga dentro del comedor, conjuntamente con sus compañeros, además le ordenaban que realice turnos de guardia a semana seguida, sin relevo y sin descanso, era calificado como inútil, sucio, vago, inservible, además de estos maltratos psicológicos, también existieron maltratos físicos como por ejemplo: debía cargar por mucho tiempo una piedra grande en su maleta, le obligaban salir de la ducha para que rapte y se revuelque en la tierra, le hacían que permanezca más tiempo que el resto de cadetes en la piscina de agua fría, en horas de la madrugada le obligaban a ducharse en agua fría efecto de ello le causó hipotermia y le aplicaban gas picante, en lo referente a las clases de defensa personal el cadete aspirante a sub teniente de la Escuela Superior Militar “Eloy Alfaro”, Michael Andrés Arce Méndez, era obligado a boxear hasta 10 peleas, con tres compañeros al mismo tiempo, producto de esto le habían ocasionado una fractura en la nariz y un esguince en el brazo derecho impidiéndole salir al policlínico para que fuese atendido, también fue obligado a pelear con mujeres como una manera de desvalorizar su fuerza y su capacidad; en lo referente a las prácticas de destreza y manejo de armas, le dotaron de un fusil en mal estado, con el objetivo de que en el momento de realizar las pruebas de tiro falle y de esta manera se sienta decepcionado y solicite la baja de la de la Escuela Superior Militar “Eloy Alfaro”, institución en la cual se encontraba cursando sus estudios como cadete aspirante a sub teniente. Estos actos denigraran su dignidad humana lo que atentó sus derechos humanos, que dieron lugar a que el cadete aspirante a sub teniente Michael Arce solicite la baja voluntaria de la institución militar.

Motivo por el cual Michael Arce conjuntamente con su madre realiza la denuncia en la Defensoría del Pueblo, mencionando como autor de estos hechos al Teniente Fernando Mauricio Encalada Parrales, miembro activo como instructor de esta institución militar de la Escuela Superior Militar “Eloy Alfaro”, que, en ejercicio de sus funciones, realizó dichos actos en contra del mencionado cadete aspirante a sub teniente de la Escuela Superior Militar “Eloy Alfaro”, Michael Arce.

La Defensoría del Pueblo al recibir la denuncia y en ejercicio de sus funciones estipuladas en el Art. 215 de la (CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR (2008), 2011) que describe. - ***“La Defensoría del Pueblo tendrá como funciones la protección y tutela de los derechos de los habitantes del Ecuador y la defensa de los derechos de las ecuatorianas y ecuatorianos que estén fuera del país. Serán sus atribuciones, además de las establecidas en la ley, las siguientes”.*** en su numeral 3. Estipula lo siguiente ***“Investigar y resolver, en el marco de sus atribuciones, sobre acciones u omisiones de personas naturales o jurídicas que presten servicios públicos (pág. 76)”.*** Y en los artículos 2, literal (b), (LEY ORGANICA DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO, 2009), estipula que: ***“Defender y excitar, de oficio o a petición de parte, cuando fuere procedente, la observancia de los derechos fundamentales individuales o colectivos que la Constitución Política de la República, las leyes, los convenios y tratados internacionales ratificados por el Ecuador garanticen”.*** (pág. 1)

Y él. Art. 13 (LEY ORGANICA DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO, 2009), dispone que: ***“El Defensor del Pueblo podrá iniciar y proseguir de oficio, o a petición de parte, las investigaciones necesarias para el esclarecimiento de los hechos a los que se refieren los literales a) y b) del artículo 2 de esta Ley, ya provenga del sector público o de los particulares”.*** (pág. 3) y Art. 16 : (LEY ORGANICA DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO, 2009), ***“En los casos de quejas sobre hechos que***

afecten a la vida, la salud, la integridad física, moral o psicológica de las personas, el Defensor del Pueblo, de encontrarlas fundadas promoverá, sin demora alguna, los recursos y acciones que impidan las situaciones de daños y peligros graves, sin que las autoridades competentes requeridas puedan negarse a su conocimiento y resolución (pág. 4). Por tal motivo los funcionarios de esta institución realizaron una investigación bajo el principio de la informalidad, se entrevistaron con los cadetes de la Escuela, sin que éstos indiquen sus nombres, quienes confirmaron los hechos denunciados por el cadete aspirante a sub teniente de la Escuela Superior Militar, Michael Arce Méndez, realizada la investigación pertinente da como resultado un informe, elaborado por profesionales miembros de esta institución, en el cual el resultado emitido por la Defensoría del Pueblo es que de acuerdo a la, RESOLUCION DEFENSORIAL No.006-DPE-DINAPROT-54708-HJCA-2012. En el cual manifiesta que ha existido la vulneración de derechos constitucionales tales como: derecho a la integridad personal, el derecho a la igualdad y no discriminación racial y el derecho a la educación, por parte del teniente instructor de la Escuela Superior Militar “Eloy Alfaro”, Fernando Mauricio Encalada Parrales, en contra del cadete aspirante a sub teniente de la Escuela Superior, Andrés Michael Arce Méndez

Tomando esta resolución emitida por la Defensoría del Pueblo a través de la Dirección Nacional de Derechos Humanos y de la Naturaleza, es puesta en conocimiento del Ministerio de Defensa, por ser esta la autoridad competente a través de la fiscalía representada por la Dra. Gina Gómez de la Torre, da inicio a la indagación previa recabando suficientes elementos de convicción por lo cual se envía a la sala de sorteos la petición al Juez de Garantías Penales a fin que señale día y hora para la audiencia de formulación de cargos en la cual la fiscal Dra. Gina Gómez de la Torre, formuló cargos en contra del teniente instructor de la Escuela Superior Militar, Fernando Mauricio Encalada Parrales, por el presunto delito de odio racial tipificado en Art. 212, del Código Penal (derogado), en concordancia con el Art. 3 ibídem.

Art. (3) (CODIGO PENAL, (derogado), 1971) describe que: *(Sustituido por el Art. 5 de la Ley s/n, R.O. 555-S, 24-III-2009). Será sancionado con prisión de uno a tres años, el que, en ejercicio de sus actividades profesional, mercantiles o empresariales, niegue a una persona un servicio o una prestación a la que tenga derecho, excluya a una persona o niegue o vulnere o restrinja los derechos consagrados en la Constitución, por razón del color de su piel, su raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual, edad, estado civil o discapacidad.*” (pág. 67)

A más de formulación de cargos la fiscal Dra. Gina Gómez de la Torre, Fiscal de Pichincha, solicita al Juez Séptimo de Garantías Penales de Pichincha, se notifique a las partes procesales el inicio de instrucción fiscal, solicitud que es aceptada y realizada por parte del Juez Séptimo de Garantías Penales de Pichincha, a más de la notificación del inicio de la instrucción fiscal, ordena la prisión preventiva del teniente instructor de la Escuela Superior Militar “Eloy Alfaro”, en virtud de los hechos narrados por parte de la Dra. Gina Gómez de la Torre, Fiscal de Pichincha, al cumplirse los presupuestos constantes en el artículo 167 del (CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, 2001), en el cual manifiesta lo siguiente: *“Prisión preventiva.- (Reformado por el Art. 11 de la Ley 2003-101, R.O. 743, 13-I-2003; por la Disposición Reformativa Tercera, núm. 1, de la Ley s/n, R.O. 544-S, 9-III-2009; y, por las Disposiciones Generales Tercera y Quinta de la Ley s/n, R.O. 555-S, 24-III-2009).- Cuando la jueza o juez de garantías penales lo crea necesario para garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos:*

- 1. Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública;*
- 2. (Reformado por la Disposición General Tercera de la Ley s/n, R.O. 555-S, 24-III-2009).- Indicios claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice del delito; y,*
- 3. Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.*

4. (Agregado por el Art. 38 de la Ley s/n, R.O. 555-S, 24-III-2009).- *Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio.*

5. (Agregado por el Art. 38 de la Ley s/n, R.O. 555-S, 24-III-2009).- *Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio. Art.- (Agregado por el Art. 39 de la Ley s/n, R.O. (pág. 17)*

En lo respecto a la prisión preventiva es la medida solicitada ante el Juez, por parte de fiscalía debidamente motivada, con el objeto de la comparecencia del procesado a juicio, siempre que cumpla con lo descrito en el artículo anteriormente descrito.

A continuación, se procede al auto llamamiento a juicio por parte del Juez Séptimo de Garantías Penales de Pichincha, quien efectúa la audiencia de juzgamiento el 18 de diciembre de 2013, a las 08h34, resolviendo ratificar el estado de inocencia del teniente instructor en servicio pasivo de la Escuela Superior “Eloy Alfaro”, Fernando Mauricio Encalada Parrales, de conformidad con lo establecido en los Arts. 304-A, 309 y 311 del Código de Procedimiento Penal, se dispuso que el teniente instructor en servicio pasivo de la Escuela Superior “Eloy Alfaro”, Fernando Mauricio Encalada Parrales, recupere su inmediata libertad, Inconforme con esta sentencia el acusador particular Michael Andrés Arce Méndez y la doctora Gina Gómez De la Torre, Fiscal de Pichincha, interponen recursos de nulidad y apelación.

Por considerar que existió vulneración de sus derechos establecidos en la Constitución de la República del Ecuador, por la sentencia emitida, principalmente **PORQUE EXISTIÓ LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA Y LA INCORRECTA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL MOMENTO DE LA APLICACIÓN DE PENA.** (normado en el Art.4, numeral decimo tercero, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.)

Mediante autos de 12 de octubre de 2015, las 11h51, y de 5 de noviembre de 2015, las 09h40, respectivamente, este Tribunal de Alzada, de conformidad con el Art. 326 (CODIGO PENAL, (derogado), 1971) estipula que: **“Desistimiento. - (Reformado por la Disposición General Tercera de la Ley s/n, R.O. 555-S, 24-III-2009). Quien haya interpuesto un recurso, puede desistir de él”** (pág. 97),aplicable al caso, aceptó los desistimientos a los recursos de nulidad presentados por la Dra. Gina Gómez de la

Torre, Fiscal de Pichincha, y el acusador particular cadete aspirante a sub teniente de la Escuela Superior Militar “Eloy Alfaro”, Michael Andrés Arce Méndez, por no contravenir a disposiciones constitucionales, ni legales.

Luego de llevarse a cabo la audiencia de apelación y de haber tomado en cuenta todas las pruebas presentadas y fundamentadas por parte del defensor el Dr. Juan Pablo Albán Alencastro, del acusador particular, llega a la conclusión por parte del Tribunal de la Sala Penal de Garantías Penales de la Corte Provincial de justicia de Pichincha, de conformidad en el Art. 250 del (CODIGO PENAL, (derogado), 1971) describe lo siguiente: *Finalidad.- En la etapa del juicio se practicarán los actos procesales necesarios para comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado para, según corresponda, condenarlo o absolverlo.*

Art. 252.- Existencia del delito y culpabilidad. - La certeza de la existencia del delito y de la culpabilidad del acusado se obtendrá de las pruebas de cargo y descargo que aporten los sujetos procesales en esta etapa, sin perjuicio de los anticipos jurisdiccionales de prueba que se hubiesen practicado en la etapa de instrucción Fiscal. (pág. 77)

En lo concerniente a la etapa de juicio. – podemos manifestar que el juicio es el momento procesal oportuno para judicializar y practicar todo tipo de pruebas de las cuales se crean asistido las partes procesales, ya sean estas de cargo y pruebas de descargo, con el objeto de llegar a la verdad de los hechos suscitados, motivo por el cual se inició el proceso legal.

Y el Art. 304 (CODIGO PENAL, (derogado), 1971) estipula que: **Reglas Generales. - La sentencia debe ser motivada y concluirá declarando la culpabilidad o confirmando la inocencia del procesado; en el primer caso, cuando el tribunal de garantías penales tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo; y en el segundo caso, si no se hubiere comprobado la existencia del delito o la responsabilidad del procesado, o cuando existiere duda sobre tales hechos.**

En lo referente a la sentencia podemos decir que la sentencias se deben emitir por los jueces quienes se encuentran dirigiendo el proceso o llevando el caso, se debe realizarla bajo los parámetros ya preestablecido en el ordenamiento jurídico correspondiente, en este caso es a lo establecido en el artículo anteriormente descrito.

Base fundamental de una sentencia es el cumplimiento del principio de motivación correspondiente para que una sentencia sea considerada como tal y contenga su valor.

Art. 306.- Sentencia reducida a escrito. - Luego de haber pronunciado su decisión en la forma prevista en el artículo precedente, y dentro de los tres días posteriores, el tribunal de garantías penales elaborará la sentencia que debe incluir una motivación completa y suficiente, y la regulación de la pena respectiva en caso que se hubiera declarado la culpabilidad del procesado. Por secretaría se procederá a notificar a los sujetos procesales con la sentencia, de la que se podrán interponer los recursos expresamente previstos en este Código y la Constitución de la República del Ecuador.

A más de las sentencias orales dictadas en juicio por parte de los jueces de los tribunales, la misma se debe reducir a una sentencia escrita, la cual será notificada a las partes procesales, y si a merita por parte del acusador particular o a su vez por el procesado pueden recurrir a interponer los recursos pertinentes de acuerdo a lo ya preestablecido en la norma constitucional como, por ejemplo: recurso de apelación antes la sala correspondiente, recurso de casación y el de revisión etc.

Art. 307.- Acta del Juicio.- El secretario debe elaborar un acta sobre el juicio que contendrá: 1. Lugar y fecha de iniciación y finalización de la audiencia, con mención de su suspensión y reanudación; 2. El desarrollo del juicio, con mención del nombre y apellido de los jueces, de las partes, testigos, peritos, traductores, los elementos de prueba producidos durante la audiencia y las grabaciones magnetofónicas, de video, o electrónicas efectuadas, que se anexarán al acta; y, 3. Las peticiones y decisiones producidas en el curso del juicio, y las conclusiones finales de las partes.

El acta debe ser firmada por el secretario. (págs. 93,94),

A más de todo lo estipulado en el artículo anterior es necesario que exista por lo menos dos votos de tres a favor o en contra de la persona procesada, si es a favor la sentencia sería absolutoria de culpabilidad determinando de esta manera el fin de medidas cautelares en caso de existir en contra del procesado, caso contrario sería condenatoria manifestando de manera textual como se ha llegado comprobar la existencia de dicho delito y la pena a la cual es meritorio el hecho antijurídico.

aplicables al caso: Aceptar el recurso de apelación interpuestos por los recurrentes cadete aspirante a sub teniente de la Escuela Superior Militar “Eloy Alfaro”, Michael Andrés Arce Méndez, y Fiscalía General del Estado a través de la Dra. Gina Gómez de la Torre, Fiscal de Pichincha, en consecuencia, se revoca la sentencia dictada por el Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha y declara la culpabilidad del teniente instructor en servicio pasivo de la Escuela Superior “Eloy Alfaro”, Fernando Mauricio Encalada Parrales, como autor y responsable del delito tipificado y sancionado en el Art. 212.5- (CODIGO PENAL, (derogado), 1971) describe que: **“Será sancionado con prisión de seis meses a tres años:**

1) El que, por cualquier medio, difundiere ideas basadas en la superioridad o en el odio racial; 2) El que incitare, en cualquier forma, a la discriminación racial; 3) El que realizare actos de violencia o incitare a cometerlo contra cualquier raza, persona o grupo de personas de cualquier color u origen étnico; y, 4) El que financiare, asistiere o ayudare cualquier clase de actividades racistas. 5) Si los delitos puntualizados en este artículo fueren ordenados o ejecutados por funcionarios o empleados públicos, la pena será de prisión de uno a cinco años” (pág. 67), en concordancia con el Art 42 ibídem, en calidad de autor, imponiéndole la pena de un año de prisión correccional y en razón de haberse justificado circunstancias atenuantes establecidas en el Art. 29 (CODIGO PENAL, (derogado), 1971) en los numerales (6°) dispone lo siguiente: **“Ejemplar conducta observada por el culpado con posterioridad a la infracción”.**

y (7°).- **“Conducta anterior del delincuente que revele claramente no tratarse de un individuo peligroso”.** (pág. 10)

Y no existiendo circunstancias agravantes, se modifica la misma, **imponiéndole la pena de cinco meses y veinticuatro días de prisión correccional, pena que de conformidad con la revisión del expediente se encuentra cumplida.** Se declara procedente la acusación particular presentada por cadete aspirante a sub teniente de la Escuela Superior Militar “Eloy Alfaro”, Michael Andrés Arce Méndez. De conformidad con el Art. 78 (CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR (2008), 2011) el cual estipula que : **“Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no re victimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u**

otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. (pág. 37), en concepto de reparación integral se dispone: 1) Publicación de la presente sentencia en los medios de difusión oficial de las Fuerzas Armadas del Ecuador, tanto escritas, como en los portales institucionales; 2) Disculpas públicas por parte del sentenciado a favor del cadete aspirante a sub teniente de la Escuela Superior Militar “Eloy Alfaro”, Michael Andrés Arce Méndez, en una ceremonia militar en la Escuela Superior Militar “Eloy Alfaro”; 3) Tratamiento psicológico tanto del ofendido Michael Arce Méndez como del hoy sentenciado Fernando Mauricio Encalada Parrales; 4) Con daños y perjuicios que deberá ser cancelados por el sentenciado a favor de la víctima, de conformidad con el Art. 31 (CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, 2001) dispone: *"Competencia en los juicios de indemnización. Para determinar la competencia en los juicios de indemnización, se seguirán las reglas siguientes:*

1.- De los daños y perjuicios ocasionados por la infracción:

c) (Reformado por el Art. 5 y por la Disposición General Quinta de la Ley s/n, R.O. 555-S, 24-III-2009).- Si la infracción fue de acción privada, la competencia le corresponde al juez de garantías penales que dictó la sentencia si en esta igualmente no fue posible determinar los perjuicios, o si la determinación fue solo parcial; y,

d) En los casos de fuero, será competente el Presidente de la Corte respectiva.

(pág. 4)

Sintiéndose inconforme con la decisión del Tribunal de la Sala de lo Penal, de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el teniente instructor en servicio pasivo de la Escuela Superior Militar “Eloy Alfaro”, Fernando Mauricio Encalada Parrales, Dentro de término legal, interpone recurso de casación ante La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión penal, según los artículos: Art. 184.1 (CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR (2008), 2011) estipula: *“Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes:*

1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley” (pág. 67).

El recurso de casación se debe realizarlo o presentarlo ante la Corte Nacional de Justicia de acuerdo a lo descrito anteriormente en el artículo precedente.

Y el Art.349 (CODIGO PENAL, (derogado), 1971)y siguientes determina: y el Art. 186.1 (CODIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL, 2009-2015) dispone lo siguiente: **“Competencia de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. - La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito conocerá:**

1. Los recursos de casación y revisión en materia penal, incluida la penal tributaria y penal aduanera; (pág. 72)

Por lo expuesto, integran Tribunal de Casación, los señores Conjueces Nacionales, doctores: Richard Villagómez Cabezas (Ponente), Edgar Flores Mier y Zulema Pachacama Nieto, considerándose además que ninguna de las partes procesales, ya sea a través de medio escrito u oral ha cuestionado, mediante excusa, la integración de este órgano jurisdiccional pluripersonal, asegurándose de esta manera la garantía del juez imparcial declarada en los artículos: Artículo 14 1. (PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, 2008-2012) **“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (págs. 25,26).**

Y el Artículo 8 (CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ), 1969,1978,1977) manifiesta lo siguiente: ***Garantías Judiciales***

“1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. (pág. 3)

Y el Art.76.7. (CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR (2008), 2011) (k) dispone: ***“Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto”*** (pág. 34). Este recurso de casación ha sido tramitado conforme los artículos Art. 352 (CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, 2001) ***(Sustituido por el Art. 107 de la Ley s/n, R.O. 555-S, 24-III-2009).***- ***“El recurso se fundamentará en audiencia oral, pública y contradictoria, siguiendo el procedimiento previsto en el Art. 345 de este Código, en lo que fuere aplicable.*** (pág. 33). (vigente a la fecha del procesamiento), en concordancia con el artículo 76. 3 (CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR (2008), 2011),que dispone: ***“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”***, (pág. 34). Sin que exista omisión sustancial que constituya error en el procedimiento que pueda influir en la decisión de la causa, por lo que se declara la validez de lo actuado con ocasión de este medio impugnatorio.

Revisado el recurso de casación y argumentación jurídica, interpuesto por el procesado teniente instructor en servicio pasivo de la Escuela Superior “Eloy Alfaro”, Fernando Mauricio Encalada PARRALES, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, por unanimidad declara improcedente el recurso de casación.

Ya que la argumentación jurídica pronunciado por el defensor de quien interpone este recurso de casación, el teniente instructor en servicio pasivo de la Escuela Superior,

Fernando Mauricio Encalada Parrales, no es la adecuada para la interposición de este recurso.

Con el estudio del presente caso lo que se quiere lograr es demostrar que existió la violación del principio de congruencia, consecuentemente el debido proceso, y la correcta valoración de la prueba, en relación a la pena establecida por quienes fueron los encargados de la administración de justicia durante la sustanciación del presente caso No.17247-2013-0414, por delito de odio racial tipificado en el Art. 212.5 del Código Penal (vigente).

GLOSARIO DE TERMINOS

CONGRUENCIA. - La congruencia procesal penal se ubica en el principio acusatorio según el cual debe existir un acto de acusación, una separación de las funciones de acusar y juzgar y una correlación entre la acusación y el fallo que se emita.

VICTIMA. - La **víctima** es la persona física que sufre un daño provocado por un sujeto.

PENA. - La pena también puede considerarse como una sanción que produce la pérdida o restricción de derechos personales.

ODIO. - El delito de odio o fomento de la violencia contra grupos o personas determinadas por motivos racistas, étnicos, ideológicos, religiosos, etc., pretende proteger el respeto al diferente, sometiendo las libertades de expresión e intelectuales, a un principio superior: “la igualdad y dignidad de todos los ciudadanos”.

DISCRIMINACION. - Trato diferente y perjudicial que se da a una persona por motivos de raza, sexo, ideas políticas, religión, etc.

PRUEBA. – Cosa material, hecho, suceso, razón o argumento con que se prueba o se intenta probar que algo es de una determinada manera y no de otra.

PROCESADO. - Aquel contra el cual se ha dictado auto de procesamiento por las

pruebas o indicios existentes o supuestos contra él; y que, como presunto reo, comparecerá ante el juez o tribunal que lo deberá absolver, de no declararlo culpable e imponerle la pena correspondiente.

RECURSO. – Medio, procedimiento extraordinario. Por antonomasia, en lo procesal, la reclamación que, concedida por ley o reglamento, formula quien se cree perjudicado o agraviado por la providencia de un juez o tribunal, para ante el mismo o el superior inmediato, con el fin de que la reforme o revoque.

TRIBUNAL. – El **tribunal de justicia (juzgado o corte)** es un órgano público cuya finalidad principal es ejercer la jurisdicción, es decir, resolver litigios con eficacia de cosa juzgada, sin perjuicio de cumplir otros actos que las leyes que los organizan les puedan atribuir, los cuales forman parte de la jurisdicción voluntaria.

GARANTIAS. - Acción y efecto de asegurar o responder por una cosa. Certeza de que algo ha de ocurrir.

APELACION. - Recurso que la parte cuando se considera agraviada por la resolución de un juez o tribunal, eleva a una autoridad judicial superior: para que, con el consentimiento de la cuestión debatida, revoque, modifique o anule la resolución apelada. Pueden apelar, por lo general, ambas partes litigantes.

SENTENCIA. – La **sentencia** es una resolución judicial dictada por un juez o tribunal que pone fin a la Litis (civil, de familia, mercantil, laboral, contencioso-administrativo, etc.) o causa penal. La **sentencia** declara o reconoce el derecho o razón de una de las partes, obligando a la otra a pasar por tal declaración y cumplirla.

CASACIÓN. - Acción de anular y declarar sin ningún efecto un acto o documento.

DELITO. - Etimológicamente, la palabra *delito* proviene del latín *delictum*, expresión también de un hecho antijurídico y doloso castigado con una pena.

PRINCIPIOS. - Norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta.

Base, fundamento o causa, especialmente aquel en que se apoya un estudio o conocimiento.

TESTIMONIO. - Atestación o aseveración de una cosa.

INTRODUCCION

El Sistema Procesal Penal Ecuatoriano, se encuentra en completa relación con la normativa Constitucional, ya que se basa en la aplicación de los principios y garantías que se encuentran, establecidas para poder velar el cumplimiento y el respeto del debido proceso, y los derechos de las partes, a más de esto nuestra constitución garantiza protección de los derechos humanos, los mismos que son de “igual jerarquía”, como se encuentra establecido en el artículo 11 (CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR (2008), 2011) numeral (6) *dispone: “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”* (pág. 11), de forma específica se encuentra el Derecho al Debido Proceso, el Derecho a la Defensa y la Tutela Judicial Efectiva, los cuales son de mayor relevancia para realizar el presente estudio de caso, estos derechos se encuentran tipificados en la Constitución de la República del Ecuador que garantiza la aplicación de los principios tal y como lo determina el artículo 11 (CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR (2008), 2011) numeral 3 determina que: *“Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”*. (pág. 11), son “de directa aplicación”, y a más de esto por los principios de: Congruencia, Sana Crítica y Iura Novit Curia (el juez conoce de derecho), establecidos en los artículos 76 y 77 de la nuestra Carta Magna.

En el presente trabajo investigativo estudio de Caso No. 17247-2013-0414, se realizara el análisis de la normativa jurídica utilizada en el desarrollo del proceso, que se dio inicio por la existencia de un presunto delito de **ODIO RACIAL**, tipificado en el Art.212.5 (CODIGO PENAL, (derogado), 1971) que dispone: *“Será sancionado con prisión de seis meses a dos años el que cometiere actos de violencia moral o física de odio o desprecio contra una o más personas en razón del color de su piel, raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad”*, del cual se desprende como presunto actor al teniente instructor en servicio pasivo de la Escuela Superior Militar “ Eloy Alfaro”, Fernando Mauricio Encalada Parrales, el presunto delito se consumó el año 2011, se encontraba vigente en el entonces Código Penal (derogado) y su procedimiento en el Código de Procedimiento Penal (derogado); lo cual, por lo que de conformidad a lo estipulado en

la disposición transitoria primera del Código Orgánico Integral Penal, se sustanciarán dichos procesos con las reglas estipuladas en el Código de Procedimiento Penal, aquellas infracciones que hubieren sido cometidas durante la vigencia de este, sin perjuicio de las normas del debido Proceso previstas en la Constitución de la República del Ecuador.

A criterio personal, al contrario de lo que manifiestan distintos profesionales del derecho penal, quienes sostiene que el Sistema Procesal Penal, durante la vigencia del Código de Procedimiento Penal, en vez de ser Inquisitivo ***“El principio inquisitivo, sistema inquisitorio, inquisitorio, inquisitorial, es un principio jurídico propio del Derecho procesal de ordenamientos jurídicos históricos, en el que el juez o tribunal que instruía y juzgaba el proceso era parte activa en éste, sumando sus propias alegaciones y pretensiones a la causa en la que posteriormente emitiría sentencia”.***, (https://es.wikipedia.org/wiki/Principio_inquisitivo)

Fue una mezcla de Sistema Acusatorio ***El Sistema Penal Acusatorio, orienta sus beneficios a la víctima del hecho delictivo, nada es posible, sin la garantía de la reparación del daño, respecto a la cual la víctima exprese su conformidad, con una adecuada representación legal y defensa de sus intereses por parte del Fiscal del Ministerio Público, que a la vez debe garantizar el pleno respeto a los Derechos Humanos del imputado.*** (<http://proyectojusticia.org/sistema-penal-acusatorio-fases-cnpp/>), he Inquisitivo clásicos, llamándose Acusatorio Formal, sin embargo, los avances del Garantismo, han creado con la vigencia de la constitución, un cuerpo de normas de Derecho Penal y Procedimiento Penal más acorde con la Carta Magna como es el Código Orgánico Integral Penal; pero en vista de que al momento del cometimiento de la infracción la Constitución estaba vigente, está perfectamente justificado que deban respetarse los derechos, principios y garantías establecidas en la Constitución de la República del Ecuador los cuales fueron vulnerados en el caso específico de estudio e investigación.

El problema jurídico en el presente caso es la ***“violación del principio de congruencia en cuanto a la valoración de la prueba y la resolución emitida por el Juez,*** de lo cual da origen a la pregunta ¿Qué significa vulneración al Principio de Congruencia y, por tanto, una incorrecta Valoración de la Prueba en el presente caso?

Existen reglas que establecen, cuándo puede el juez vulnerar dicho principio sin que signifique menoscabo del Derecho a la Defensa, pero aquello podría significar un quebrantamiento del Sistema Procesal.

CAPÍTULO I

1. PLANTEAMIENTO DEL CASO A SER INVESTIGADO

1.1 Presentación del caso

El caso a estudiar e investigar comienza, cuando el cadete aspirante a sub teniente de la Escuela Superior Militar, Michael Andrés Arce Méndez, luego de incorporarse como bachiller de la República del Ecuador con los más altos méritos obtenidos durante su periodo de estudio en el prestigioso Colegio Mejía, de la ciudad de Quito, ingresó a la Escuela Superior Militar “Eloy Alfaro”, después de haber culminado con éxito la etapa de selección y reclutamiento. Siendo el mayor de sus sueños el de convertirse en el primer general afro ecuatoriano. El señor Michael Andrés Arce Méndez, fue cadete de la escuela Militar, durante su entrenamiento en la base Pucará en la Escuela “Eloy Alfaro”, había sido objeto de un trato humillante, de odio y de acoso personal; el ex cadete Michael Arce Méndez, había denunciado este hecho en la Defensoría del Pueblo y en la Escuela Militar, es así que por las investigaciones realizadas por la Defensoría del Pueblo, en ejercicio de sus funciones, realizaron una investigación bajo el principio de la informalidad, los funcionarios de dicha institución se entrevistaron con los cadetes de la Escuela Superior, sin que éstos indiquen sus nombres, quienes confirmaron los hechos denunciados por el ex cadete Arce, recibió un trato discriminatorio, degradante y prejuiciado en su instrucción militar ya que debía realizar ejercicios físicos excesivos, en muchas ocasiones no le permitían comer o le impedían que lo haga dentro del comedor, conjuntamente con sus compañeros, además le ordenaban que realice turnos a semana seguida, sin relevo y sin descanso, era calificado como inútil, sucio, vago, inservible, debía cargar por mucho tiempo una piedra grande en su maleta, le obligaban salir de la ducha para que rapte y se revuelque en la tierra, le hacían que permanezca más tiempo que el resto de cadetes en la piscina de agua fría, lo que le causó hipotermia, en horas de la madrugada le obligaban a ducharse en agua fría y le aplicaban gas picante, era obligado a boxear hasta 10 peleas con tres compañeros al mismo tiempo, producto de esto le habían ocasionado una fractura en la nariz y un esguince en el brazo derecho impidiéndole salir al policlínico, era obligado a pelear con mujeres como una manera de desvalorizarle su fuerza y su capacidad; le dotaron de un fusil en mal estado para que se largue y pida la baja. Estos actos denigraron su dignidad humana lo que atentó sus derechos humanos, que dieron lugar a que el cadete aspirante a sub teniente

de la Escuela Superior Militar, Michael Andrés Arce Méndez solicite la baja voluntaria de la institución militar, por todas las humillaciones recibidas de parte del teniente en servicio pasivo de la Escuela Superior Militar “Eloy Alfaro”

1.2 Objetivos del análisis o estudio de caso

Objetivo General

Analizar la normativa aplicada durante el proceso en protección de los derechos establecidos en la Constitución como son: el derecho a no ser discriminado y el derecho de igualdad de las personas, por medio de la concientización en base a la aplicación de las normas, principios y garantías por parte de los Jueces y Juezas encargados de la administración de justicia.

Objetivos Específicos

Análisis y estudio jurídico enfocados a los derechos de igualdad y el de no discriminación.

Determinar la existencia de inconsistencias jurídicas en el desarrollo del procedimiento del caso de delito de odio racial.

Determinar una solución jurídica y correcto procedimiento en cuanto a los derechos a la no discriminación y el de igualdad.

CAPITULO II

CONTEXTUALIZACIÓN DEL CASO.

Planteamiento del problema a solucionar

Violación de principios y derechos constitucionales, durante la sustanciación del proceso en el referido caso No. 17247-2013-0414, por el delito de odio racial, tipificado en el Art.212.5, del Código Penal (derogado). En contra del ex aspirante a sub teniente de la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro, Andrés Michael Arce Méndez, por parte del teniente instructor de la institución militar Eloy Alfaro, Fernando Mauricio Encalada Parrales.

Objetivo general del estudio de caso

Analizar la normativa aplicada durante el proceso, en protección de los derechos establecidos en la Constitución como son: el derecho a no ser discriminado y el derecho de igualdad de las personas, por medio de la concientización en base a la aplicación de las normas, principios y garantías por parte de los Jueces y Juezas encargados de la administración de justicia.

¿Qué debemos analizar en el estudio del presente caso?

Se llevará a cabo el análisis de normativa utilizada, por quienes intervinieron en el desarrollo del proceso jurídico, denominadas también como partes procesales.

¿Cómo se realizará el análisis de la normativa utilizada en el referido caso?

Será realizado el análisis a través del estudio del caso y las conclusiones hechas por el investigador.

¿Para qué se realizará el estudio del presente caso?

Será con el objetivo de sentar precedente y la concientización de las y los Jueces encargados de la administración de la justicia en nuestro país, para que en casos similares no se cometan las mismas vulneraciones de derechos y garantías constitucionales, anteriormente descritas

Debemos tomar en cuenta que en todo proceso, dentro del ámbito judicial se debe enfocar con mayor prioridad el derecho al Debido Proceso, el cual se encuentra

tipificado en la (CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR (2008), 2011) Art. 76 que estipula: “ *En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas*”, (pág. 34) como uno de los derechos de Protección, pues en el sistema procesal penal ecuatoriano, la aplicación de este derecho contiene muchas falencias, siendo este muy deficiente al momento de proteger los derechos y garantías constitucionales, que se deben tomar en cuenta para sobrellevar un proceso jurídico, como consecuencia de esto tenemos violación de derechos, principios, garantías y normas jurídicas, establecidas en cuerpos legales, destinados a garantizar una convivencia social y armónica, en el estado ecuatoriano.

La Constitución de la República del Ecuador, establece los Principios de Aplicación de los Derechos en el Art. 11, numeral 2, inciso segundo el derecho a no ser discriminado.

Es así que al igual que en la Constitución de la república del Ecuador, se encuentra tipificado en el artículo anteriormente descrito, en el Artículo 176 (CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL , 2014) determina lo siguiente: “*Discriminación. - La persona que salvo los casos previstos como políticas de acción afirmativa propague practique o incite a toda distinción, restricción,*

exclusión o preferencia en razón de nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad o estado de salud con el objetivo de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos en condiciones de igualdad, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. (pág. 29) en el cual de manera clara y precisa se encuentra especificado que el acto de discriminación es un delito, a más de este en Art. 177 (CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL , 2014) se encuentra determinado lo concerniente al delito de odio y sanción correspondiente en caso de infringirlo. (pág. 30), trata sobre el delito de odio el cual está tipificado en esta norma y de este artículo manifiesta el caso específico de estudio, que con el Código Penal (derogado) se encontraba en el Art. 212.5 en el cual nos manifiesta que es todo acto que vaya en contra de la persona o grupo de personas enfocados en su lugar de nacimiento su color de piel su condición social o cualquier otra manifestación que vaya

en contra de los derechos y garantías constitucionales es considerado como delito y el infringirlo conlleva una pena.

2.1 ANTECEDENTES DEL CASO.

El ex cadete aspirante a sub teniente de la Escuela Superior Militar ,Andrés Arce Méndez, fue cadete y durante su entrenamiento en la Fase Pucará ubicada en las instalaciones de la Escuela Superior, por haber sido objeto de un trato humillante, de odio y de acoso personal; el ex cadete Michael Arce Méndez, presenta la denuncia de este acontecimiento, en la Defensoría del Pueblo y en la Escuela Militar, es así que por las investigaciones realizadas por funcionarios de la institución anteriormente mencionada, bajo el principio de la informalidad, entrevistándose con los cadetes de la Escuela Militar, quienes fueron compañeros de instrucción del hoy ex cadete aspirante a sub teniente de la Escuela Superior, sin que éstos indiquen sus nombres, quienes confirmaron los hechos denunciados, manifestando que efectivamente recibió un trato discriminatorio, degradante y prejuiciado durante su permanencia como cadete de la institución militar referida “Eloy Alfaro”, ya que debía realizar ejercicios físicos excesivos, en muchas ocasiones no le permitían comer o le impedían que lo haga dentro del comedor, conjuntamente con sus compañeros, además le ordenaban que realice turnos a semana seguida, sin relevo y sin descanso, era calificado como inútil, sucio, vago, inservible, debía cargar por mucho tiempo una piedra grande en su maleta, le obligaban salir de la ducha para que rapte y se revuelque en la tierra, le hacían que permanezca más tiempo que el resto de cadetes en la piscina de agua fría, lo que le causó hipotermia, en horas de la madrugada le obligaban a ducharse en agua fría y le aplicaban gas picante, era obligado a boxear hasta 10 peleas con tres compañeros al mismo tiempo, producto de esto le habían ocasionado una fractura en la nariz y un esguince en el brazo derecho impidiéndole salir al policlínico para que pueda ser atendido, era obligado a pelear con mujeres como una manera de desvalorizarle su fuerza y su capacidad; le dotaron de un fusil en mal estado con el objetivo que durante las prácticas de tiro falle y pueda manifestar su malestar y así solicitar la baja. Estos actos denigraran su dignidad humana lo que atentó sus derechos humanos, que dieron lugar a que Michael Arce solicite la baja voluntaria de la institución, Escuela Superior, a la cual pertenecía como cadete aspirante a sub teniente. Con todo lo investigado por parte de la Defensoría del Pueblo elabora un informe en el cual manifiesta específicamente la aceptación de la queja presentada por el ex cadete aspirante a sub teniente de la referida institución. Y declara que el teniente instructor de la Escuela Superior Militar en servicio pasivo Fernando Mauricio Encalada PARRALES, vulneró el

derecho a la integridad personal, el derecho a la igualdad y no discriminación racial y el derecho a la educación que constitucionalmente le son reconocidos al ex cadete aspirante a sub teniente de la Escuela Superior Militar.

Sirviendo como base fundamental para dar inicio al proceso por parte de la fiscalía presentando el caso ante el Juez Séptimo de Garantías Penales de Pichincha por la existencia del presunto delito de odio racial tipificado en el Art.212.5 del Código Penal (derogado), presuntamente cometido por el teniente Fernando Mauricio Encalada Parrales instructor en servicio pasivo de la Escuela Militar, en contra del hoy acusador partícula de este caso el ex cadete de la Escuela “Eloy Alfaro”, Andrés Michael Arce Méndez.

luego de llevarse las fases procesales tales como: indagación previa, audiencia de formulación de cargos, instrucción fiscal, audiencia preparatoria de juicio y por último la audiencia de juicio en la cual después de realizar las diligencias establecidas en la norma para conllevar un proceso el Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha, el procesado mantiene su estatus de inocente y es ratificado el mismo con lo cual se puede evidenciar que ha existido la vulneración total de los derechos reconocidos en la Constitución a favor de todas las personas en este caso a favor del Sr. Arce .

2.2 FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA DEL CASO.

PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO establecido en el art. 76 (CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR (2008), 2011) determina que:

“Se denomina debido proceso a un principio general del derecho, que establece que el Estado tiene la obligación de respetar la totalidad de los derechos que la ley le reconoce a un individuo.

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso” (pág. 34)

se puede definir al debido proceso y al sistema procesal penal, como el conjunto de principios y procedimientos sucesivos ordenados, dentro de los cuales se investiga un delito, cuya finalidad fundamental es llegar a buscar la verdad de un hecho llamado delito, pero siempre respetando los derechos del procesado- acusado. (<https://www.derechoecuador.com/garantia-del-debido-proceso>).)

Por tanto, el Debido proceso es el cumplimiento de todo lo estipulado en el ordenamiento jurídico, para brindar la seguridad jurídica a quienes están inmersos en una controversia legal, ya sea este producto de la vulneración de derechos o garantías establecidas en la Constitución o cualquier ordenamiento jurídico.

En particular la manifestación clara del derecho a la defensa y el momento del proceso legal, llagando a si a una justicia verdadera.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA LO ESTIPULA EL ART. (4) DELA (normado en el Art.4, numeral decimo tercero, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.)***13. Iura novit curia.- La jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional.*** (pág. 4)

Manifestando de manera clara y precisa el cumplimiento de la norma en todo su esplendor para la resolución de controversias judiciales en todo ámbito.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE ACUERDO A LO QUE SE ENCUETRA ESTIPULADO EL ART.5 (CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL , 2014)

No hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla. (pág. 6)

El principio de legalidad o primacía de la ley es un principio fundamental, conforme al cual todo ejercicio de un poder público debe realizarse acorde a la ley vigente y su jurisdicción y no a la voluntad de las personas. Si un Estado se atiene a dicho principio entonces las actuaciones de sus poderes estarían sometidas a la constitución y al estado actual o al imperio de la ley.

La legalidad penal es entonces un límite a la potestad punitiva del Estado, en el sentido que sólo pueden castigarse las conductas expresamente descritas como delitos en una ley anterior a la comisión del delito.

(https://es.wikipedia.org/wiki/Principio_de_legalidad)

Podemos manifestar que el Principio de Legalidad en Derecho Penal es el cumplimiento mismo de lo manifestado en la norma siempre y cuando esta se encuentre enmarcado en el ordenamiento jurídico correspondiente, se encuentre establecido el delito y su sanción correspondiente.

PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN mediante lo que manifiesta el 11 de (CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR (2008), 2011)

“Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación” (pág. 11).

Y lo establecido en el Art. 176 (CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL , 2014).

“La persona que salvo los casos previstos como políticas de acción afirmativa propague practique o incite a toda distinción, restricción exclusión o preferencia en razón de nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad o estado de salud con el objetivo de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos en

condiciones de igualdad, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. (pág. 30)

Discriminación pensamiento herrado por parte de quienes no toleran diferencias sociales, culturales, étnicas, políticas existentes en un estado, que trae consigo discrepancias personales.

PRINCIPIO DE IGUALDAD COMO LO ESTABLECE EL ART.11, NUMERAL (2), INCISO (1),DE LA (CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR (2008), 2011) “ todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades”. (pág. 11)

La igualdad ante la ley, Igualdad bajo la ley, Igualdad ante los ojos de la ley o Igualdad jurídica es el principio que reconoce que todas las personas deben ser tratadas de la misma manera por la ley, y que estén sujetas a las mismas leyes de justicia, reconoce la equiparación igualitaria de todos los ciudadanos en derechos civiles y políticos, por lo tanto, la ley debe garantizar que ningún individuo o grupo de individuos sea privilegiado o discriminado por el estado sin distinción de raza, sexo, orientación sexual, género, origen nacional, color, origen étnico, religión u otras características ya sean personales o colectivas sin parcialidad.

La igualdad ante la ley, es el conjunto de derechos y garantías del ordenamiento jurídico. El contenido de las leyes sea igual para todos, o desigual si así corresponde, sobre la fase o en función de la justicia. Igualdad ante la ley, implica que todos tienen el mismo trato de la ley, no sólo los órganos del Estado, como asimismo, tales órganos estatales deben interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico, sin incurrir en discriminación, este principio sólo implica la no discriminación por parte del estado como una limitación de su poder y no aplica a personas o empresas privadas ya que implicaría una violación de derechos y libertades individuales como los de libre Asociación, expresión o de propiedad (https://es.wikipedia.org/wiki/Igualdad_ante_la_ley.)

Igualdad trato justo e igualitario para todos quienes hacemos uso del sistema jurídico, un medio para la solución de conflictos jurídicos y sociales, en busca de una convivencia armónica y llevadera.

DELITO DE ODIOS DE ACUERDO AL ART. 177 DEL (CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL , 2014) DETERMINA QUE:

“La persona que cometa actos de violencia física o psicológica de odio, contra una o más personas debido a su nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad, estado de salud o portar VIH, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años”. (pág. 30)

De la descripción del tipo penal vale recalcar que: los crímenes basados en prejuicios son aquellos perpetrados contra una determinada víctima porque es percibida como parte de un grupo determinado, que puede ser racial, nacional, étnico, y cumple con ciertos elementos y que son necesarios para la configuración del tipo penal, como son:

La víctima debe ser una o varias personas identificadas con un determinado grupo con características particulares, en donde este grupo puede ser por ejemplo en razón de raza, idioma religión, origen étnico, nacionalidad o cualquier otro factor semejante en común”

Se debe tomar en consideración el aspecto social, macro social que muestren estereotipos indistintamente de quien sea la víctima; ya sea por la existencia de prejuicios; existencia de una agresión sea física, psicológica o muerte del titular del bien jurídico protegido y que evidencie necesariamente el resultado de no aceptación de la o las víctimas o un determinado grupo.

En este último punto es necesario resaltar que estos delitos cometidos responden a un mensaje por el agresor a determinado grupo, a lo que lo podemos también considerar como una advertencia de que en cualquier momento les puede suceder a otros (Patsilí Toledo Vásquez, 2014, pàg. 178).

PRINCIPIO DE MOTIVACIÓN DE ACUERDO A LO QUE SE ENCUENTRA ESTABLECIDO EN EL ART.5, NUMERAL (18), DEL (CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL , 2014)

“La o el juzgador fundamentará sus decisiones, en particular, se pronunciará sobre los argumentos y razones relevantes expuestos por los sujetos procesales durante el proceso” (pág. 6)

La motivación de la sentencia es la parte de la sentencia que indica las razones que han conducido al juez a fallar en uno u otro sentido, demostrando así que su decisión no es arbitraria, sino resultado del correcto ejercicio de la función jurisdiccional. Así, el juez muestra las razones que le han conducido a tomar su decisión y permite a las partes involucradas conocer esas razones, y al mismo tiempo, hace posible el posterior control del proceso por los órganos y tribunales superiores (<https://www.euroresidentes.com/empresa/motivacion/motivacion-juridica>).

PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL DE ACUERDO AL ART. 424 (CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR (2008), 2011) DISPONE:

“La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica” (pág. 126)

La supremacía constitucional debe ser entendida desde dos dimensiones: la supremacía material y la formal. Entendiéndose como material, la superioridad del contenido de la Constitución y su rigidez en cuanto a procedimientos de reforma; y, como formal, conforme a los requisitos y procedimientos para que una norma de menor jerarquía se

ajuste al texto superior bajo el predominio de aquellos principios fundamentales y fundantes. ((<https://www.derechoecuador.com/principio-de-supremacia-constitucional>))

PRINCIPIO DE APLICACIÓN DIRECTA E INMEDIATA DE LA CONSTITUCIÓN ESTABLECIDO EN EL ART. 11, NUMERAL (3) DE LA (CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR (2008), 2011)

“Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”. (pág. 11)

El principio de aplicación directa e inmediata de los derechos y garantías constitucionales está orientado al ejercicio de los mismos, de tal modo que rige en todo el ordenamiento jurídico y sirve como fuente en la redacción de normas de desarrollo legislativo de derechos constitucionalmente reconocidos, constituyéndose en uno de los fundamentos sobre el que descansa la validez del ordenamiento jurídico (<https://www.derechoecuador.com/principio-constitucional-de-aplicacion-directa-e-inmediata>)

Al ser considerado el Ecuador como un estado de derechos y justicia la aplicación de la norma constitucional debe ser prioritaria al tratarse de principios, derechos y garantías de acuerdo al orden jerárquico de la ley.

DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA SEGÚN A LO ESTABLECIDO EN EL ART. 82 DE LA (CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR (2008), 2011)

“El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”. (pág. 38)

Todos los seres humanos desde su nacimiento gozan de varias prerrogativas, ingénita a su naturaleza humana, como la libertad, la inocencia, la vida, la dignidad, y entre esos privilegios básicos de toda persona que asegura su trato igualitario, afianzando una justicia social, está el derecho a la seguridad jurídica, y que constituye uno de los bienes más preciados que el Estado debe garantizar a sus súbditos.

En todos los tiempos y en toda clase de estados inconmensurablemente se ha discutido sobre la preeminencia de la seguridad jurídica, sin embargo, ésta dispensa que forma parte de los derechos humanos reconocido en casi todas las legislaciones positivas del mundo, es el que más veces ha sido vulnerado por los ungidos del poder público, quizá por no haberlo considerado como un derecho fundamental, o quién sabe para ocultar su arbitrariedad o exceso en el ejercicio del poder. ((<https://www.derechoecuador.com/la-seguridad-juridica>).)

DERECHOS DE LIVERTAD EN LO REFERENTE AL ART. (66), LITERAL (A) DE LA (CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR (2008), 2011) estipula que: a) *La integridad física, psíquica, moral y sexual.*

En lo referente a la integridad física. - es que nadie debe ser maltratado físicamente de ninguna manera, como en el caso que se ha estudiado han existido maltratos físicos y excesivos.

Integridad psíquica. - es el respeto que se debe mantener hacia el pensamiento de las y los ciudadanos.

PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN.

¿Existió el respeto al Debido Proceso en el presente caso?

El Debido Proceso es un principio general del derecho, en el cual se hace referencia que él, Estado tiene la obligación de **respetar y hacer respetar la totalidad de los derechos**, establecidos en el ordenamiento jurídico, que la ley les reconoce a las y los individuos que pertenecen a una sociedad.

De acuerdo al estudio realizado al caso, no se respetó el Debido Proceso establecido en la Constitución, ya que existieron derechos y principios vulnerados en el desarrollo del proceso por parte de los jueces del Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha, en el momento de la valoración de la prueba, existió la violación del principio de congruencia el cual tiene relación con la prueba su correcta valoración y la decisión final emitida por el Juez, quien en sentencia ratifico el estatus de inocente del procesado por el delito que lo inculpaba, al no poder demostrar la culpabilidad del teniente instructor en servicio pasivo de la Escuela Superior Militar “Eloy Alfaro”, Fernando Mauricio Encalada Parrales, por parte del acusador particular el Sr. Ex cadete aspirante a sub teniente de la Escuela Superior Militar, Andrés Michael Arce Méndez y la Fiscal de pichincha Dra. Gina de la Torre, en la sentencia en la parte resolutive manifiesta el Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha, que las pruebas emitidas por la víctima como lo es el informe elaborado y sustentado por funcionarios de la Defensoría del Pueblo, no demuestran la culpabilidad del acusado.

¿Existió violación del principio de congruencia en el presente caso?

Después de realizar el estudio al caso se puede evidenciar de manera muy concreta que **SI** existió la violación del Principio de Congruencia en el momento en que el Juez no realizo la correcta valoración de las pruebas como lo son documentales y testimonial, el informe emitido y sustentado en audiencia de juzgamiento por miembros la Defensoría del Pueblo redactado por Dra. Carla Gabriela Patiño Carreño, Dra. Haydee Jacqueline Cáceres Alarcón, Edith Annabel Ortega Mendoza y Wilton Vicente Guaranda Mendoza, funcionarios de la Defensoría del Pueblo, quienes participaron en la elaboración del

informe defensoría, pruebas practicadas por la víctima al momento pertinente en audiencia, para resolver el caso en el cual el Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha, emitió sentencia absolutoria de todo cargo al procesado, dejando en un estado de indefensión a la víctima.

¿En el desarrollo del caso se cumplió con todos los principios y garantías constitucionales?

Luego del análisis del caso y tomar en cuenta el desarrollo que se dio durante todo el proceso que se ha llevado a cabo **NO SE A CUMPLIDO CON LOS PRINCIPIOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES** porque se ha evidenciado la violación del principio como lo es el de congruencia y de derechos como lo son el derecho a la igualdad, a la no discriminación el derecho a la educación.

Cuando tratamos de los derechos como lo es el de la igualdad se encuentra establecido en el Art. 11, numeral 2, párrafo primero en el cual establece que. *“Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades”*. Este derecho fue vulnerado en el momento en que el teniente Mauricio Encalada hace referencia al color de piel del Sr. Andrés Arce catalogándolo como negro sucio, vago, inútil calificativos que desmoralizan a cualquier persona.

En el caso de no discriminación de acuerdo a lo establecido en nuestra Constitución el su Art. 11, numeral 2, párrafo segundo establece que Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. Todo calificativo para hacer

referencia hacia el ex cadete Andrés Arce se lo hacía de manera discriminante incurriendo a si en lo establecido en el Art. Precedente.

¿En el presente caso existió discriminación y se configuro el delito de odio?

Al realizar el estudio del presente caso se ha llegado a la conclusión que existió de manera contundente el hecho de la existencia de discriminación en contra del Sr. Ex cadete Andrés Michael Arce Méndez en la etapa de su entrenamiento cuando este fue Cadete de la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro, esto es sustentado con el informe realizado por parte de la Defensoría del Pueblo, órgano del estado que se encargó de realizar la investigación a través de sus funcionarios quienes luego de realizar la investigación pertinente elaboraron un informe en el cual se corrobora lo denunciado por el Sr. Andrés Arce. Configurándose el delito de ODIO RACIAL tipificado en el Art. 212 del (CODIGO PENAL, (derogado), 1971) en contra de su persona por parte del Sr. Teniente Fernando Mauricio Encalada PARRALES.

¿En el presente caso existió la correcta valoración de la prueba?

Se ha evidenciado que **NO** existió la correcta valoración de las pruebas presentadas por la víctima ya que en el momento de emitir la sentencia los miembros del Tribunal Séptimo de Garantías Penales, en la parte pertinente en el momento de valoración y motivación de la sentencia hace referencia que las pruebas como: el testimonio de la madre de La víctima, el informe elaborado por miembros de la Defensoría del pueblo y su sustentación en la audiencia no demostraba culpabilidad alguna del procesado, esto durante la correspondiente audiencia en la cual no se tomaron en cuenta las pruebas y se determinó, que no existió delito alguno y ratificaron el estatus de inocente del Sr. Teniente Fernando Mauricio Encalada PARRALES.

¿En el presente caso se respetó el derecho a la legítima defensa de la víctima?

He llegado a la conclusión de que como no se valoró las pruebas presentadas, no se ha respetado el derecho a la legítima defensa, porque al no tomar en cuenta se a dejando en estado de indefensión a la víctima, resultado de esto es la ratificación de inocente del procesado.

CAPITULO III

DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO INVESTIGATIVO REALIZADO

3.1 Redacción del Cuerpo del estudio de caso

El caso se desarrolla una vez que el cadete aspirante a sub teniente de la Escuela Superior Militar “Eloy Alfaro”, Michael Andrés Arce Méndez, luego de haber culminado sus estudios secundarios en el prestigioso colegio Mejía de ciudad de Quito, plantearse como objetivo y proyecto de vida, el ser el primer General de raza negra en el Ecuador.

Se inscribe en el proceso de reclutamiento para oficiales, de la Escuela Superior Militar “Eloy Alfaro”, proceso del cual resulta apto en todas sus fases, ingresando como cadete aspirante a sub teniente de esta institución militar, lugar en el cual empiezan varios acontecimientos tales como: fue objeto de un trato humillante, de odio y de acoso personal; recibió un trato discriminatorio, degradante y prejuiciado en la fase de instrucción militar, ya que debía realizar ejercicios físicos excesivos, en muchas ocasiones no le permitían comer o le impedían que lo haga dentro del comedor, conjuntamente con sus compañeros, además le ordenaban que realice turnos de guardia a semana seguida, sin relevo y sin descanso, era calificado como inútil, sucio, vago, inservible, además de estos maltratos psicológicos, también existieron maltratos físicos como por ejemplo: debía cargar por mucho tiempo una piedra grande en su maleta, le obligaban salir de la ducha para que rapte y se revuelque en la tierra, le hacían que permanezca más tiempo que el resto de cadetes en la piscina de agua fría, en horas de la madrugada le obligaban a ducharse en agua fría efecto de ello le causó hipotermia y le aplicaban gas picante, en lo referente a las clases de defensa personal el cadete aspirante a sub teniente de la Escuela Superior Militar, Michael Andrés Arce Méndez, era obligado a boxear hasta 10 peleas, con tres compañeros al mismo tiempo, producto de esto le habían ocasionado una fractura en la nariz y un esguince en el brazo derecho impidiéndole salir al policlínico para que fuese atendido, también fue obligado a pelear con mujeres como una manera de desvalorizar su fuerza y su capacidad; en lo referente a las prácticas de destreza y manejo de armas, le dotaron de un fusil en mal estado, con el objetivo de que en el momento de realizar las pruebas de tiro falle y de esta manera se sienta decepcionado y solicite la baja de la de la Escuela “Eloy Alfaro”, institución en la cual se encontraba cursando sus estudios como cadete aspirante a sub teniente. Estos actos denigraran su dignidad humana lo que atentó sus derechos humanos, que dieron

lugar a que el cadete aspirante a sub teniente Andrés Michael Arce Méndez solicite la baja voluntaria de la institución militar.

Motivo por el cual Michael Arce conjuntamente con su madre realiza la denuncia en la Defensoría del Pueblo, mencionando como autor de estos hechos al Teniente Fernando Mauricio Encalada Parrales, miembro activo como instructor de esta institución militar de la Escuela “Eloy Alfaro”, que, en ejercicio de sus funciones, realizo dichos actos en contra del mencionado cadete aspirante a sub teniente de la Escuela Superior Militar, Michael Arce.

La Defensoría del Pueblo al recibir la denuncia y en ejercicio de sus funciones estipuladas en el Art. 215 de la (CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR (2008), 2011) que manifiesta. - “la Defensoría del pueblo es un órgano del estado y dentro de sus atribuciones está el cuidado y el mantener los derechos y garantías constitucionales.

En caso de existencia violación alguna por parte de quienes administran justicieren en nuestro país.”. **en su numeral 3. determina lo siguiente atribuciones de la Defensoría**

del Pueblo: “Investigar y resolver, en el marco de sus atribuciones, sobre acciones u omisiones de personas naturales o jurídicas que presten servicios públicos (pág. 76)”.

Y en los artículos 2, literal (b), (LEY ORGANICA DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO, 2009), manifiesta que: “ *Defender y excitar, de oficio o a petición de parte, cuando fuere procedente, la observancia de los derechos fundamentales individuales o colectivos que la Constitución Política de la República, las leyes, los convenios y tratados internacionales ratificados por el Ecuador garanticen*”. (pág. 1)

Y él. Art. 13 (LEY ORGANICA DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO, 2009), determina que: entre las atribuciones del Defensor del Pueblo esta iniciar de oficio o de petición, toda investigación que fuese necesaria o sea considerada como tal, para la protección de derechos establecidos como protectores de las personas ecuatorianas en su

territorio y fuera de él. (pág. 3) y Art. 16 dispone: (LEY ORGANICA DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO, 2009), *"En los casos de quejas sobre hechos que afecten a la vida, la salud, la integridad física, moral o psicológica de las personas, el Defensor del Pueblo, de encontrarlas fundadas promoverá, sin demora alguna, los recursos y acciones que impidan las situaciones de daños y peligros graves, sin que las autoridades competentes requeridas puedan negarse a su conocimiento y resolución* (pág. 4). Por tal motivo los funcionarios de esta institución realizaron una investigación bajo el principio de la informalidad, se entrevistaron con los cadetes de la Escuela Militar "Eloy Alfaro", sin que éstos indiquen sus nombres, quienes confirmaron los hechos denunciados por el cadete aspirante a sub teniente de la Escuela Superior Militar , Michael Arce Méndez, realizada la investigación pertinente da como resultado un informe, elaborado por profesionales miembros de esta institución, en el cual el resultado emitido por la Defensoría del Pueblo es que de acuerdo a la, RESOLUCION DEFENSORIAL No.006-DPE-DINAPROT-54708-HJCA-2012. En el cual manifiesta que ha existido la vulneración de derechos constitucionales tales como: derecho a la integridad personal, el derecho a la igualdad y no discriminación racial y el derecho a la educación, por parte del teniente instructor de la Escuela Superior, Fernando Mauricio Encalada Parrales, en contra del cadete aspirante a sub teniente de la Escuela "Eloy Alfaro", Andrés Michael Arce Méndez

Tomando esta resolución emitida por la Defensoría del Pueblo a través de la Dirección Nacional de Derechos Humanos y de la Naturaleza, es puesta en conocimiento del Ministerio de Defensa, por ser esta la autoridad competente a través de la fiscalía representada por la Dra. Gina Gómez de la Torre, da inicio a la indagación previa recabando suficientes elementos de convicción por lo cual se envía a la sala de sorteos la petición al Juez de Garantías Penales a fin que señale día y hora para la audiencia de formulación de cargos en la cual la fiscal Dra. Gina Gómez de la Torre, formuló cargos en contra del teniente instructor de la Escuela Superior Militar "Eloy Alfaro", Fernando

Mauricio Encalada Parrales, por el presunto delito de odio racial tipificado en Art. 212, del Código Penal (derogado), en concordancia con el Art. 3 ibídem.

Se determina que la vulneración de derechos o la restricción de estos por parte de los funcionarios públicos, en cumplimiento de sus funciones, encontrar de toda persona de manera discriminatoria o de odio, basado en su raza, identidad cultural, religión, pasado judicial entre otros, sus actos ameritan una pena de uno a tres años de prisión.

A más de formulación de cargos la fiscal Dra. Gina Gómez de la Torre, Fiscal de Pichincha, solicita al Juez Séptimo de Garantías Penales de Pichincha, se notifique a las partes procesales el inicio de instrucción fiscal, solicitud que es aceptada y realizada por parte del Juez Séptimo de Garantías Penales de Pichincha, a más de la notificación del inicio de la instrucción fiscal, ordena la prisión preventiva del teniente instructor de la Escuela Superior Militar “Eloy Alfaro”, en virtud de los hechos narrados por parte de la Dra. Gina Gómez de la Torre, Fiscal de Pichincha, al cumplirse los presupuestos constantes en el artículo 167 del (CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, 2001), en el cual manifiesta lo siguiente: **“Prisión preventiva.-** (esta es una de las medidas cautelares que pueden ser solicitadas por fiscalía, de una forma motivada, siempre y cuando cumpla con los requisitos como: suficientes indicio o pruebas de la existencia de un hecho delictivo, elementos de convicción los cuales demostrarían que el procesado es el actor del hecho punible, que la pena por el delitos es la de un año de prisión, objetivo principal de la prisión preventiva es la comparecencia del procesado a juicio, el Juez acepta la petición y determina la prisión preventiva

Si el juez de garantías penales resuelve no ordenar la prisión preventiva, y se estableciera que la libertad del procesado puede poner en peligro o en riesgo la seguridad, o la integridad física o psicológica del ofendido, testigos o de otras personas, la Fiscalía adoptará las medidas de amparo previstas en el sistema y programa de protección a víctimas, testigos y demás participantes en el proceso penal.

Toda medida de prisión preventiva se adoptará en audiencia pública, oral y contradictoria, en la misma que el juez de garantías penales resolverá sobre el requerimiento fiscal de esta medida cautelar, y sobre las solicitudes de sustitución u ofrecimiento de caución que se formulen al respecto.

En esta audiencia, si el ofendido considera pertinente, solicitará fundamentada mente al fiscal la conversión de la acción, o el procesado podrá solicitar la aplicación del procedimiento abreviado, en la forma y términos previstos en este Código”. (pág. 17)

A continuación, se procede al auto llamamiento a juicio por parte del Juez Séptimo de Garantías Penales de Pichincha, quien efectúa la audiencia de juzgamiento el 18 de diciembre de 2013, a las 08h34, resolviendo ratificar el estado de inocencia del teniente instructor en servicio pasivo de la Escuela Superior “Eloy Alfaro”, Fernando Mauricio Encalada Parrales, de conformidad con lo establecido en los Arts. 304-A, 309 y 311 del Código de Procedimiento Penal, se dispuso que el teniente instructor en servicio pasivo de la Escuela Superior “Eloy Alfaro”, Fernando Mauricio Encalada Parrales, recupere su inmediata libertad, Inconforme con esta sentencia el acusador particular Michael Andrés Arce Méndez y la doctora Gina Gómez De la Torre, Fiscal de Pichincha, interponen recursos de nulidad y apelación.

Por considerar que existió vulneración de sus derechos establecidos en la Constitución de la República del Ecuador, por la sentencia emitida, principalmente **PORQUE EXISTIÓ LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA Y LA INCORRECTA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL MOMENTO DE LA APLICACIÓN DE PENA.**

Mediante autos de 12 de octubre de 2015, las 11h51, y de 5 de noviembre de 2015, las 09h40, respectivamente, este Tribunal de Alzada, de conformidad con el Art. 326 (CODIGO PENAL, (derogado), 1971) dispone que: **“Desistimiento. - (Reformado por la Disposición General Tercera de la Ley s/n, R.O. 555-S, 24-III-2009). Quien haya interpuesto un recurso, puede desistir de él”** (pág. 97),aplicable al caso, aceptó los desistimientos a los recursos de nulidad presentados por la Dra. Gina Gómez de la Torre, Fiscal de Pichincha, y el acusador particular cadete aspirante a sub teniente de la Escuela Superior Militar “Eloy Alfaro”, Michael Andrés Arce Méndez, por no contravenir a disposiciones constitucionales, ni legales.

Luego de llevarse a cabo la audiencia de apelación y de haber tomado en cuenta todas las pruebas presentadas y fundamentadas por parte del defensor el Dr. Juan Pablo Albán Alencastro, del acusador particular, llega a la conclusión por parte del Tribunal de la Sala Penal de Garantías Penales de la Corte Provincial de justicia de Pichincha, de

conformidad en el Art. 250 del (CODIGO PENAL, (derogado), 1971) determina lo siguiente: *Finalidad.- En la etapa del juicio se practicarán los actos procesales necesarios para comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado para, según corresponda, condenarlo o absolverlo.*

Art. 252.- Existencia del delito y culpabilidad. - *La certeza de la existencia del delito y de la culpabilidad del acusado se obtendrá de las pruebas de cargo y descargo que aporten los sujetos procesales en esta etapa, sin perjuicio de los anticipos jurisdiccionales de prueba que se hubiesen practicado en la etapa de instrucción Fiscal.* (pág. 77)

Y el Art. 304 (CODIGO PENAL, (derogado), 1971) dispone: **Reglas Generales.** - *La sentencia debe ser motivada y concluirá declarando la culpabilidad o confirmando la inocencia del procesado; en el primer caso, cuando el tribunal de garantías penales tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo; y en el segundo caso, si no se hubiere comprobado la existencia del delito o la responsabilidad del procesado, o cuando existiere duda sobre tales hechos.*

Art. 305.- Deliberación. – son las contraposiciones que tienen los jueces del tribunal, las conclusiones a las que han llegado, luego de que en audiencia se haya practicado los medios de prueba tal y como lo establece la norma para la solución del conflicto jurídico.

En el instante que se ha obtenido la decisión final, se reinstalara la audiencia por parte del presidente del tribunal, dictaminado de manera oral en audiencia la culpabilidad o la ratificación de inocencia del procesado.

Art. 306.- Sentencia reducida a escrito. – será realizada por los jueces del tribunal en los tres días siguientes a lo dictaminado en audiencia en forma oral, esta debe estar motivada requisito indispensable para las sentencias, las cuales son susceptibles de recursos si las partes lo ameriten necesario tal y como lo establecen los ordenamientos jurídicos.

Art. 307.- Acta del Juicio.- *El secretario debe elaborar un acta sobre el juicio que contendrá:* 1. *Lugar y fecha de iniciación y finalización de la audiencia, con mención de su suspensión y reanudación;* 2. *El desarrollo del juicio, con mención del nombre y apellido de los jueces, de las partes, testigos, peritos, traductores, los elementos de prueba producidos durante la audiencia y las grabaciones*

magnetofónicas, de video, o electrónicas efectuadas, que se anexarán al acta; y, 3. Las peticiones y decisiones producidas en el curso del juicio, y las conclusiones finales de las partes.

El acta debe ser firmada por el secretario.

Art. 309.- Requisitos de la sentencia. - La sentencia reducida a escrito, deberá contener: 1. La mención del tribunal, el lugar y la fecha en que se dicta; el nombre y, apellido del acusado y los demás datos que sirvan para identificarlo; 2. La enunciación de las pruebas practicadas y la relación precisa y circunstanciada del hecho punible y de los actos del acusado que el tribunal estime probados; 3. La decisión de los jueces, con la exposición concisa de sus fundamentos de hecho y de derecho; 4. La parte resolutive, con mención de las disposiciones legales aplicadas; 5. La condena a pagar los daños y perjuicios ocasionados por la infracción en la determinación del monto económico a ser pagado por el sentenciado al ofendido haya o no presentado acusación particular; 6. La existencia o no de una indebida actuación por parte del fiscal o defensor. En tal caso se notificará con la sentencia al Consejo de la Judicatura para el trámite correspondiente; y 7. La firma de los jueces.

Art. 311.- Absolución. - La sentencia absolutoria no puede estar sujeta a condiciones. Debe ordenar la cesación de todas las medidas cautelares y resolver sobre las costas.

Art. 312.- Condena. - La sentencia que declare la culpabilidad deberá mencionar como se ha comprobado conforme a derecho la existencia del delito y la responsabilidad del acusado; determinará con precisión el delito por el cual se condena y la pena que se impone. También debe determinar, cuando corresponda, la suspensión condicional de la pena y debe fijar el plazo dentro del cual se ha de pagar la multa.

Se debe decidir sobre las costas, la entrega de objetos incautados, el decomiso y la destrucción de objetos, según lo previsto en la ley. (págs. 93,94), aplicables al caso: Aceptar el recurso de apelación interpuestos por los recurrentes cadete aspirante a subteniente de la Escuela Superior Militar “Eloy Alfaro”, Michael Andrés Arce Méndez, y Fiscalía General del Estado a través de la Dra. Gina Gómez de la Torre, Fiscal de Pichincha, en consecuencia, se revoca la sentencia dictada por el Tribunal Séptimo de

Garantías Penales de Pichincha y declara la culpabilidad del teniente instructor en servicio pasivo de la Escuela Superior “Eloy Alfaro”, Fernando Mauricio Encalada Parrales, como autor y responsable del delito tipificado y sancionado en el Art. 212.5- (CODIGO PENAL, (derogado), 1971)manifiesta: **“Será sancionado con prisión de seis meses a tres años:**

1) El que, por cualquier medio, difundiere ideas basadas en la superioridad o en el odio racial; 2) El que incitare, en cualquier forma, a la discriminación racial; 3) El que realizare actos de violencia o incitare a cometerlo contra cualquier raza, persona o grupo de personas de cualquier color u origen étnico; y, 4) El que financiare, asistiere o ayudare cualquier clase de actividades racistas. 5) Si los delitos puntualizados en este artículo fueren ordenados o ejecutados por funcionarios o empleados públicos, la pena será de prisión de uno a cinco años” (pág. 67), en concordancia con el Art 42 ibídem, en calidad de autor, imponiéndole la pena de un año de prisión correccional y en razón de haberse justificado circunstancias atenuantes establecidas en el Art. 29 (CODIGO PENAL, (derogado), 1971) en los numerales (6º) dispone lo siguiente: **“Ejemplar conducta observada por el culpado con posterioridad a la infracción”**.

y (7º).- **“Conducta anterior del delincuente que revele claramente no tratarse de un individuo peligroso”**. (pág. 10)

Y no existiendo circunstancias agravantes, se modifica la misma, **imponiéndole la pena de cinco meses y veinticuatro días de prisión correccional, pena que de conformidad con la revisión del expediente se encuentra cumplida**. Se declara procedente la acusación particular presentada por cadete aspirante a sub teniente de la Escuela Superior Militar “Eloy Alfaro”, Michael Andrés Arce Méndez. De conformidad con el Art. 78 (CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR (2008), 2011) el cual manifiesta que: **“Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no re victimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado**. (pág. 37), en concepto de reparación integral se dispone: 1)

Publicación de la presente sentencia en los medios de difusión oficial de las Fuerzas Armadas del Ecuador, tanto escritas, como en los portales institucionales; 2) Disculpas públicas por parte del sentenciado a favor del cadete aspirante a sub teniente de la Escuela Superior Militar “Eloy Alfaro”, Michael Andrés Arce Méndez, en una ceremonia militar en la Escuela Superior Militar “Eloy Alfaro”; 3) Tratamiento psicológico tanto del ofendido Michael Arce Méndez como del hoy sentenciado Fernando Mauricio Encalada Parrales; 4) Con daños y perjuicios que deberá ser cancelados por el sentenciado a favor de la víctima, de conformidad con el Art. 31 (CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, 2001) dispone: ***"Competencia en los juicios de indemnización. Para determinar la competencia en los juicios de indemnización, se seguirán las reglas siguientes:***

1.- De los daños y perjuicios ocasionados por la infracción:

a) (Reformado por el Art. 5 de la Ley s/n, R.O. 555-S, 24-III-2009; y, por la Disposición General Sexta de la Ley s/n, R.O. 555-S, 24-III-2009).- Si la infracción fue de acción pública y en sentencia ejecutoriada se declaró procedente la acusación particular que se hubiera propuesto, siempre que no hubiera sido posible determinarse los perjuicios en la misma sentencia o si la determinación hubiese sido parcial, será competente el Presidente del tribunal de garantías penales que dictó la sentencia condenatoria;

(pág. 4)

Sintiéndose inconforme con la decisión del Tribunal de la Sala de lo Penal, de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el teniente instructor en servicio pasivo de la Escuela Superior Militar “Eloy Alfaro”, Fernando Mauricio Encalada Parrales, Dentro de término legal, interpone recurso de casación ante La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión penal, según los artículos: Art. 184.1 (CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR (2008), 2011) dispone: ***“Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes:***

2. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley” (pág. 67).

Y el Art.349 (CODIGO PENAL, (derogado), 1971)y siguientes disponen: y el Art. 186.1 (CODIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL, 2009-2015) dispone lo siguiente: ***“Competencia de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. - La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito conocerá:***

2. Los recursos de casación y revisión en materia penal, incluida la penal tributaria y penal aduanera; (pág. 72)

Por lo expuesto, integran Tribunal de Casación, los señores Conjuceces Nacionales, doctores: Richard Villagómez Cabezas (Ponente), Edgar Flores Mier y Zulema Pachacama Nieto, considerándose además que ninguna de las partes procesales, ya sea a través de medio escrito u oral ha cuestionado, mediante excusa, la integración de este órgano jurisdiccional pluripersonal, asegurándose de esta manera la garantía del juez imparcial declarada en los artículos: Artículo 14 1. (PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, 2008-2012) ***“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”.*** del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (págs. 25,26).

Y el Artículo 8 (CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ), 1969,1978,1977) manifiesta lo siguiente: ***Garantías Judiciales***

“1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. (pág. 3)

Y el Art.76.7. (CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR (2008), 2011) (k) establece: “para que una persona sea juzgada se lo deberá hacer por un juez que sea competente, independiente e imparcial.

Este recurso de casación ha sido tramitado conforme los artículos Art. 352 (CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, 2001) (*Sustituido por el Art. 107 de la Ley s/n, R.O. 555-S, 24-III-2009*).- ***“El recurso se fundamentará en audiencia oral, pública y contradictoria, siguiendo el procedimiento previsto en el Art. 345 de este Código, en lo que fuere aplicable.***

En las audiencias de los procesos de casación que tengan por objeto la impugnación de sentencias expedidas en procesos de acción penal pública, se contará con la intervención del Fiscal General del Estado, o su Representante o Delegado, debidamente acreditados” (pág. 33).

y el Art. 354 (CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, 2001).- (*Sustituido por el Art. 108 de la Ley s/n, R.O. g555-S, 24-III-2009*).- ***“Si el recurso es interpuesto por la Fiscalía General del Estado, quién deberá fundamentarlo será el Fiscal General o su Representante o Delegado, debidamente acreditados”***, (pág. 34) (vigente a la fecha del procesamiento), en concordancia con el artículo 76. 3 (CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR (2008), 2011), que dispone: ***“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”***, (pág. 34). Sin que exista omisión sustancial que constituya error en el procedimiento que pueda influir en la decisión de la causa, por lo que se declara la validez de lo actuado con ocasión de este medio impugnatorio.

Revisado el recurso de casación y argumentación jurídica, interpuesto por el procesado teniente instructor en servicio pasivo de la Escuela Superior “Eloy Alfaro”, Fernando

Mauricio Encalada Parrales, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, por unanimidad declara improcedente el recurso de casación.

Ya que la argumentación jurídica pronunciado por el defensor de quien interpone este recurso de casación, el teniente instructor en servicio pasivo de la Escuela Superior “Eloy Alfaro”, Fernando Mauricio Encalada Parrales, no es la adecuada para la interposición de este recurso.

Con el estudio del presente caso lo que se quiere lograr es demostrar que existió la violación del principio de congruencia, consecuentemente el debido proceso, y la correcta valoración de la prueba, en relación a la pena establecida por quienes fueron los encargados de la administración de justicia durante la sustanciación del presente caso No.17247-2013-0414, por delito de odio racial tipificado en el Art. 212.5 del Código Penal (vigente).

CAPITULO IV RESULTADOS

4.1 Resultados de la investigación realizada.

Se ha comprobado conforme a derecho que ha existido la violación del principio de congruencia, del derecho a la igualdad y el derecho a no ser discriminado, y que en si se configuro el delito de **ODIO RACIAL**, tal como se ha demostrado con el estudio realizado resaltado las violaciones al debido proceso, derechos y garantías establecidas en la Constitución, y falencia que han existido durante el proceso, dando como resultado la aplicación de la pena correspondiente al procesado y el resarcimiento de los daños en favor de la víctima.

4.2 Impacto de los resultados de la investigación

Concientización y verdadera aplicación de las normas jurídicas, en cuanto a la correcta valoración de los elementos probatorios, la aplicación de la pena o sanción correspondiente por parte de las y los Jueces del estado ecuatoriano, bajo el estricto respeto de lo establecido en la Constitución, Tratados y Convenios Internacionales ratificados por el estado ecuatoriano, y rechazando todo tipo de vulneración de manera absoluta, más aun los derechos, principios y garantías de todos los ecuatorianos.

Conclusiones de la investigación

Conclusiones sobre la primera instancia del proceso

Luego del estudio del caso realizado, he llegado a la conclusión que en primera instancia, el Tribunal Séptimo de Garantías Penales del Cantón Pichincha en el momento de la valoración de los elementos probatorios, no lo hicieron de la manera que lo establece la norma jurídica llegando a si a la conclusión que no ha existido ningún delito, y en sentencia se ratificó el estado de inocente del procesado, desmostando a si las falencias que existen, en nuestros administradores de justicia, ya que se ha demostrado que si existió el delito de odio racial, en el proceso se vulnero derechos y principios, tales como: el de no discriminación y el principio de congruencia en cuanto a la valoración correcta de la prueba, y la aplicación de pena correspondiente dejando en completo estado de indefensión a la víctima.

Conclusiones sobre la segunda instancia.

A la conclusión que se llega es que en esta segunda instancia el Tribunal de la Sala de lo Penal Provincial de Pichincha, realiza la correcta valoración de los elementos probatorios presentados por la víctima tanto documentales, testimoniales y periciales concluyendo a si con el objeto de presente caso, al estar en alzada revisar y resolver las falencias y vulneraciones de derechos, de los que creen ser acreedores los recurrentes. Pero lo sorprendente es que en el momento de aplicar la pena o sanción aplica que existen atenuantes lo que hace que se modifique la pena de un año reduciéndola a 5 meses y 24 días, lo que es sorprendente porque si existen agravantes la pena se agrava, lo que en este caso es así porque existen agravantes, tal como lo está estipulado en el art. 30 numeral 1 y 6 (CODIGO PENAL, (derogado), 1971)pero esto no es considerado por los miembros del Tribunal de la Sala de lo Penal Provincial de Pichincha.

Conclusión sobre la tercera instancia.

Al igual que en La segunda instancia en cuanto a la valoración de la prueba es aplicado correctamente la norma y ratificado la culpabilidad del procesado por el cometimiento del delito de ODIO RACIAL, pero al igual que en segunda instancia la aplicación de la pena es ratificado en la misma pena y no se toma en cuenta los agravantes existentes para la aplicación de la pena ya se debería aplicar el máximo de la pena aumentada en un tercio tal como lo estipula la normativa el Art. 44 párrafo 3 lo cual se perfecciona como agravantes mas no como atenuante tal como es considerado al momento de aplicar la pena para el procesado.

Bibliografía:

(s.f.).

(<https://www.derechoecuador.com/la-seguridad-juridica>). (s.f.).

(<https://www.derechoecuador.com/garantia-del-debido-proceso>). . (s.f.).

(<https://www.derechoecuador.com/principio-de-supremacia-constitucional>). (s.f.).

(https://www.unicef.org/ecuador/activities_28831.htm). (s.f.).

(<https://www.derechoecuador.com/principio-constitucional-de-aplicacion-directa-e-inmediata>). (s.f.).

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ). (18,08 de 07,12 de 1969,1978,1977). *Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969, en vigencia desde el 18 de julio de 1978. 25 Estados Parte. Ratificada por Ecuador el 8 de diciembre de 1977. .*

CODIGO PENAL, (derogado). (22 de 01 de 1971). *Registro Oficial Suplemento 147 FECHA: 22 de Enero de 1971. Registro Oficial Suplemento.*

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. (13 de 07 de 2001). (*R.O. 360-S, 13-I-2000*). Registro Oficial .

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. (2008-2012).

LEY ORGANICA DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO. (7 de 04 de 2009). *CAPITULO UNICO DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO. Registro Oficial.*

CODIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL. (09-22 de 03-05 de 2009-2015). *Registro Oficial Suplemento 544 de 09-mar.-2009 Ultima modificación: 22-may.-2015 . Registro Oficial Suplemento 544 .*

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR (2008). (13 de 07 de 2011). *Registro Oficial 449 de 20-oct-2008,Ultima modificación: 13-jul-2011. Registro Oficial.*

CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL . (10 de 04 de 2014). *Suplemento -- Registro Oficial N° 180 -- Lunes 10 de febrero de 2014.*

<http://proyectojusticia.org/sistema-penal-acusatorio-fases-cnpp/> . (s.f.).

https://es.wikipedia.org/wiki/Igualdad_ante_la_ley). (s.f.).

https://es.wikipedia.org/wiki/Principio_de_legalidad. (s.f.).

https://es.wikipedia.org/wiki/Principio_inquisitivo. (s.f.).

<https://www.euroresidentes.com/empresa/motivacion/motivacion-juridica>. (s.f.).

normado en el Art.4, numeral decimo tercero, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. . (s.f.). *normado en el Art.4, numeral decimo tercero, .*

Vanegas (2010). (2011).

Borja Yáñez Pedro Mauricio

ESTUDIANTE

Mgr. Juan Carlos Yáñez Carrasco

DOCENTE TUTOR

Anexos

RESOLUCIÓN DEFENSORIAL No. 006- DPE-DINAPROT-54708-HJCA-2012
DIRECCION NACIONAL DE PROTECCION DE DERECHOS HUMANOS Y DE LA
NATURALEZA
DEFENSORIA DEL PUEBLO DEL ECUADOR

Quito, 28 de marzo de 2012.- a las 08h52.-

I. ANTECEDENTES.

1. El señor Michael Andrés Arce Méndez, ex Cadete de la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro de la Ciudad de Quito, requiere la intervención defensorial en virtud de que ha sido objeto de supuestos tratos crueles inhumanos y degradantes de manera constante por parte del señor Instructor, el Teniente Fernando Mauricio Encalada Parrales, manifestando que durante el período de reclutamiento en la ESMIL, en la base Pucará, recibió un trato humillante y de odio, recibiendo castigos, ejercicios físicos excesivos, en ocasiones no le permitía que comiera o le impedía que lo hiciera dentro del comedor con sus compañeros. Además manifiesta que se le ordenaba realizar turnos de guardia en una semana seguida, sin relevo y sin descanso; manifiesta también que se lo calificaba como inútil, vago, inservible y se le pedía que se largue.
2. En otras cosas manifiesta que se le puso una piedra grande en su maleta y se le obligó a cargarla por mucho tiempo, provocando dolores en su columna vertebral, se le obligó a salir de la ducha para que repte y se revuelque en la tierra, que permanezca por largas horas en una fosa de lodo, lo que causó calambres e hipotermia. Igualmente en horas de la noche le ordenaban ducharse en agua fría y en ocasiones le mandaban a boxear hasta 10 peleas y con 3 compañeros al mismo tiempo, ocasionándole una fractura de su nariz y un esguince en el brazo derecho, caso en el cual se le impidió salir hacia el Policlínico; y entre otras cosas dotándole de un fúsil en mal estado para que se “largue, que no me (le) quería ver allí y que me (le) va a dar la baja”. Por este trato inhumano se vio obligado a pedir la baja voluntaria de la Institución.

II. TRÁMITE ANTE LA DIRECCION NACIONAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y DE LA NATURALEZA

3. La Dirección Nacional de Protección, en diciembre 14 de 2011 (fs. 8), avoca conocimiento y en cumplimiento con lo que dispone el Art. 215, numeral 3 de la Carta Magna y de los artículos 2, literal b); 13 y 16 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo: **A)** Inicia la observancia de los derechos fundamentales individuales y colectivos que la Constitución de la República, las leyes, los convenios y tratados internacionales ratificados por el Ecuador garanticen; **B)** Investigar y resolver, en el marco de sus atribuciones, sobre acciones u omisiones de personas naturales o jurídicas que presten servicios públicos. **C)** En cumplimiento a lo que establecen los artículos 21, 22 y 23 de la ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo y Art. 18 del Reglamento de Trámite de Quejas, Recursos Constitucionales y Demandas de Inconstitucionalidad de competencia del Defensor del Pueblo, solicitar en el plazo legal de 8 días, un informe de lo ocurrido en la etapa de reclutamiento en la base Pucará, en torno a la denuncia presentada por el señor Michael Andrés Arce Méndez, Cadete de la Escuela Superior, a: 1. Al señor General Gustavo Cabrera Campusano, Director de la Escuela Superior Militar “Eloy Alfaro”. 2. Al señor Teniente Fernando Mauricio Encalada Parrales; Instructor del ESMIL y, 3. Al Brigadier Richard Cevallos Domínguez.
4. En diciembre 22 de 2011, (fs.14), el señor Director de la Escuela Superior Militar “Eloy Alfaro”, remite el Oficio N.- 2011-362-ESMIL-RP-B, argumentando que: La fase de instrucción militar, efectuada en la Base Pucará, tiene como objetivo el reconocimiento de los aspirantes a Oficiales del Ejército, de sus propias capacidades y habilidades, que les permitirán resolver situaciones en tiempos de paz y de guerra, en igual forma reafirmar su decisión vocacional, formándose en calidad de cadete o desistir por considerar no ser apto para la vida

militar. Esta instrucción la recibe en igualdad de condiciones con la supervisión de Oficiales Instructores y Cadetes Brigadieres del cuarto curso militar, quienes a su vez dependen del escalón superior, y tienen además el apoyo de servidores públicos civiles y militares en áreas de psicología, salud y logística. En estas condiciones, continúa manifestando el señor Director, el Ex Cadete Arce Méndez recibió la instrucción militar, pues jamás se le impartió violando derechos humanos fundamentales de la persona, ni tampoco se ha ejercido acciones de discriminación, denigración, violencia verbal, física, psicológica, ni de odio, acatando a lo que dispone la Constitución y a la Ley Orgánica de la Defensa Nacional.

5. Su retiro, dice el Director de la ESMIL, fue por falta de adaptación a la vida militar, tal como lo evidencia en el texto suscrito por el Ex Cadete, que dice que jamás ha sido maltratado físico ni psicológicamente durante su permanencia en la Institución y que su decisión de no continuar en la Escuela es por: *Porque no me adapto y no es algo para mí y no estoy psicológicamente como para esta vida. *Espero retomar mis estudios y observar si soy capacitado para otra profesión. *La decisión es completamente voluntaria. *Nadie me obligó a pedir la baja. *No he recibido maltrato físico ni psicológico el tiempo que estuve en la Escuela Militar. *Siento que es algo para mí simplemente no me adapto. *Espero salir a retomar mis estudios.

6. Por otro lado, continúa expresando el Director de la ESMIL, las afirmaciones del ex cadete que tiene rotos huesos de la nariz y del brazo son ASOMBROSAS, pues antes de abandonar la ESMIL se sometió a un examen médico del cual se desprende que sus condiciones generales de salud son buenas.

7. Mediante providencia de diciembre 30 de 2011, (fs. 19), se convoca a audiencia pública para enero 9 de 2012, a las 10H00.

8. En enero 5 de 2012, los señores Teniente Fernando Mauricio Encalada Parrales; Instructor del ESMIL y, al Brigadier Richard Cevallos Domínguez, remiten los informes solicitados en diciembre 14 de 2011, (fs. 21 y 25), mismos que están fuera del plazo establecido en el artículo 19 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

9. A fs. 33, reposa la providencia de enero 12 de 2012, mediante la cual se solicita al Director de la Escuela Superior Militar "Eloy Alfaro", copias de: a) Notas de calificaciones de ingreso a la ESMIL y de rendimiento durante la permanencia en la ESMIL del señor Arce Méndez, esto es desde octubre 2, hasta noviembre 24 de 2011; b) Historia médica del señor Arce Méndez dentro del Policlínico de la ESMIL, a partir del 2 de octubre hasta noviembre 24 de 2011; c) Notas de espíritu militar en lo relacionado con el Queja presentada por el señor Arce Méndez; d) Registro de sanciones impuesta a todos y cada uno de los señores Cadetes que formaron parte de la Base Pucará, desde octubre 2, hasta noviembre 24 de 2011; e) Relación de castigos diarios a partir de octubre 2, hasta noviembre 24 del 2011; f) Distribución diaria de guardia desde octubre 2, hasta noviembre 24 de 2011; g) Plan de asignatura; Plan de materias para el presente período lectivo y de manera especial desde octubre 2, hasta noviembre 24 de 2011; h) Informe de Cadetes de Seguridad que forman parte de la Base Pucará, desde octubre 2, hasta noviembre 24 de 2011; i) Informe de Oficiales de Sanidad, a partir de octubre 2, hasta noviembre 24 de 2011; j) Reglamento de Disciplina Militar; k) Listado de todas las personas que tuvieron relación con los hechos aducidos por el Peticionario, es decir Compañeros, Compañeras, Instructores etc., círculo de personas involucradas con el supuesto maltrato cometido en contra del señor Arce Méndez por parte del señor Instructor, Teniente Encalada Fernando; l) Copia de los informes y partes de los Brigadieres durante el tiempo de octubre 2, hasta noviembre 24 de 2011; m) Normativa sobre el ejercicio físico permitido; n) Informes de atención médica y psicológica que hagan relación con el señor Arce Méndez; y, ñ) Copia de todo el Expediente de investigación que tenga relación con la denuncia presentada ante la ESMIL por el señor Arce Méndez, desde su presentación hasta la presente fecha.

10. A fs. 40, reposan los oficios mediante los cuales ponemos en conocimiento del señor Ministro de Defensa, las investigaciones defensoriales, por presunta discriminación en la Escuela Superior Militar "Eloy Alfaro" en contra del señor Michael Andrés Arce Méndez, ex aspirante.

11. A fs. 44, consta la providencia fechada en enero 18 de 2012, remitida a la Escuela Superior Militar "Eloy Alfaro", informando que en enero 18 de 2012, la Dirección Nacional de Protección de Derechos Humanos, realizará una inspección física en las instalaciones y entrevistar a los señores Cadetes del primer año, Brigadieres, Instructores, personal médico y más personas necesarias e indispensables para el esclarecimiento de dicha investigación, comprometiéndose a guardar absoluta reserva.

12. A fs. 53 a 175, reposan las copias de los documentos enviados por la Escuela Superior Militar "Eloy Alfaro", solicitados por esta Dirección de Protección, mediante providencia de enero 12 de 2012.

13. A fs. 48 a 51 y 178 a 220, figuran los informes suscritos por los funcionarios y funcionarias de la Dirección Nacional de Protección de Derechos Humanos, Dirección Nacional de Promoción y Adjuntía Primera de la Defensoría del Pueblo, en torno a las entrevistas realizadas a los y las Cadetes de primer año de la Escuela Militar "Eloy Alfaro", en enero 18 de 2012. Del análisis y sistematización de las entrevistas confidenciales, se desprende que existe un criterio generalizado que determina que existieron abusos de autoridad en contra del señor Arce y que si bien el proceso de reclutamiento era muy exigente con todos y todas las estudiantes, el tratamiento que recibió el señor Arce fue diferenciado, afectando su integridad de manera evidente, de igual manera se corrobora varias de las aseveraciones del ex cadete Arce.

14. En enero 30 de 2012, se solicitó a la Dirección de la Escuela Militar "Eloy Alfaro", una copia del Reglamento Académico, mismo que es remitido en febrero 2 de 2012, y que figura a fs. 221 a 242.

III. SITUACIONES VIVIDAS POR EL SEÑOR MICHAEL ANDRÉS ARCE MÉNDEZ, CADETE DE LA ESCUELA SUPERIOR MILITAR ELOY ALFARO

15. De la investigación realizada por la Dirección Nacional de Protección de Derechos Humanos y de la Naturaleza de la Defensoría del Pueblo podemos identificar que el señor Michael Arce vivió las siguientes situaciones dentro de la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro en relación a diferentes circunstancias:

Durante las Guardias

- No le dejaba dormir, todo el tiempo haciendo guardia sin relevo.
- Le ponía de guardia toda la semana (lo normal una vez a la semana)
- Le tenía todo el tiempo parado
- Le hacía bañarse con agua fría para que no le dé sueño.
- A las 3 de la mañana le sacaba a hacer guardia

Durante los Entrenamientos

- Le ordenaba que boxee con más de una persona (entre dos a 5 personas según diferentes testimonios)
- Le ordenaba meterse a la fosa que tenía agua helada por muchas horas
- Una vez le ordenaron entrar a la piscina a las 4am.

Generar Odio

- Siempre le ponía en contra de los compañeros/as
- Se le culpaba a él de los castigos impuestos a todos
- Le obligaba a las y los compañeros del pelotón a castigarle (ejercicios extras)
- Le amenazaba con que si no pide la baja él, todos serían castigados
- Cuando pidió la baja Encalada le hizo leer la carta al final para que todos se burlen y Encalada se reía.
- El Instructor le pedía al pelotón que lo insulte

Castigos y Teques (castigos físicos)

- Le dejaban en el frío con licra, en plantón hasta la madrugada le hacían subir en una tarima en una noche muy fría y con la ropa mojada, toda la noche.
- Le obligaron a que se de roles (revolcarse) en el ripio y tierra, desnudo y mojado
- Le hicieron caminar varios kilómetros, cuesta arriba cargando un campanario
- Le hicieron pasar por un tubo de gas, Ingresado a la cámara de gas por varias ocasiones
- Que se ponga la chompa, poncho, y todas las prendas posibles cuando hacía demasiado calor
- Al pelotón le hacían poner en círculo y a Arce en el centro y le rociaban gas en los ojos y en el cuerpo mojado
- En horas de la noche le sacaban a trotar cuando todo el pelotón estaba descansando y durmiendo.
- Tenía los puños pelados y le hicieron hacer más castigos como arrastrarse en el ripio
- Encalada le golpeó en la espalda porque le encontró con unos chocolates en el bolsillo
- Le hacía cargar más peso (piedra en la mochila) por eso se quedó en el piso
- Le hacían trotar con un ladrillo en su maleta por 45 minutos (aprox. 45 libras)
- Ordenaba se quede parado fuera de la cabaña
- Le ponía a realizar ejercicios físicos en exceso, más que al resto.
- Todos los días recibía algún castigo.
- Le obligaban a hacer el doble de barras que al resto y correr en el perímetro

Acoso

- Proferían maltrato de manera verbal.
- Le daba menos tiempo que a los demás para alistarse o realizar una actividad
- Le daba trato duro, hostigamiento
- Le gritaba permanentemente
- Siempre le trataba mal
- Teniente Encalada le decía que se largue
- Le obligaban a hablar duro acusándole de maricón

Alimentación

- En dos ocasiones le dejaron sin comer.
- En diferentes ocasiones le hacía comer parado
- Le servían solo arroz,
- Le lanzaban la comida en el plato
- Le sacaba a comer en el patio
- Le daba medio minuto para comer y del hambre que tenía se atrancaba por comer rápido.
- Antes de que ingrese a comer le hacían hacer barras por 30 minutos y ya no había tiempo para que coma
- Le hacía comer en el piso.
- Mientras el resto comía a Arce le hacían dar vueltas en el patio
- Le hacía comer separado de los demás

Referencia a la raza

- Le decía “negro vago” “hediondo”, “negro h de p”, “inútil”, “eres menos que las mujeres”
- Había actitud de racismo en el trato por parte de Encalada a Arce
- Encalada le dijo que “ningún negro será oficial”

De los documentos solicitados y remitidos por la Escuela Superior Militar "Eloy Alfaro", así como de la Audiencia realizada se comprueba que no existe al interior de la misma un procedimiento para investigar y sancionar las vulneraciones denunciadas

IV. ANÁLISIS DE DERECHOS HUMANOS

16. Dentro del análisis legal de derechos, abordaremos para nuestro estudio, normas tanto constitucionales, como internacionales en relación a: a) Derecho a la Integridad Personal, b) Derechos a la Igualdad y no Discriminación c) Derechos a la Educación d) Proyecto de vida.

a) Derecho a la integridad personal

17. El Artículo 66 de la Constitución de la República, reconoce y garantiza a las personas: "(...) 3. El derecho a la integridad personal, que incluye: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual. b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual. c. La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes. (...)

4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación. 5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás. 6. El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones. 7. El derecho de toda persona agraviada por informaciones sin pruebas o inexactas, emitidas por medios de comunicación social, a la correspondiente rectificación, réplica o respuesta, en forma inmediata, obligatoria y gratuita, en el mismo espacio u horario (...)"

18. Por otro lado la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", manifiesta en su artículo 5, "Derecho a la Integridad Personal: 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. (...)"

19. En el presente caso el señor Michael Andrés Arce Méndez, ex Cadete de la Escuela Superior Militar "Eloy Alfaro" fue obligado a quedarse gran parte de la noche afuera de los locales, rociarle gas en su rostro y con su cuerpo desnudo y/o mojado ingrese a la cámara de gas, obligarle a boxear con más de un compañeros hasta que sangre, forzarle a que camine y/o trote por largas horas con un bloque o ladrillo en su mochila, obligarle que permanezca en la tarima de la Base Pucará con su ropa mojada y constantemente echarle agua fría durante varias horas de la noche que ya de por sí la temperatura de lugar era baja, disponerle que permanezca en la piscina de agua fría por largas horas de la noche hasta el punto que le de hipotermia. Y otras agresiones como teques, que se detallan en la sección II. Durante los entrenamientos, guardias, comidas y castigos. Las situaciones vividas por el señor Arce le proporcionaron dolores y sufrimientos corporales, frío entumecimiento así como ocasionaron enfermedades y debilidad física, de igual manera dejaron secuelas físicas. Por lo que vulneraron su integridad física.

20. Por otra parte fue sometido a un constante hostigamiento, como se detalla en la sección II acoso y generar odio así como los castigos, fue obligado a que se desvista o que con ropa mojada se revuelque en la tierra, de igual manera fue víctima de insultos y desprestigios por ser afro ecuatoriano, se evidencia la práctica de poner a sus compañeros en contra de él. Todo estas situaciones descritas afectaron psicológicamente al señor Arce llegando al punto de verse obligado a solicitar la baja, donde además fue obligado a declarar que la misma se solicita por razones personales, teniendo que sufrir adicionalmente la humillación de leer su carta y soportar las burlas de compañeros e instructores. Los daños que ocasionaron a su autoestima y el

sentimiento de impotencia y desprotección configuran vulneración a su integridad psicológica, contraviniendo tanto la constitución como los tratados internacionales.

21. Adicionalmente es impórtate destacar que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, así como gran parte de instrumentos internacionales sobre derechos humanos, garantiza el derecho a la Integridad Personal, la mencionada declaración en su artículo 5, manifiesta que: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes." De la misma manera el Artículo 7, expresa: "Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación."

22. Además el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en su Artículo 7 expone: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos".

23. Dentro del derecho a la integridad personal, y relacionado directamente con el caso, debemos abordar el tema de la **tortura, tratos crueles inhumanos y degradantes**; actos que se encuentran normados en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes, que entró en vigor el 25/06/1987, que en su artículo primero manifiesta: "1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se **inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación**, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas. 2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance".

24. En el presente caso los maltratos proporcionados, los dolores y sufrimientos, fueron infringidos intencionalmente y estaban dirigidos con la intención de separar de la institución a una persona por razones personales o peor aún por el color de su piel, lo cual analizaremos más adelante. Parte de la tortura sufrida por el señor Arce incluía la constante incitación a que se dé la baja voluntaria y amenazas que de no hacerlo los sufrimientos no cesarían y serían cada vez peor, tanto para él como para sus compañeros lo cual configura por si mismo tortura y privación de alcanzar su proyecto de vida mediante la vulneración de su integridad personal.

25. Es de especial atención para esta Dirección los sufrimientos proporcionados en relación a la alimentación, el derecho a una alimentación adecuada es de importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos. El Comité de derechos económicos sociales y culturales en su Observación General 12 considera que el contenido básico del derecho a la alimentación adecuada comprende lo siguiente: - la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos.

26. En este sentido la negativa a proporcionarle alimentos vulnera tanto el derecho a la alimentación como se constituye en una forma de hostigamiento y tortura tanto físico como psicológico. Cumpliendo con los elementos señalados anteriormente, es un acto intencional con la finalidad de infringir daño y basado en un criterio de discriminación, más aún cuando esta negativa es solo con la persona del señor Arce teniendo además que soportar el ver a otras personas comer a satisfacción.

27. La Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, que entró en vigencia el 28 de febrero de 1987, de la misma manera detalla que "Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con

cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo”.

28. Además en el Artículo 3, expone: “Serán responsables del delito de tortura: a. los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan. b. las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a. ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices. Y en el Artículo 4, prescribe que: “El hecho de haber actuado bajo órdenes superiores no eximirá de la responsabilidad penal correspondiente.”

29. Al mismo tiempo el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", en su Artículo 3, determina que: “Obligación de no Discriminación. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

30. Frente a la argumentación legal del derecho a la integridad personal, se colige que éste se origina en el respeto a la vida y el resguardo de la persona, en toda su extensión, ya sea en su integridad física, psíquica y moral, e implica que nadie puede ser lesionado o agredido físicamente, ni ser víctima de daños inmateriales que le impidan conservar su estabilidad psicológica, en el presente caso se desprende un claro quebrantamiento en su integridad física y psicológica, sufriendo agresiones que afectaron y lesionaron su cuerpo, causándole dolor y daño a su salud física de igual manera la afectación a la integridad psíquica y moral del señor Arce, derecho violado a la plenitud de sus facultades morales, intelectuales y emocionales; misma que se relaciona con el derecho a no ser obligado, forzado o manipulado mentalmente contra su voluntad, como en efecto se evidenció que el señor Arce Méndez resistió.

31. De igual manera cuando se inflige intencionalmente dolores, sufrimientos físicos o mentales para castigar por un acto cometido o no, cuando se intimida o coacciona por discriminación por parte de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones a instigación suya o con el consentimiento o aquiescencia **es tortura**, en el presente caso el señor Arce se encontraba en una institución educativa estatal, siendo completa responsabilidad del Estado en este caso en primera instancia de la Escuela Militar Eloy Alfaro las agresiones sucedidas al interior de la misma y el realizar investigaciones precedentes y conducentes a sancionar actitudes y comportamientos como los que se han observado.

b) Derecho a la igualdad y no discriminación

32. La Constitución de la República en el Artículo 11, formula que: “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga **por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos**. La ley sancionará toda forma de discriminación. (...)El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la

prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos (...)

33. Así, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, en su articulado se pronuncia, bajo los siguientes términos: El Artículo 1, numeral 1, determina: "En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública. (...)".

34. Las situaciones descritas en la sección III en Referencia a la raza que incluye el trato peyorativo como "negro vago" "hediondo", "negro hijo de puta", "inútil", demuestran una clara referencia a su raza para un fin negativo, sanciones y llamadas de atención lo que implica una diferenciación que tiene **por objeto menoscabar el ejercicio de los derechos a la educación y libre ejercicio de la personalidad (proyecto de vida) del señor Arce.**

35. La afirmación del teniente Encalada de que "ningún negro será oficial" preocupa sobre manera a esta institución ya que además de evidenciar una actitud racista y una clara discriminación que en el presente caso ha sido víctima el señor Arce evidencia un problema institucional con un grupo de personas en este caso afroecuatorianos y afroecuatorianas.

36. Por otra parte el obligarle a que se sirva sus alimentos aislado del resto de estudiantes por ser afrodescendiente es un acto de evidente y grave discriminación. Demuestra una diferenciación específica que tiene como menoscabo el ejercicio de su derecho a la alimentación así como al descanso en los casos en los que se lo hacía mantener de pie.

37. En igual forma el Artículo 46 de nuestra Constitución, expone: "El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren (...)7. Protección frente a la influencia de programas o mensajes, difundidos a través de cualquier medio, que promuevan la violencia, o la discriminación racial o de género".

38. Las actitudes evidenciadas por parte de una autoridad educativa que demuestran discriminación como en el presente caso, constituyen mensajes de odio difundidos directamente y con el agravante de ser propagados por parte de personas que ejercen autoridad frente a otros, en este caso instructor a los reclutas, este tiempo de mensajes están prohibidos por la constitución y pueden llegar a ser penados por la ley como delitos de odio.

39. El Artículo 2 la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, detalla que: "Los Estados partes condenan la discriminación racial y se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas, y con tal objeto: a) Cada Estado parte se compromete a no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones y a velar por que todas las autoridades públicas e instituciones públicas, nacionales y locales, actúen en conformidad con esta obligación".

Del mismo modo los Estados partes se comprometen a "prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: (...) v) El derecho a la educación y la formación profesional; (...)".de igual forma "Los Estados partes se comprometen a tomar medidas inmediatas y eficaces, especialmente en las esferas de la enseñanza, la educación, (...), para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial y para promover la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y los diversos grupos raciales o étnicos, así como para propagar los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y de la presente Convención". (Artículos 5 y7 Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial)

40. Esta responsabilidad internacional incluye el establecimiento de políticas y directrices claras dentro de las instituciones así como las sanciones pertinentes para que este tiempo de casos no se den y en su defecto no se repitan. Al estar en ámbito educativo esta responsabilidad es mayor se debe garantizar a las personas el acceso y permanencia dentro de las instituciones sin discriminación. En el presente caso no se evidencia que la escuela Militar Eloy Alfaro tenga políticas de inclusión ni que se hayan realizado procesos tendientes a una sanción por los hechos ocurridos.

41. Nuestra Carta Magna y más normas internacionales garantizan que todas las personas tengamos derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación, nadie podrá ser discriminado o discriminada por razones de etnia, identidad cultural, etc., y el señor Arce Méndez sufrió en carne propia discriminación racial, pues el trato que obtuvo fue diferente a la de los demás estudiantes y obedeció a su condición étnica, social y cultural; como en efecto el Instructor Encalada tenía una actitud racista.

42. El tratamiento diferenciado y el constante hostigamiento sumado a las claras expresiones de racismo evidencian una práctica notoriamente discriminatoria por parte del Instructor Encalada así como una falta de normas y sanciones por parte de las Autoridades de la Escuela.

c) Derecho a la educación

43. La Constitución de la República del Ecuador, en el Artículo 3, alude: “Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.(...)”.

44. El Artículo 27, determina que: “La educación se centrará en el ser humano y garantizará su desarrollo holístico, en el marco del respeto a los derechos humanos, (...); será participativa, obligatoria, intercultural, democrática, incluyente y diversa, de calidad y calidez; impulsará la equidad de género, la justicia, la solidaridad y la paz; estimulará el sentido crítico, (...)”.

45. En el mismo sentido el Artículo 28, manifiesta que: “La educación responderá al interés público y no estará al servicio de intereses individuales y corporativos. Se garantizará el acceso universal, permanencia, movilidad y egreso sin discriminación alguna (...). Igualmente el Artículo 347, establece que: “Será responsabilidad del Estado: (...) 2.Garantizar que los centros educativos sean espacios democráticos de ejercicio de derechos y convivencia pacífica. (...) 6. Erradicar todas las formas de violencia en el sistema educativo y velar por la integridad física, psicológica y sexual de las estudiantes y los estudiantes”.

46. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo 12, dispone: “Toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas. (...) El derecho de educación comprende el de igualdad de oportunidades en todos los casos, de acuerdo con las dotes naturales, los méritos y el deseo de aprovechar los recursos que puedan proporcionar la comunidad y el Estado”. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", en el artículo 13, apunta que el Derecho a la Educación: “1. Toda persona tiene derecho a la educación. 2. Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz”.

47. Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en sus artículos 13 y 14, manifiesta: "Artículo 13: "1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

48. Las normas Constitucional y los tratados con carácter de norma Constitucional establecen que dentro de la educación se debe tomar en cuenta tanto el acceso como la permanencia y que el desarrollo de la misma se debe dar en el pleno ejercicio del derecho a la personalidad y las libertades fundamentales así como la no discriminación. En el presente caso podemos observar que si bien Michael Arce pudo acceder a la educación que había elegido no se garantizó su permanencia en razón de que se vulneró su derecho a la integridad personal y a la igualdad, las prácticas dentro de la escuela con supuestos fines educativos vulneraron su derecho a la educación.

49. Cabe recordar que de la Observación General N° 13 El derecho a la Educación (artículo 13) del PIDESC, manifiesta que la educación en todas sus formas y en todos los niveles debe tener las siguientes cuatro características interrelacionadas: disponibilidad, accesibilidad, no discriminación y accesibilidad material. Dentro de la tercera característica enunciaremos la No discriminación e igualdad de trato. Además la prohibición de la discriminación, consagrada en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto, no está supeditada ni a una implantación gradual ni a la disponibilidad de recursos; se aplica plena e inmediatamente a todos los aspectos de la educación y abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente. El Comité interpreta el párrafo 2 del artículo 2 y el artículo 3 a la luz de la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza y de las disposiciones pertinentes de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación.

50. El mismo documento detalla que la adopción de medidas especiales provisionales destinadas a lograr la igualdad de hecho entre hombres y mujeres y de los grupos desfavorecidos no es una violación del derecho de no discriminación en lo que respecta a la educación, siempre y cuando esas medidas no den lugar al mantenimiento de normas no equitativas o distintas para los diferentes grupos, y a condición de que no se mantengan una vez alcanzados los objetivos a cuyo logro estaban destinadas. Finalmente el Comité toma nota del artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y del apartado e) del artículo 3 de la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza y confirma que el principio de la no discriminación se aplica a todas las personas en edad escolar que residan en el territorio de un Estado Parte, comprendidos los no nacionales y con independencia de su situación jurídica.

51. Del anterior documento se desprende la obligación del establecimiento educativo de adoptar medidas especiales tendientes a garantizar este derecho, más aun tomando en consideración que dentro de toda la Escuela Militar no se constata ni estudiantes, ni instructores afroecuatorianos en número significativo.

52. El derecho de educación comprende el de igualdad de oportunidades que deben proporcionar la comunidad y el Estado y en este caso la Escuela Militar "Eloy Alfaro", que siendo una institución pública, le redujo la oportunidad de superación y progreso personal y el de su familia.

d) Derecho al desarrollo personal (Proyecto de vida)

53. La Constitución del Ecuador en su Artículo 66 reconoce y garantiza a las personas: 2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios. 5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás.

54. En este sentido todas las personas pueden elegir libremente su proyecto de vida mismo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso En el caso Loayza Tamayo y posteriormente en el caso Tibi (contra el Ecuador) ha establecido que “se trata de más que las oportunidades, chances, expectativas. Está vinculado, (...), con metas razonables, esperanzas fundadas, proyectos accesibles, que constituyen, en su conjunto, el derrotero para el desarrollo de la persona, deliberado y factible, a partir de ciertas condiciones que lo apoyan y justifican. Agréguese la posibilidad de que exista una decisión concreta por parte del titular de los derechos afectados, decisión sustentada en aquellos elementos, y no apenas en suposiciones, presunciones o inferencias del observador externo”.

55. En el presente caso Michael Arce tenía una expectativa real de graduarse en la Escuela Militar Eloy Alfaro, puesto que había sido aceptado y estaba ya cursando sus estudios, demostrando en las primeras semanas capacidad para continuar con los mismos y graduarse. Estas expectativas reales tanto de Michael como de su familia se vio truncada por la discriminación sufrida y la violación a su integridad personal perpetrada al interior de la propia escuela.

56. Es pertinente señalar que de no haber existido vulneración a sus derechos Arce actualmente estaría a poco tiempo de terminar su primer año y posteriormente graduarse y tener el trabajo que él, en su libre determinación eligió para su vida. Las vulneraciones de derechos humanos truncan los proyectos de vida de las víctimas vulnerando así el derecho al libre desarrollo de su personalidad.

V. CONSIDERACIONES

57. Para la presente resolución se ha considerado las normas sobre derechos humanos establecidas tanto en la Constitución de la República del Ecuador, así como tratados internacionales, del sistema Universal y del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos normas que manifiestan claramente que cuando se inflige intencionalmente dolores, sufrimientos físicos o mentales para castigar por un acto, o se intimide y coaccione por discriminación por parte de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones a instigación suya o con el consentimiento o aquiescencia es tortura y por consiguiente una vulneración a la integridad personal.

58. Bajo esa consideración, debemos manifestar que el eje esencial que determina el contenido y desarrollo de los derechos humanos es la dignidad humana y el reconocimiento de que todos los seres humanos somos libres e iguales; lo que constituye el punto de partida para el desarrollo de los derechos de manera general, siendo que por consecuencia una afectación a la misma constituye una vulneración de derechos.

59. El principio de igualdad y no discriminación que nuestra Constitución y los Instrumentos Internacionales protegen como principio rector del ejercicio de derechos humanos. En relación a los tratos inhumanos, crueles y degradantes, este principio tiene especial connotación debido a que si bien los tratos de este tipo son condenados en todo momento y contra toda persona, cuando los mismos son perpetrados bajo consideraciones discriminatorias configuran un agravante en materia de derechos humanos.

60. Conforme a lo investigado por la Defensoría del Pueblo de Ecuador se determina que más allá de las exigencias que demanda la formación militar conforme a lo detallado por las autoridades y las normas relacionadas; en el caso del señor Arce Méndez se advierten tratos que

van más allá de estas exigencias, generando afectaciones a la integridad física y psicológica y por ende atentando contra su dignidad como ser humano.

61. Además se desprende que tales tratos se vincularían con el hecho de que el señor Arce es afro ecuatoriano, contraviniendo toda norma que se manifiesta contraria a cualquier trato discriminatorio, siendo exhaustivo lo desarrollado en contra de la discriminación racial.

62. De la misma manera existe una responsabilidad estatal por precautelar que las Instituciones que conforman el Estado sean las llamadas a respetar y hacer respetar los derechos humanos bajo parámetros de no discriminación. Responsabilidad que no excluye en ningún momento a las fuerzas armadas.

63. Igualmente debemos convenir en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. La educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las personas y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz dentro de las instituciones públicas y privadas.

64. De la investigación realizada por la Defensoría del Pueblo de Ecuador se desprende que el señor Michael Andrés Arce Méndez fue víctima de tratos que atentaban contra su dignidad, mismos que serían inhumano crueles y degradantes contraviniendo normas constitucionales y de instrumentos internacionales de derechos humanos.

65. En el caso de Arce Méndez no se produjo el respeto a su derecho a capacitarse, a escoger libremente la carrera educativa que le serviría para tener una vida digna inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humana como lo establece la constitución.

66. Finalmente debemos observar que la inexistencia tanto de políticas en contra de la discriminación así como de un proceso que determine responsabilidades y sanciones por parte de las autoridades competentes es una omisión que vulnera derechos humanos y los hace responsables.

67. Es de preocupación para esta institución que personas que presentan manifestaciones claramente racistas formen parte de una institución estatal de relevancia y realce como son las Fuerzas Armadas Ecuatorianas.

VI. RESOLUCIÓN

68. Por las consideraciones expuestas y por ser de competencia de la Defensoría del Pueblo, de conformidad con lo previsto en el numeral 2 del Art. 215 de la Constitución de la República, concordante con los Artículos: 19, 20 y 21 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo y el Artículo 25 del Reglamento de Trámite de Quejas, Recursos Constitucionales y Demandas de Inconstitucionalidad de Competencia del Defensor del Pueblo; poniendo en claro que a las partes se les ha concedido el ejercicio del derecho a la defensa, se les ha notificado y convocado en legal y debida forma para que comparezcan a formular sus respectivas argumentaciones y alegaciones; la Dirección Nacional de Protección de Derechos Humanos y de la Naturaleza,
RESUELVE:

1. **ACEPTAR** la Queja presentada por el señor Michael Andrés Arce Méndez en contra del señor Teniente Fernando Mauricio Encalada Parrales, Instructor Oficial de la Escuela Superior Militar "Eloy Alfaro".
2. **DECLARAR** que el señor Teniente Fernando Mauricio Encalada Parrales, Instructor Oficial de la Escuela Superior Militar "Eloy Alfaro", vulneró el

derecho a la integridad personal, el derecho a la igualdad y no discriminación racial y el derecho a la educación que constitucionalmente le son reconocidos al señor Michael Andrés Arce Méndez.

3. **EXHORTAR** al Ministerio de Defensa Nacional y a la Escuela Superior Militar que se inicie el proceso interno correspondiente en contra del señor Teniente Fernando Mauricio Encalada Parrales, Instructor Oficial de la Escuela Superior Militar "Eloy Alfaro", para que por serias vulneraciones a derechos humanos sea sancionado de manera razonable y proporcionalmente. Esta Dirección recomienda que por dichas violaciones sea separado de las Fuerzas Armadas Ecuatorianas.
4. **DECLARAR** que la Defensoría del Pueblo realizará vigilancia al debido proceso del proceso interno sancionatorio.
5. **DECLARAR** a la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro por intermedio de sus directivos como responsables de las vulneraciones de los derechos del señor Michael Andrés Arce Méndez por la omisión de procesos internos de respeto y sanción oportunos.
6. **EXHORTAR** a la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro y al Ministerio de Defensa Nacional que en cumplimiento de las disposiciones constitucionales e internacionales implementen programas y políticas tendientes a erradicar la discriminación dentro de las escuelas Militares del país y garantizar el respeto a los derechos humanos, para lo cual la Defensoría del Pueblo se pone a su disposición para cualquier sustento técnico que sea requerido para brindar apoyo en la construcción e implementación de las mismas.
7. **REMITIR** la investigación al Ministerio Público por existir indicios y evidencias de actos delictivos que implican violación en materia de derechos humanos, en este caso por el cometimiento de actos de tortura, trato cruel e inhumano y degradante por parte del señor Teniente Fernando Mauricio Encalada Parrales, Instructor en contra del señor Michael Andrés Arce Méndez.
8. **RESERVAR** el derecho de esta Dirección Nacional para continuar trámites defensoriales en relación a posibles vulneraciones a derechos al interior de la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro en contra de otros y otras estudiantes en relación a la información obtenida mediante entrevistas directas y reservadas.
9. **DEJAR A SALVO** el ejercicio de los derechos y acciones administrativas y/o judiciales de las que se crean asistidas las partes.-
10. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-**



Carla Patiño Carreño
DIRECTORA NACIONAL DE PROTECCIÓN
DE DERECHOS HUMANOS Y DE LA NATURALEZA
DEFENSORÍA DEL PUEBLO

CASO ARCE

REPÚBLICA DEL ECUADOR

www.funcionjudicial.gob.ec

SÉPTIMO TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DE PICHINCHA

No. proceso: 17247-2013-0414
No. de Ingreso: 1
Acción/Infracción: ODIO RACIAL
Actor(es)/Ofendido(s): DRA. GINA GOMEZ DE LA TORRES, FISCAL DE PICHINCHA
DRA. GINA DE LA TORRE, FISCAL DE PICHINCHA
ARCE MENDEZ MICHAEL ANDRES
ARCE MENDEZ MICHAEL ANDRES
Demandado(s)/Procesado(s): FERNENDO MAURICIO ENCALADA PARRALES
ENCALADA PARRALES FERNANDO MAURICIO

27/03/2014 SENTENCIA

VISTOS: El Dr. Franz Valverde Gutiérrez, Juez Sexto de Garantías Penales de Pichincha (E), en auto de 26 de noviembre de 2.013, las 12h31, fundamentado en el Art. 232 del Código de Procedimiento Penal, dictó auto de llamamiento a juicio en contra de Fernando Mauricio Encalada PARRALES, por considerarle autor del delito tipificado y sancionado en el Art. 212, del segundo innumerado del Código Penal, en concordancia con el Art. 42 ibídem. El referido auto tuvo como antecedente la resolución de inicio de instrucción fiscal, de fecha 03 de julio de 2.013, dictada por el Dr. Franz Valverde Gutiérrez, de la que se desprende que el señor Michael Andrés Arce Méndez, fue cadete de la Escuela Militar Eloy Alfaro, durante su entrenamiento en la Fase Pucará, había sido objeto de un trato humillante, de odio y de acoso personal; el ex cadete Michael Arce Méndez, había denunciado este hecho en la Defensoría del Pueblo y en la Escuela Militar, es así que por las investigaciones realizadas por la Defensoría del Pueblo, en ejercicio de sus funciones, realizaron una investigación bajo el principio de la informalidad, los funcionarios de dicha institución se entrevistaron con los cadetes de la Escuela Militar Eloy Alfaro, sin que éstos indiquen sus nombres, quienes confirmaron los hechos denunciados por el ex cadete Arce, esto es Michael Arce recibió un trato discriminatorio, degradante y perjudicado en su instrucción militar ya que debía realizar ejercicios físicos excesivos, en muchas ocasiones no le permitían comer o le impedían que lo haga dentro del comedor, conjuntamente con sus compañeros, además le ordenaban que realice turnos a semana seguida, sin relevo y sin descanso, era calificado como inútil, sucio, vago, inservible, debía cargar por mucho tiempo una piedra grande en su maleta, le obligaban salir de la ducha para que repte y se revuelque en la tierra, le hacían que permanezca más tiempo que el resto de cadetes en la piscina de agua fría, lo que le causó hipotermia, en horas de la madrugada le obligaban a ducharse en agua fría y le aplicaban gas picante, era obligado a boxear hasta 10 peleas con tres compañeros al mismo tiempo, producto de esto le habían ocasionado una fractura en la nariz y un esguince en el brazo derecho impidiéndole salir al policlínico, era obligado a pelear con mujeres como una manera de desvalorizarle su fuerza y

su capacidad; le dotaron de un fusil en mal estado para que se largue y pida la baja. Estos actos denigraron su dignidad humana lo que atentó sus derechos humanos, que dieron lugar a que Michael Arce solicite la baja voluntaria de la institución militar.- Remitida la causa a la Oficina de Sorteos de la Función Judicial para el sorteo de ley, correspondió su conocimiento a este Tribunal, en donde se radicó la competencia, por lo que la Presidencia avocó conocimiento de la causa y posteriormente convocó a la audiencia oral pública de juzgamiento del acusado Fernando Mauricio Encalada Parrales y, habiendo llegado el indicado momento, en la forma que determina la Ley, se evacuaron las pruebas que los sujetos procesales consideraron convenientes a sus intereses y, por agotada su tramitación, encontrándose el proceso en estado de resolver, previamente a hacerlo se considera: PRIMERO.- En la sustanciación de la causa no se omitieron solemnidades sustanciales y además se observaron durante su tramitación las normas del debido proceso establecidas en la Constitución de la República, razón por la que se declara su validez. SEGUNDO.- El Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha es competente para sustanciar el juicio y dictar sentencia en el presente proceso de acción pública instaurado contra el acusado Fernando Mauricio Encalada Parrales, por así disponerlo el numeral 1 del Art. 28 del Código Adjetivo Penal. TERCERO.- La Fiscalía representada por la Dra. Gina Gómez de la Torre, para justificar su hipótesis de adecuación típica, así como la responsabilidad del acusado antes referido, en la audiencia pública de juzgamiento, presentó las siguientes pruebas: 1. Testimonio de la ofendido (acusador particular) Michael Andrés Arce Méndez, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que es estudiante universitario y trabajador privado; agregó que la persona que intervino en el hecho es el Teniente Fernando Mauricio Encalada Parrales, y en un evento denominado empalizada intervino el Brigadier Cevallos Richard, quien le hizo duchar, luego le mandó a revolcarse en la tierra, nuevamente le hizo duchar y nuevamente a la tierra; no recuerda las fechas en que sucedieron los hechos porque fueron varios eventos en los que fue maltratado, pero esos eventos se dieron en el año 2.011, de esto, ha tratado de olvidar; todos los hechos fueron cometidos en la Base Pucará, en la ESMIL; las personas que saben del hecho son sus ex compañeros y todos los tenientes que estaban a cargo de los diferentes pelotones, entre los que se encuentran Freire David, Asadovay Wilmer, Aguilar Jorge, Cantuña y otros; por todo lo que le aconteció sufrió psicológicamente ya que sufría constantes acosos de parte del señor Teniente Encalada, él constantemente le llamaba vago, sucio, inútil, muérgano y otros términos que denigraban a su persona, otro evento sucedió en la piscina, en la quinta semana, le tocaba hacer las prácticas de natación y habilidades acuáticas, en el primer día los 190 cadetes estaban practicando natación, pero cuando él (Michael Arce) nadaba en la piscina olímpica, le hizo salir y le hizo entrar a la fosa, por el lapso de media hora, la temperatura era sumamente baja y les dijo a sus compañeros que le vigilen; en el segundo día tenía que hacer prácticas de habilidades acuáticas, estas se dividían en varios segmentos, en el primero, se sintió mal porque en el entrenamiento le tocaba ponerse una mochila, con la cual tenía que botarse a la piscina y desequiparse, no lo pudo hacer, al Teniente Fernando Encalada le dijo a Encalada que ya no podía más, que se estaba entumiendo su cuerpo y Encalada le mandó a la fosa y le dijo que se metía ahí, por esto su cuerpo ya no resistía, sin embargo de esto, luego le hizo que se sumerja a la piscina; la otra práctica era la del boxeo, que es de defensa personal, suponía que la práctica era con otro cadete pero en su caso, le obligaba a pelear con dos y más personas a la vez, estas prácticas eran excesivas, a sus contrincantes les decía que tenían que masacrarle y si no lo hacían les iba a masacrar a ellos,

además el Teniente Encalada le ponía a boxear con mujeres, lo que para él era un reto, por ese motivo solo se dejaba golpear por ellas y les esquivaba para no golpearlas, por las excesivas prácticas de boxeo, le ocasionaron una fractura en la nariz; para ingresar a la escuela se sometió a las pruebas psicológicas, médicas y físicas, si no hubiera estado bien medicamente, no hubiera pasado las pruebas físicas; cuando les tocaba comer, todos entraban al comedor y se sentaban en las mesas con sus alimentos, mientras que a él cuando tomaba los alimentos, le mandaba a trotar por alrededor de la Base, en eso se le iba el tiempo y le quedaba solo un minuto para comer, esto le sucedía solo a él, mientras que el resto de compañeros se quedaban sentados almorzando, en varias ocasiones comió fuera del comedor, en el suelo, esto le hacía solo él; cuando salían de caminata a diferentes sectores, a los vagos se les hacía cargar una campaña, la misma que él sí la cargó, un día en una caminata le culpó a él, de haber dejado caer la camilla en la cual llevaban a un compañero; en el momento en que todos se reunían y practicaban canciones militares, el Teniente Encalada le obligó a que haga el puño coreano y no las canciones que hacían el resto de sus compañeros, el puño coreano le lastimó las manos porque tenía que hacerlo durante un tiempo indefinido, ya que tenía que apoyar sus puños en piedras que se le incrustaban en sus manos, por esto perdió el movimiento de sus manos, es por esto que el día que salió, ya no pudo escribir el informe y éste le escribió su madre, ya que no podía mover sus manos, tampoco las sentía, lo único que hizo a duras penas fue firmar el informe; los ejercicios físicos, llamados “Teques” consisten en un castigo, ejercicios que se los realizan hasta que el cuerpo aguante; cuando recibía maltratos y agresiones verbales por parte del teniente Encalada, nadie le ayudó por el odio que le tenían; en la práctica de disparo, se percató que su fusil estaba dañado por esto se encasquilló, esto comunicó al Teniente Encalada para que le cambien el fusil, pero Encalada le dijo “déjale a este hijo de puta para que se largue de la escuela”, por esto se sintió mal, el brigadier mayor le cambió el arma y continuó realizando la práctica de tiro; el día en que pidió la baja regresó a las instalaciones de la Escuela donde sus papás ya se habían acercado y habían hablado con alguien, sin saber con quién, luego cuando habló con sus padres, el Teniente Coronel Argoti le dijo que regrese a la Base, que todavía estaba a tiempo, su madre le dijo aguanta solo te falta una semana, entonces el Teniente Bayas le llevó a los dormitorios de la Escuela y le puso boca abajo y le pasó pisando la espalda, además le dijo “ahora por sapo te fregaste” y luego le hizo subir a la base con una roca enorme en la maleta y justo cuando llegó estaba formada toda la compañía con los 190 cadetes, llegó con un brigadier, en ese momento dijo a Arias si podía regresar a la fila, en esta vio al Teniente Encalada que se burlaba, ese día tuvo que hacer varios ejercicios, corrió con la roca, por esto pensó que no va cambiar su situación, por lo nuevamente pidió la baja; en relación a las guardias, un fin de semana el Teniente Encalada le ordenó a un brigadier, que no recuerda quien era, que le anoten en la guardia para toda la semana, a pesar que las guardias no se las realiza durante toda la semana, el día que le tocó la guardia no durmió un día entero, los otros días igual, le obligaban hacer las guardias pero sus otros compañeros no lo hacían, él recibía un trato diferenciado; agregó que había una estación donde tenían que aprender como lanzar una bomba molotov, pero como estaban 40 personas, no había suficientes bombas, por lo que no pudo realizar esta práctica, ni siquiera pudo encenderla, porque lo consideraban lo peor; todas las estaciones eran calificadas por el brigadier, solo había una materia que calificaba el Teniente Encalada, quien le puso como nota cero, con los demás brigadieres obtuvo buenas calificaciones; el Teniente Fernando Encalada le ordenaba a sus compañeros que le tengan realizando alguna actividad porque era un vago

un ocioso, esas eran las palabras que él decía y eso solo le decía al deponente (Arce), les decía a sus compañeros que si no le tenían haciendo alguna actividad física, les iban a castigar a ellos, por eso le tenían haciendo flexiones, en dos ocasiones, al ver el trato discriminatorio que le daba el Teniente Encalada, se armó de valor, salió de la fila, habló con Encalada y le dijo porque le hacía eso, qué le disgustaba de su persona y Encalada le dijo que no quería ver gente como él en el ejército, en una segunda ocasión, le dijo que ya faltaba poco para terminar la fase de instrucción, pero que haría todo para que me marche de la escuela, siempre Encalada le hablaba con palabras denigrantes, como vago, ocioso, muérgano, personas como tú no deben estar aquí, esas palabras eran solo para él, al resto de sus compañeros les trataba bien; es decir, todos los hechos relatados constituían un hostigamiento hacia su persona, ya que Encalada puso a sus compañeros en su contra; 2. Testimonio propio de la señora Lilian Oliva Méndez, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que su hijo ingreso a la ESMIL como aspirante a cadete, para ello, aprobó todos los requisitos, en el transcurso de dos meses no pasó nada raro, una noche recibió una llamada telefónica a su casa, quien le llamó no se identificó, le dijeron que llamaban de la ESMIL, le indicaron que Michael estaba sufriendo maltratos, le dijeron que le lleve unos energizantes, al siguiente día acudió a la escuela a dejar el pedido, en la garita unos señores le dijeron usted es la mamá de Arce, les dijo que sí, le dijeron que hable con los superiores porque al chico le están dando duro, no prestó atención; pasaron unos días y su hijo le dijo que había pedido la baja, fue al día siguiente, lo primero que hizo fue hablar con el señor Argoti, él les recibió a ella y a su esposo, le expusieron lo que estaba pasando y del trato que les estaban dando a su hijo, el señor dijo que si quería regresar a la escuela podía regresar, hablaron con su hijo Michael que estaba con la cara hinchada, sus manos no estaba en buenas condiciones, a pesar del dolor que tenía, su hijo le dijo que sí quiere reingresar a la escuela, en eso le dio a su hijo dame los nombres de la persona que te está haciendo esto, le dijo no le voy a decir porque voy a regresar nuevamente y le daba miedo que tomen represalias, no pasó mucho tiempo, su hijo le llamó por teléfono nuevamente y le dijo que le habían botado al piso y que le habían dado una mochila para que la cargue, le dijo porque te hacen eso, y dijo que vaya a Base Pucará; al siguiente día nuevamente recibió una llamada de su hijo, quien le contó que acaba de pedir la baja de manera irrevocable porque él ya no quería saber nada, hasta ese momento todo lo que había sufrido su hijo, al siguiente día nuevamente acudió a la ESMIL pidió hablar con el señor Pastor, mientras esperaban, que se acerque el señor Pastor les recibieron en la oficina del señor, su esposo le dijo que le han dado un trato diferenciado a su hijo, el señor Pastor no le tomó en cuenta y más bien dijo que el teniente Encalada era un buen instructor, le hubiese gustado que le digan vamos a investigar, se retiró; su hijo tenía en la ESMIL buenas notas, no tenía problemas de disciplina, por eso le dijo Pastor que nuevamente le pueden recibir, pero su hijo tomó la decisión de salir de la ESMIL, mediante la baja, el señor Pastor le dijo que debían cancelar de USD. \$ 2.700, pero como su esposo no disponía dinero, llegaron a un acuerdo para pagarlo hasta el 30 de diciembre de 2.011, luego les llevaron al Departamento Jurídico, en donde les hicieron firmar un documento notariado, en ese lugar les dijo que son unos salvajes, barbaros y le respondieron que su hijo está bien y que mejor le ponga a estudiar; a las 15h00, regresaron a la ESMIL, les recibió Mora quien empezó a conversar, a socializar las cosas, en ese momento ya le pudieron ver a su hijo porque no le habían visto, conversó con él; a las cuatro de la tarde le ordenaron a su hijo que ya podía sacar sus cosas, bajó el brigadier y lo que él le dijo es que realmente como jefe de los muchachos le daba pena por Arce porque si se le había

pasado la mano al Teniente Encalada y a los compañeros de él, le respondió que como permiten eso, él le dijo que no podía defenderle a Arce porque lo único que hacía era recibir órdenes; dijo que le indignó que ninguna parte de las autoridades le hayan ofrecido que van a realizar investigaciones en torno a los maltratos que sufrió su hijo; luego se vio obligada a poner un reclamo en la Defensoría del Pueblo, en la que sí dejó sentado su rechazo por las agresiones que sufrió su hijo, en el momento que fueron a hacer la mencionada queja, su hijo tenía inflamadas las manos por falta de tratamiento porque Encalada le había obligado a su hijo a que haga el puño coreano, por esto él perdió la sensibilidad en los dedos, por esto su hijo no pudo escribir la queja y lo único que pudo hacer es firmar el mismo, con mucha dificultad; el Dr. Lázaro, le mandó a que le haga un reconocimiento a su hijo porque tenía su tabique desviado, para las manos le mandó medicamentos para que le baje la inflamación de los nudillos de las manos; su hijo le dijo que él, había aguantado más que los otros muchachos; el señor Pastor le dijo que si Michael quiere regresar el próximo año, lo puede hacer, ya que no ha tenido problemas de disciplina, ni en el aspecto económico y que la escuela lo iba a recibir con las puertas abiertas; 3. Testimonio propio de la Dra. Carla Gabriela Patiño Carreño quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que actualmente es funcionaria pública; conoce sobre este hecho, porque es Directora Nacional de Protección de la Defensoría del Pueblo, en el 2.011, se emitió la resolución defensorial, en la cual establecieron que existían vulneraciones a los derechos del señor Michael Andrés Arce Méndez; el caso se inició con una queja como parte del trámite interpuesto por el señor Michael Arce, en base a la Ley de la Defensoría del Pueblo; iniciaron las investigaciones en donde se hicieron entrevistas a las personas que estudiaron el mismo año en la ESMIL, con Arce, además se realizó una visita in situ, se hizo una valoración de los derechos e hicieron una audiencia en la que se pidió información documental donde constaban las notas de Michael Arce, reglamentos, etc., luego se emitió una resolución defensorial, en donde se determinó que se vulneraron los derechos a la integridad personal, al proyecto de vida y a la educación. La investigación se la realizó dentro de la Defensoría del Pueblo, se designó una abogada o abogado para que lleva el caso, de acuerdo a la Ley, tienen la potestad de hacer una investigación informal. Los casos dentro de la Defensoría no son contenciosos, la Defensoría declaró la vulneración de derechos, sin embargo las resoluciones no concluyen con una obligación de una persona, sino con la declaración de vulneración de un derecho; en el expediente consta lo que fue entregado no recuerda cuantos documentos se pidieron a la ESMIL y cuantos se entregaron, como funcionarios públicos tienen la obligación de poner en conocimiento de las autoridades competentes, ya que pueden decidir si existe un delito, esto les corresponde a las autoridades competentes; también dispusieron que se realicen las investigaciones en el interior de la ESMIL; 4. Testimonio propio de la Dra. Haydee Jacqueline Cáceres Alarcón, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que es abogada uno de la Dirección Nacional de Protección de Derechos Humanos de la Naturaleza y Derechos Humanos; que se presentó una queja en la Defensoría del Pueblo, el 4 de diciembre de 2.012, el señor Michael Arce Méndez y su madre se acercaron a la Defensoría del Pueblo para presentar una queja, les asesoró, y el 17 de enero se elaboró una providencia firmada por la Directora, dirigida al director de la ESMIL; la Defensoría del Pueblo fue a realizar un trabajo de investigación en la ESMIL, fueron a dicha escuela a realizar un trabajo de campo, les tuvieron en la garita porque no le encontraban al jefe, luego la señora Nancy López, asesora jurídica, se acercó y les permitió el ingreso para que hagan el trabajo de campo; en la mañana

formaron grupos de dos compañeros de la Defensoría del Pueblo, su compañero entrevistó a 7 cadetes, entre hombres y mujeres, porque eran como 180, y en la tarde entrevistó la deponente a 7 u 8 cadetes, de primer año; la entrevista neutra tuvo como objetivo conocer la vida militar del cadete Arce, todos estuvieron muy receptivos y colaboradores, la mayoría de los señores, explicaron que al señor Arce si le castigaban; dentro de las conversaciones con los cadetes, la mayoría hablaba que el instructor Fernando Encalada le castigaba o le insultaba en forma exagerada o agresiva, decían también que le quitaba el derecho a su alimentación, que a veces el instructor Encalada le daba medio minuto para que almuerce, a veces le tentaba con una funda de tostado y si comía; cuando la madre de Arce y él, se acercaron su obligación era escuchar la versión de él y asesorarle; dentro de la investigación de campo, esto es, de su conversación con los cadetes de primer año, no preguntó los nombres ni apellidos de ellos; 5. Testimonio propio de la señora Edith Annabel Ortega Mendoza, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que realizó una investigación, en torno al caso del señor Michael Arce, para ello, entrevistó a 14 cadetes de la ESMIL, en esta investigación intervinieron sus dos compañeros, realizó la entrevista a Javier Morales; en la entrevista que hicieron, empezaron con la motivación que tuvieron para escoger esa carrera, luego les preguntaron de su compañero Arce, quienes les dijeron que hubo un exceso en el trato que le dieron a él, no le daban de comer, no le servían carne ni pollo, le llamaban vago, inútil, el instructor Encalada les había dispuesto al resto de cadetes que vigilen a Arce, al no hacerlo corrían el riesgo que les castiguen a todos, además había dado la disposición de que a él (Arce) lo quería fuera, es decir, el trato que se le dio a Arce era diferente, a pesar que habían otros compañeros que tenían las mismas condiciones de Arce, a quienes no se les castigaba; uno de los entrevistados le dijo que una mañana encontró a Arce con la ropa mojada, estaba como ido, luego de que Arce ya había pedido la baja, el Teniente Encalada le hizo pasar al frente de la compañía y le hizo leer una carta privada, que era de su madre, donde le decía que siga siendo el mejor como en el colegio, el joven Arce lloró, eso les impactó a todos sus compañeros quienes también querían llorar; los cadetes señalaron que en relación a la fase Pucará requerían mayor esfuerzo físico, pero que no hubo un trato discriminatorio por ser afro ecuatoriano, sino porque le habían encontrado caramelos chocolates y que seguramente hizo que Encalada le haya visto mal; 6. El testimonio propio de Wilton Vicente Guaranda Mendoza, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que es servidor público de la Defensoría del Pueblo; agregó que entrevistó a 6 o 7 cadetes, quienes le manifestaron que al cadete Arce, siempre le imponían sanciones de manera desproporcionada lo que no se daba con los otros cadetes, eventualmente escucharon algún tipo de insultos o tratos descomedidos al señor Arce, sobre todo en la zona de Pucará, al mencionado señor se le daba medio minuto para comer, mientras que las otras personas lo hacían en un mayor tiempo, en lo que respecta a las prácticas de box, a Arce le habían pelear entre tres a cinco personas y que en alguna oportunidad también escucharon decir al señor Arce, que los instructores le habían dicho que se acoja a la baja, porque no iba a rendir en esa actividad, los entrevistados no le dijeron sus nombres para que no se comprometiera su vida personal; agregó que remitió un informe a la Directora Nacional de Protección de la Defensoría del Pueblo; 7. El testimonio propio del General de Brigada Gustavo Vicente Cabrera Campuzano, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que es Comandante de la Primera División Shyris del Ejército ecuatoriano; que no firmó el documento que está firmado por el Coronel Javier Pérez, Subdirector de la Escuela Militar, su nombre aparece porque él, es el

Director y en su ausencia, el Subdirector asume las funciones y es el responsable de lo que firma; que asumió las funciones a partir del 18 de julio de 2.011 hasta finales de julio de 2.012; el pedido de baja se lo puede hacer por varias circunstancias, una de ellas, es por solicitud voluntaria de los cadetes como sucedió con el cadete Arce, quien pidió su baja voluntaria, por lo que se dio el trámite pertinente en procedimiento regular; agregó que la programación académica de los cadetes es minuciosamente planificada, durante la carrera que dura 4 años; los cadetes que están en primer año tienen que someterse a las disposiciones militares y académicas planificadas durante cada año, la institución militar es jerarquizada; no tiene que llegar a conocimiento del Director las modificaciones que se puedan hacer porque un cadete puede estar cumpliendo una comisión, hay niveles en los que puede ser reemplazado y hay otros en los que pueden haber cambios; de acuerdo al Reglamento de Recompensas, los cadetes tienen que someterse a disposiciones que tienen que cumplirlas; el cadete cuando infringe un reglamento tiene que someterse a la sanción que estipule el reglamento, sanción que se registra en la relación de castigados, que la lleva en forma diaria el brigadier; el Director aprueba las sanciones cuando éstas se acumulan, es obligación llevar la relación de castigados, que es un procedimiento que hay que cumplirlo; en las faltas de tipo leve hay un proceso y un debido proceso que se tienen que cumplir, el cadete tiene que aceptarlas; las faltas pueden ser que se disponga al cadete que haga flexiones de pecho, de la vuelta a carreras, pero los ejercicios físicos no constituyen sanciones ya que son un procedimiento normal, sí les hacían correr cinco veces, pero no solo a Arce, sino a todos los cadetes; por las faltas graves o atentatorias se le puede separar de la institución al infractor; que le pusieron en su conocimiento lo que estaba sucediendo con el cadete, pero esa documentación no la ha revisado; dijo que fue citado por la Defensoría del Pueblo, a donde fueron con la Dra. Nancy López, uno, dos o tres oficiales, el señor Michael Arce y los padres de él; los psicólogos estaban en forma permanente en la base para dar asesoramiento directo a quienes lo necesitaban, debían ayudarlos a los cadetes en sus problemas de ansiedad; para ingresar a la escuela les toman pruebas académicas, psicológicas, físicas y les realizan entrevistas. Los chicos tienen que nadar 200 metros en cinco minutos como mínimo, esa es la única prueba que se toma para el ingreso y el salto de decisión de 5 metros se lo realiza en la piscina de la escuela, en una mal llamada fosa, que es en donde hacen los cadetes los saltos, la piscina es cubierta y tiene el agua a temperatura ambiente, es decir a 14 o 17 grados; en la prueba de salto de decisión y otras pruebas, los cadetes tienen que acostumbrarse a flotar en el agua y a realizar otras actividades; la institución militar es una institución que se caracteriza por principios y valores e irse en contra de lo que pregona esta institución verdaderamente les afecta a todos, porque se ven afectados los intereses institucionales y nadie puede tildar a la ESMIL, que es una institución en donde se forman líderes, que ahí se realizan maltratos físicos, la propia Constitución dice que la educación tiene que estar basada en derechos humanos, entonces, el decir esto, es atentar contra la institución; dispuso que se investigue a raíz que la Defensoría del Pueblo les remitió su resolución, ahí tuvieron conocimiento de lo que había ocurrido en la ESMIL; en el propio oficio está remitiéndose una serie de requerimientos como informes de relación de castigados, hay copias de informes, partes de brigadieres, informes de partes médicos, psicológicos, además deben existir otros informes que se refieren a la situación del cadete. Las faltas que estipula el reglamento pueden ser leves, graves o atentatorias y deben constar en la relación de castigados. Los parámetros para la realización de ejercicios están establecidos y tienen que cumplirse, pero esto depende de las personas. La palabra muérganos

es una terminología en el argot militar para una persona que no hace las cosas bien, la palabra paquete se emplea en la persona que no hace bien su tarea; desconoce que es el puño coreano; el boxeo tiene que ser entre dos personas mínimo, entre más de dos personas, podría ser posible; por equidad de género cuando le toque a una mujer pelear con un hombre debe hacerlo, ya que cuando esté con un enemigo tiene que defenderse, lo mismo sucede con los hombres; agregó que cuando los cadetes se sirven sus raciones alimenticias, puede darse que alguien no esté bien encolumnado o haga bulla, por lo que el instructor debe poner orden, porque en una institución militar hay que ser más rígido, puede darse, que antes de comer se le mande al cadete a que se dé una vuelta por el árbol, el entrenamiento es demasiado extenuante; dijo que teque es un castigo, hay varios tipos de sanciones como darse la vuelta armado, equipado y en casos se le hace flexionar como castigo. El señor Arce salió de la institución en el mes de noviembre y por su denuncia comenzaron a investigar, conversaron con el Teniente Encalada, quien le dijo que no es cierto de lo que le acusan; el cadete Arce pidió la baja voluntariamente porque no se adaptó psicológicamente a la vida militar, por lo que ellos deslindan de cualquier responsabilidad a la institución. Agregó que no tuvo la oportunidad de entrevistarse con los padres de Arce, pero el Subdirector sí lo hizo, a quien no le dijo Arce que le trataron mal, que hubo un exceso, al haberlo dicho, les hubiera alertado para tomar acciones a su debido tiempo; antes de salir de la institución militar, se hace un análisis médico a quien solicita la baja, por ello, se le envía al policlínico, se le toma fotos para cuando salga de la institución, se demuestre que lo hizo en condiciones normales; el Estado otorga becas a todos los chicos que quieren formarse para militares, pero si el cadete sale voluntariamente de la institución tiene que restituir los valores que le otorgó el Estado, valores que en el caso de Arce, si no está mal, llegan a USD. \$ 2.800,00, valores que los padres de Arce se comprometieron a pagar en cuotas, decisión que la tomaron voluntariamente, por esto se les aceptó la forma de pago que propusieron. Ser instructor de la ESMIL, es un privilegio, ya que la Dirección de Recursos Humanos, escoge para esta dignidad, a los que obtuvieron las primeras antigüedades, esto se lo hace porque se va a formar a los futuros líderes; no recibió ninguna queja contra el Teniente Encalada, a él lo cataloga como un excelente oficial, ya que hizo un curso en la Guyana Francesa, tuvo un excelente desempeño y terminó el curso caso, contrario se le hubiera dado la baja, el mencionado teniente tiene una buena capacidad física para afrontar un entrenamiento riguroso; no puede identificar si existió o no un odio racial hacia Arce, a los militares les toca convivir con los afro ecuatorianos en la institución militar, por esto no puede decir que ellos sean excluidos; a sus subordinados les reiteró que deben respetarse mutuamente; cuando subió a la Base Pucará para ver si alguien tenía algo que decir, nadie le dijo nada; 8 El testimonio propio del Teniente Coronel Guillermo Fernando Yépez Vinuesa, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que es médico; al señor Arce le hizo el reconocimiento médico el Capitán Franklin Castillo, el 23 de noviembre de 2.011, luego él, como Jefe del Departamento Médico, legalizó el documento, al conocer a través del médico militar que no existían novedades; el certificado médico se lo hace en el policlínico que queda en la parte de abajo; durante el tiempo que fue jefe del policlínico no le reportaron novedades respecto al cadete Arce, él únicamente presentó dos lesiones debido a patologías que no revestían gravedad, en ese entonces Arce fue atendido por la Dra. Jiménez por presentar mialgias y no por otra cosa que no recuerda, de esto existe constancia en un parte diario elaborado por la mencionada doctora. Previo a la baja de alguien, tiene que legalizar el reconocimiento médico el jefe del policlínico, esto se lo hace como norma, en el

caso de Arce, el Capitán Castillo le realizó el reconocimiento médico al mencionado cadete; 9. Testimonio propio del Capitán Franklin Alonso Castillo Abrigo, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que los médicos de la ESMIL, trabajan por turnos de 24h00, dependiendo de la disponibilidad de médicos, por lo general cada médico trabaja 24 días; el 23 de noviembre de 2.011, revisó al cadete Michael Arce, previo a su salida de la institución; para la evaluación médica de un paciente que ha solicitado la baja, éste llega acompañado de un Oficial encargado, hablan con el Jefe del Policlínico, para la evaluación médica, el jefe habla con el médico para que evalúe al paciente, éste le realiza un examen clínico, anamnesis, donde el paciente tiene que referirle algún síntoma, también se le realiza el examen físico, luego de eso el médico le da parte al Coronel Director, a donde va con el cadete, frente a él, se hace el certificado médico, que firma el cadete y el Director, si el cadete tenía alguna inconformidad con el mismo, no lo firmaba; ese mismo día salieron varios cadetes con la baja y él les hizo la valoración; el Jefe del Policlínico era el Coronel Yépez; 10. El testimonio propio de la Capitán Rebeca Piedad Jiménez Jiménez, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que es médico y Oficial del Ejército; agregó que estuvo en la Base Pucará el 24 de noviembre de 2.011; no tiene registrado el nombre de Michael Arce, eso quiere decir que no le revisó; el señor Arce requirió de sus servicios como médico por dos ocasiones, en las que presentaba una gripe y un dolor muscular, para atenderle fue de la base Pucará al centro médico; 11. Testimonio propio de la señorita Bertha Gabriela Pallo Chalco, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que es militar; agregó que presentó un informe que lo entregó en la Escuela Militar, por los acontecimientos suscitados por la manipulación de una bomba molotov, que produjo un pequeño incendio, provocado por el cadete Michael Arce, en esa temporada el bosque estaba seco y eso podía seguir quemando el bosque, en esa práctica estuvieron los compañeros del ex cadete y los instructores, entre los cuales no estuvo presente el Teniente Encalada; para manipular ese objeto primero se leyeron las medidas de seguridad, se verificó el sitio en donde se iba hacer la práctica, se cercó el lugar con cinta de peligro, habían extintores y tenían una ambulancia como doble función, entre la estación y el polígono de tiro; 12. Testimonio propio del Subteniente Carlos Fernando Albán Sigcha, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que realizó un informe referente a las actividades de la semana, en el que detalló el problema disciplinario entre Arce y Aguilar, pudo haber sido sancionado si no daba parte de esta falta; el Comandante del pelotón era el Teniente Encalada; no es obligatorio que deba existir la relación de castigados, ya que no hay un reglamento en el cual diga que debe existir; en una ocasión Arce fue castigado porque estaba mal puesta la mochila y la misma estaba mal armada, por lo que le dijo que se anote, de esto hizo referencia en el informe, previamente se le hacía conocer que va a estar en la lista de sancionados. A la hora del cumplimiento de la sanción tenía que cumplirla, eso pasaba al cadete Sepraxo, a él le correspondía llevar el registro y hacer cumplir al cadete el castigo de la relación; su superior jerárquico en el pelotón era el Teniente Encalada, él era Comandante de pelotón; agregó que cuando da instrucciones es equitativo y no se centra en alguien en especial, se esmera en que todas las personas aprendan; recuerda que le llamó la atención a Arce porque tuvo un problema disciplinario con Aguilar, además le registró porque estaba mal armada la mochila de Arce; no vio nada irregular en el Teniente Encalada; 13. El testimonio propio del Cabo Primero de Policía Darlin Yovani Cañar Chamba, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que es perito en inspección ocular técnica; en el presente caso, el día

jueves 12 de julio de 2012, a partir de las 10h00, realizó la fijación de indicios en el interior de la Base Pucará; el indicio número 1, lo levantó del patio central del campamento Pucará (de esto existen fotos), el mismo que fue rotulado; el indicio dos, fue levantado de la parte posterior de la cabaña número 6, donde existe una carretera con piedra y arena (detalla en las fotos). También levantó como indicio número 3, un envase de vidrio, el cual presenta un impreso en donde se lee "Tropical", eso se encontró en el campo antimotines. Dicho envase no contiene ningún elemento en su cuello; en el lugar donde hizo la fijación de este indicio había vegetación en todo su contorno; y, el indicio número 4, consiste en un envase de las mismas características y en su cuello existe un trapo, indicio que se encontró dentro de la vegetación; no logró evidenciar algún indicio de incendio; no encontré huellas de violencia; 14. El testimonio propio del señor Juan Francisco Romero Toro, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que es militar en servicio activo; estuvo encargado de la instrucción de señales convencionales; fue Comandante de la Escuadra del pelotón al que pertenecía el cadete Arce, quien era un poco deficiente, físicamente no denotaba mucho esfuerzo, era un poco descuidado en su aseo personal, las uñas tenía manchadas con pintura camuflage, tenía barro en las orejas, además, por lo general cabeceaba durante las jornadas de instrucción, por lo que se le sancionaba con 20 o 30 ejercicios de piernas o flexiones de pecho, el castigo fue de manera frecuente, no vio hacia Arce, violencia psicológica, ni física, no lo vio con ninguna lesión en la cara o nariz; las sanciones que se le imponían al cadete Arce, se anotaban en una hoja, que eran entregadas al brigadier López, éste seguía con el órgano regular, de esto no tiene conocimiento si todavía existirá, en algunos casos, algunas compañeras le apoyaban a Arce debido al espíritu de cuerpo. El Brigadier López y el Teniente Encalada, eran comandantes del pelotón, no recuerda quien calificaba la conducta; agregó que un pelotón posee tres escuadras; 15. Testimonio propio de la Subteniente Andrea Abigail Arrobo Fernández, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que no vio al cadete Arce boxear con mujeres, pero de haberlo hecho esa era una práctica usual, ya que todos los pelotones estaban constituidos por mujeres, por eso tenían que realizar la instrucción con hombres, eso era parte de la instrucción, no recuerda haber castigado a Arce; veía que Arce tenía un rendimiento físico deficiente, salía a formar al último, hacía menos flexiones, inclusive menos que las mujeres, siempre quedaba al último en todo, a más de esto, era descuidado en su aspecto físico, cuando salía a las formaciones salía mal puesto las botas y las mismas estaban sucias, por eso le llamaban la atención, sus faltas disciplinarias constituían "anotados negativos", por lo que recibía un castigo, también pagaba la falta, el grupo entero, pero no podría decir que era por culpa de Arce, no había otros cadetes afro ecuatorianos en ese tiempo; agregó que ella estaba encargada de las cadetes mujeres; 16. Testimonio propio del señor Hugo Fabián Muñoz Sevilla, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que es militar; agregó que en la segunda semana de reclutamiento de señales convencionales, el Comandante del pelotón era el Teniente Encalada, dijo que no tuvo ningún problema con Arce, él fue parte del tercer pelotón en el cual impartía instrucción; un compañero le comentó que el cadete Arce, se había ahogado con el equipo y que un compañero suyo le había salvado, en este evento no estuvo presente; los cadetes verbalmente se daban instrucciones, no hacían informes; la relación de castigados se anotaban en una libreta, en esta constaban los cadetes que habían hecho algo mal durante el día y se le entregaba la lista al brigadier López y éste entregaba al Comandante y en la noche al Oficial de Control de Pucará, para que en la noche sea sancionado de acuerdo

a lo que estipule el Oficial de Control; 17. Testimonio propio del Capitán del Ejército Juan Carlos Arias Cazco, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que es militar; dentro de sus funciones que cumplía en la ESMIL, Base Pucará, estaban las de Instructor y Comandante del primer curso militar, realizaba un recorrido por los grupos que eran de cinco, los pelotones se dividían en dos; el Teniente Encalada permaneció durante toda la fase de reclutamiento supervisando la instrucción del grupo asignado, permaneció todo el tiempo en Pucará; dentro de la instancia como comandante de compañía, debía solicitar al Jefe de Talento Humano, los requerimientos, el Teniente Encalada tuvo una calamidad doméstica con sus suegros, no recuerda cuántos días el mencionado teniente tuvo permiso, cree que fue una semana; en relación al horario de actividades, el comandante les dispone el horario, cualquier cambio deben hacerlo las autoridades, él no está autorizado para cambiar los horarios de los Oficiales instructores. El personal que realiza la instrucción, en la Base Pucará, está compuesto de 230 personas, entre instructores, personal de apoyo administrativo y cadetes, éstos últimos tienen el mismo uniforme, casco y mochila, por lo que se le hace difícil identificar a los cadetes, en relación al cadete Arce, no sabe quién es; si un cadete quiere informar algo debe decirlo a su brigadier y ese brigadier al superior, y el superior a él. En cuanto a la instrucción, no se le informó de ninguna eventualidad relacionada con Arce. La escuela tiene la obligación de retroalimentar las capacidades de los cadetes, para beneficio de la Escuela, incluso de los cadetes que tienen deficiencias; si un cadete no cumplía con los procedimientos normales o su desempeño no era el adecuado, se debía informar al brigadier, quien podía imponerle castigos, ejercicios por 30 minutos u ordenarle a que el infractor limpie la bodega, todo se documenta, ya que en una nómina se indica los nombres de los sancionados; los cadetes ingresan en octubre y egresan en diciembre, un cadete de primer año que está siendo orientado, sí consta en la base de castigados, siempre que haya cometido una falta. En la documentación que recibió en su despacho, se encontraban tres informes, no recuerda de qué se trataban, pero se le solicitaron que los certifique como fiel copia del original, no sabía para qué iban a ser utilizados; un cadete de cuarto año tiene la obligación de instruir a los cadetes novatos que están en proceso de aprendizaje; los cadetes tienen que apegarse a los procedimientos, no recuerda si existió un cadete afro ecuatoriano; no ha recibido ningún documento en el cual consten las actividades de boxeo o defensa personal entre hombres y mujeres, ni tampoco ha presenciado ni ha sido partícipe de este tipo de actividades y de ser así tendría que pedir aclaración, pero eso no es una actividad común; los cadetes eran distribuidos en diferentes puntos de acuerdo a un horario; agregó que la palabra muérgano no lo ha empleado, por eso mal haría en dar un concepto; 18. Testimonio propio del señor William Arturo Ortiz Amaquiña, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que es militar; agregó que estuvo todas las semanas haciendo instrucción en la Base Pucará, con los estudiantes de primer año; sí le daban parte de la relación de castigados, cuando cometían faltas; la relación de castigados es un documento en donde constan los nombres del cadete que ha cometido una falta, así como su número de cédula, en ese documento no consta el nombre de Michael Arce; las faltas leves, graves o atentatorias, por las que se les imponía sanciones a los cadetes, constan en el Reglamento; no le consta que haya existido algún trato diferenciado para castigar a los cadetes; el Teniente Encalada era instructor de la ESMIL, él como Oficial más antiguo nunca minimizó a los Oficiales menos antiguos; 19. Testimonio propio del psicólogo Gino Grondona Opazo, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que tiene experiencia en psicología social de

grupos vulnerables, básicamente se encarga de conocer las relaciones sociales, los impactos de las estructuras sociales y de conducta; agregó que el estereotipo de los afros, es que son vagos, sucios, delincuentes e irresponsables; cuando hay políticas de discriminación positiva hay un rechazo de la sociedad, que conlleva a la indiferencia, a la burla, a la exposición del racismo simbólico, al rechazo, al aislamiento; en el Ecuador el racismo siempre ha existido; se presenta en las Fuerzas Armadas porque tienen una alta jerarquía, en las Universidades e Instituciones Públicas; 20. Testimonio propio del sociólogo John Antón Sánchez, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que es profesor del IAEN, lleva más de 20 años estudiando la raza, el racismo, la evaluación de políticas públicas sobre inclusión de los grupos minoritarios; agregó que el delito de odio es una infracción generada por un individuo que tiene el complejo de superioridad racial y este delito se lo comete sobre ciertas personas vulnerables, en especial, sobre los afros y quienes los cometen son las personas blancas, según sus estudios las Fuerzas Armadas es la institución en donde más se comete este delito; la raza ha sido mal asimilada la UNESCO eliminó este concepto; decir que el negro es sucio, que pasan en los árboles como un mico y que las negras son buenas para los riñones, son afirmaciones discriminatorias. En las palabras de Alfredo Tamayo, los negros son una raza proclive a la incivilización. Los instrumentos internacionales establecen que sí se les cierran las oportunidades a los afro descendientes, se afectan sus derechos; para declarar en este juicio leyó el informe de la Defensoría del Pueblo realizado en relación a este caso; 21. Testimonio propio del Dr. Marcelo Antonio Arcos López, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que es psicólogo de la Escuela Militar Eloy Alfaro; sobre este caso, realizó la evaluación psicológica al cadete Arce, a quien le atendió durante los primeros 15 minutos de la entrevista, luego le dio sus impresiones de lo que le había dicho Arce, al psicólogo Ruales; Arce tenía un perfil cercano al ideal, en la zona fronteriza corresponde a B1 y en ajuste de rasgos de personalidad a B2; el reconocido se encontraba orientado en tiempo y espacio, presentaba cierta inestabilidad emocional, que se reflejaba en tristeza, propia de los cadetes que salen de la ESMIL; A Arce se le dijo que reconsiderare su decisión de salir de la ESMIL, quien le dijo que extrañaba a su familia, por esto ampliaron el informe; cuando un cadete en las primeras semanas no coge el ritmo de las prácticas militares, presenta ansiedad, en el caso del cadete Arce, le dijo además que no se adapta, que se siente como perseguido, que le hacen a un lado, que alguna vez le hicieron comer afuera, pero no le dio los nombres de los superiores; 22. Testimonio propio del Dr. Wilson Oswaldo Ruales Ruiz, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que es psicólogo de la ESMIL; en relación a este caso dijo que el cadete Arce fue convocado a la sección de psicología en tres ocasiones, dos de ellas fue atendido por él; el primer, contacto que tuvo con él fue antes de su ingreso a la ESMIL como cadete, esto fue en el mes de septiembre; el segundo contacto fue para determinar la estructura familiar de la que proviene el aspirante, la información que obtienen de los cadetes es reservada y la proporcionan a sus superiores; la entrevista de baja no dura más de 15 a minutos; el cadete que solicita la baja tiene un nivel de distorsión de su realidad y esa entrevista sirve para procurar que el aspirante reflexione, en la misma se le pregunta las motivaciones internas y externas que tiene para retirarse la institución militar, él le mencionó que hubieron tres personas que estuvieron exigiéndole un mayor desempeño y desenvolvimiento, ellos son Encalada, Cevallos y Gavela, no recuerda que le haya mencionado términos de humillaciones, pero le refirió que le quitaban la comida, que amanecía de guardia; en la entrevista que se le hizo al cadete Arce, previo a su baja intervino también el psicólogo

Arcos, cosa que no común; 23. Testimonio propio de la psicóloga clínica de la Fiscalía, Dra. Barbarita Miranda, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que el 2 de mayo de 2.013, realizó una entrevista psicológica al Teniente Fernando Encalada, a quien le aplicó el test proyectivo MMPI versión 2, además le aplicó el test HTP; en el test proyectivo MMPI determinó que el reconocido tiene una gran rigidez, poca flexibilidad frente al medio en cuanto al aspecto emocional, presenta ansiedad, reacciona de forma impulsiva frente a las actitudes de la vida que marcan a una tendencia al aislamiento; en el test HTP se vuelve a mostrar la actitud de rigidez que es un descriptivo de su personalidad, muestra normalidad, en cuanto a su conciencia existen sentimientos de inferioridad y una actitud de agresión reprimida frente al medio, tiene una actitud narcisista u sobre valoración frente al medio, el nivel de energía que el test muestra, es de normalidad, presenta rasgos de insinceridad; 24. Testimonio propio de la psicóloga clínica, Dra. Mónica Sofía Ortega Dávila, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que realizó una entrevista psicológica al señor Michael Andrés Arce Méndez, para lo cual realizó una exploración de las funciones mentales superiores para determinar el impacto psicológico y dinámicas de acciones por parte de los presuntos agresores, aplicó los reactivos psicológicos HTP y post trauma; el reconocido tenía una relación de apego con sus padres y hermanos, principalmente con la madre quien le ha brindado el aporte para que se desarrolle, a pesar de haber tenido experiencias de discriminación relacionados con la etnia afro, a la cual pertenece; pudo determinar que tuvo una afectación importante, ya que presentaba llanto fácil, temblores, pesadilla con la piscina y no podía conciliar el sueño, narró una gran cantidad de hechos como que los que le hacían comer en el piso a diferencia de sus compañeros, permanecía en vigilancia sin relevo, hacía ejercicios con mayor intensidad al resto de compañeros, le hacían pelar con varias personas, principalmente con mujeres, le hacían permanecer más tiempo en la piscina, por lo que se desmayó en la piscina, le hacían revolver en el lodo, hechos humillantes que le impactaron por lo que le produjeron estigmatización y produjeron una violencia psicológica, mencionó como los causantes de estos agravios a los Tenientes Cevallos y Encalada; el test HTP, que permite identificar ciertos rasgos de personalidad, determinó que tiene estrés post traumático por lo que le recomendó someterse a un tratamiento psicológico urgente para que el señor Arce supere la situación traumática que le tocó vivir y con esto disminuya la sintomatología que presentaba; 25. Testimonio propio de la Dra. Linda Mena Álvarez, médico legista, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que realizó el examen médico legal al señor Michael Andrés Arce Méndez, quien le dijo que le hacían boxear con varias personas y producto de eso había tenido una fractura en la nariz, el reconocido le llevó una placa de RX, realizada el 1 de abril de 2.013, el informe estaba firmado por el Dr. Gómez Jurado, dicho informe indicaba la presencia de una fisura antigua con una desviación hacia la derecha, tenía un callo óseo, le tomó fotos de frente y perfil al señor Arce y se comparó con las fotos que él le llevó, hizo una relación de las fotos para ver si se encontraba diferencia macroscópica y no encontró ninguna diferencia; concluyó que tenía una fractura antigua de huesos propios de la nariz y sugirió la revisión de la historia clínica del señor Arce cuando ingresó a la Escuela Militar para determinar si esa lesión de nariz presentaba en ese tiempo, no es posible determinar la fecha exacta de la fractura; agregó que una fractura de huesos propios de la nariz, le pueden determinar una incapacidad de 9 a 30 días; no entró en mayores detalles con el reconocido porque se puso sensible; 26. Testimonio propio del Teniente Coronel Mauro Rogelio Argoti Zambrano, quien luego de consignar sus

generales de ley, bajo juramento manifestó que conoció de los hechos cuando el señor Arce puso una denuncia en la Defensoría del Pueblo, la ESMIL dispuso que se averigüe lo sucedido por medio de informes. El Capitán Arias le indicó que un estudiante (Arce) quería separarse voluntariamente de la institución militar, antes de realizar el procedimiento se entrevistó con el señor Arce quien le manifestó que extrañaba a su familia, que no se acostumbraba al ritmo de vida, que no le gustaba la escuela y que quería separarse, le preguntó si alguien le había maltratado y le dijo que no, posteriormente conversó con sus padres a quienes les comentó el deseo de su hijo de separarse de la institución, su madre le pidió que converse con su hijo para que no se retire; la baja es revisada por él, de lo que comunica al Comandante de la Compañía y él acompaña al cadete en el proceso de baja; 27. Testimonio propio del Teniente Coronel José Enrique Pástor Guevara, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que estuvo de Subdirector Encargado de la ESMIL, conversó con Arce y su familia sobre las políticas y procedimientos para retirarse, les indicó que debían acercarse a pagaduría para que cancelen los valores que estaban pendientes, que ascendían a la suma de USD. \$ 2.000,00, la mamá de Arce le dijo a él, tú no sales de aquí, por eso les dejó solos unos momentos y luego Arce dijo que ya no quería retirarse, posteriormente Arce volvió a pedir la baja, cuando sucede esto, se comunica a la Dirección y ésta comunica a sus padres; el procedimiento para la baja está en el Manual de Procesos, en donde está que se debe designar a un Oficial para le acompañe al cadete para que realice la hoja de salida, después pasa al Centro Médico y luego va a Pagaduría; 28. Testimonio propio del Teniente Rolando Paúl Bayas Rea, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que era instructor de los cadetes de primer año de la ESMIL y como tal, ayudó a Arce a legalizar los documentos para su retiro voluntario (baja), le entregó las prendas y todo lo que determina la hoja de salida; Arce habló con el Coronel Argoti y éste le dijo que Arce ya no quería la baja, subió con Arce a la Base Pucará y le dejó en su dormitorio, pero Arce pidió por segunda vez su retiro el que se concretó, en esta ocasión ya no le acompañó; la baja es una decisión voluntaria del cadete, quien tiene que hablar previamente con sus superiores, con el psicólogo, quienes le hacen reflexionar; conoce que el cadete Arce estaba a órdenes del Teniente Encalada; Arce no se adaptó a la vida militar, seguramente no era lo que él esperaba para su vida; 29. Testimonio propio del Capitán Álex Roberto Holguín Ordóñez, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que es Comandante del Equipo de Hombres Rana de la ESMIL, da instrucción en habilidades acuáticas, sus alumnos a más de saber nadar deben desarrollar otras actividades en el agua como virar el bote para cubrirse del ataque del enemigo; el cadete Arce ha manifestado que ha sufrido de hipotermia, que se ha ahogado, cosas que jamás han ocurrido, para que a una persona le de hipotermia debe permanecer 40 minutos en el agua inmóvil, pero eso no puede pasar porque los cadetes pasan en movimiento; todas las personas no somos hábiles en el agua, pero les dio confianza e instrucciones, el cadete Arce no pudo superar la prueba pero cumplió esa tarea con un chaleco salvavidas como el resto de cadetes, en otra práctica que la hicieron en una piscina de agua fría, el cadete Arce fue atendido por un enfermero, quien le dijo que solo tenía frío, le dispuso que se ponga un buzo y siente en las gradas, a Arce no le gustaba el agua, sus compañeros le insistían que haga la prueba porque la nota a más de individual era grupal; 30. Testimonio propio de la brigadier Estefanía Jacqueline Flores Rosas, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que es estudiante de la ESMIL; agregó que el Capitán Holguín era el instructor de las habilidades acuáticas y supervisaba a los brigadieres

para que den correctamente las instrucciones; en la práctica de viraje del bote, él no pudo subirse al bote y no le consta que Arce haya sufrido de hipotermia, tampoco castigó a Arce, con él eran compañeros de pelotón, por eso conoce que a él le actitud, no se esforzaba, las mujeres le ayudaban; el Teniente Encalada observaba si las acciones estaban bien o mal realizadas; 31. Testimonio propio de la Subteniente Carla Jacqueline Calapi Mena, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que se desempeñaba como instructora de los cadetes de primer año de la ESMIL; no recuerda si ella llevaba la relación de castigados, en la escuela se manejaba por positivos y negativos; el cadete Arce era incumplido, salía a formar al último, no tendía bien su cama, no cumplía con el horario de régimen interno, no ponía atención a las instrucciones que recibía, en base a esto se hacía la relación de castigados; 32. Testimonio propio del señor David Freire Coba, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que el brigadier Cevallos le impuso una sanción por no salir rápido, esto fue por culpa del cadete Arce; les imponían sanciones por no vestirse rápido y por no camuflarse, por lo que les imponían castigos como hacer 20 flexiones de pecho y correr, sanciones que eran anotadas; Arce no tendía rápido la cama, no se bañaba, era lento, no se vestía rápido, no podía correr, no podía hacer las barras, todo mundo cometía errores, pero más el cadete Arce, quien era su compañero de escuadra, mientras que el Teniente Encalada era su superior; Arce, a más de la presión de los brigadieres tenía una presión familiar, ya que decía si pido la baja mi papá no me va a aceptar, me va a botar, él no tenía los recursos económicos para llegar a su casa, decía que es una persona pobre; en las prácticas de boxeo les enseñaban a defenderse, peleaban entre hombres y las mujeres entre mujeres y mujeres contra hombres, pero era como entrenamiento; en la empalizada con lodo les enseñaban a reptar a todos los cadetes; en muchas ocasiones fue castigado por culpa de Arce, por eso todo el pelotón le aconsejaba cuando les imponían castigos por él; no conoce que es el puño coreano; agregó que no observó ningún trato discriminatorio en contra de Arce; todos los cadetes hacían guardia, así también todos comían por igual en el comedor; no observó que Arce haya tenido alguna lesión, tampoco observó que haya sangrado; y, 33. Testimonio propio del señor Luis Antonio Muñoz Guerra, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que los brigadieres eran los encargados de dar la instrucción y daban las novedades del pelotón a los superiores; el Teniente Encalada les anotaba en unas hojas de libreta para que no se olviden, de quien o quienes habían pasado el castigo; agregó que sí le anotaron en la relación de castigados cuando cometió una falta, pero eso sucedía cuando hacían algo malo, como tardarse al momento de formar, no tender rápido la cama, dormirse en la instrucción; en la parte física Arce era malo, inclusive las compañeras le daban ánimos para que corra, le decían “sigue, no te quedes”, cuando les mandaban a bañarse, Arce salía con la cara sucia y por eso le llamaban la atención, cuando eso sucedía le llamaban la atención a todo el pelotón; las peleas de box eran en cinco estaciones por un día, usaban el protector bucal y cabezal dentro del ring, como esas prácticas eran calificadas daban todo de sí, les enseñaban a defenderse y esquivar los golpes; realizaban prácticas de abdominales, piscina, trote, velocidad; cuando cometían alguna falta durante el día, les anotaban en la relación, al término de la instrucción pagaban el castigo, luego les mandaban a dormir; les hacían tests psicológicos y exámenes médicos en donde les revisaban todo el cuerpo, les hacían placas de RX en las rodillas; había un señor a quien le pedían que les lleve la comida a la Base Pucará; entre las prácticas, les hacían reptar, por eso se ensuciaban; el señor Arce era afro ecuatoriano, también había un señor afro llamado Dorval Oliever, que era de Haití; con Arce

dormían en la misma cabaña, siempre que le mandaban a descamufarse, él quedaba al último; agregó que nunca observó ningún trato discriminatorio en contra de Arce, nunca le escuchó a él quejarse de algo; dijo que sí le entrevistó un funcionario de la Defensoría del Pueblo.- La Fiscal introdujo al proceso con fines ilustrativos, lo siguiente: a. Informe defensorial; y, b. Examen psicológico del ex cadete Michael Andrés Arce Méndez.- Por otro lado, el abogado del acusador particular, con la finalidad de justificar su hipótesis de adecuación típica se adhirió a la prueba presentada por la Fiscalía y además presentó el testimonio propio del Subteniente Richard Tomás Cevallos Domínguez, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que fue brigadier del curso militar de la ESMIL, sus funciones eran verificar las prendas que llevaban puestos los estudiantes, que tengan bien tendidas sus camas, entre otras; en la cuarta semana de instrucción en la fase Pucará, él era Comandante de la instrucción de la práctica docente, él daba el curso a los de primer año, ahí había un cadete afro ecuatoriano que formaba parte del tercer pelotón del primer curso militar, al mencionado cadete se le llamaba la atención por sus prendas, su uniforme no lo llevaba correctamente, la mochila y el caso lo llevaba de mala manera, era desaseado en su cuerpo, no lustraba correctamente sus botas, no cumplía las órdenes de manera correcta, por lo que le llamaban la atención frente a todo el pelotón, al igual que a los cadetes como Arce, Muñoz, Freire, Asadovay, Celi, Vélez y Taipe entre otros; los cadetes de acuerdo a su desenvolvimiento diario se les calificaba como positivos o negativos, era un negativo por ejemplo cuando llevaba las botas sucias y era positivo cuando estaba en instrucción y contestaba bien; la relación de castigados consistía en anotarle al cadete cuando hacía algo malo; compartió con Arce 7 días en la instrucción, en ese tiempo llevaba las botas sucias, no tenía útiles de aseo, no se rasuraba, él (Arce) era reincidente; agregó que él era responsable de las cadetes mujeres, pero había una compañera que les supervisaba; a más de Arce pidieron la baja otros cadetes, quienes hicieron su documento a mano y lo firmaron; Arce pidió la baja y se retractó de la misma, posteriormente la volvió a pedir, la que fue concretada, esa baja se dio al mes y medio que Arce entró a la ESMIL; dijo que no conoció al Teniente Encalada y que en la semana que Arce pidió la baja el mencionado teniente no estaba en la ESMIL; no le vio a Arce con lesiones, sus manos las utilizaba bien, dijo además que la instrucción de natación en la piscina duraba unos 45 minutos máximo. CUARTO.- El abogado defensor del acusado Fernando Mauricio Encalada PARRALES, para justificar su hipótesis de defensa, presentó las siguientes pruebas: 1. El testimonio del mencionado acusado, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que Arce pidió la baja a mediados del mes de diciembre de 2.011, porque Cevallos le ha tratado mal a partir de su ingreso a la ESMIL, el señor Arce pertenecía al cuarto pelotón, del cual él era su instructor, apoyado de dos brigadieres llamados Toledo y Abambari; las tres primeras semanas eran de ambientación, en esas semanas recibían instrucción formal y legislación militar, ésta en aulas y la otra al aire libre; durante las semanas de adaptación los cadetes no estaban presionados por los oficiales ni por los brigadieres, solo pasaban con los Comandantes de los pelotones y brigadieres, transcurrían las cosas con normalidad a excepción de cosas pequeñas como tender una cama, limpiarse sus botas, colocarse bien el uniforme y si lo hacían mal se les anotaba en la libreta de novedades; algunos no estaban acostumbrados a madrugar, eran sedentarios, en ciertos casos habían cadetes que se dormían por el cansancio mismo no prestaban atención a las clases, luego de las tres semanas viene la instrucción de educación física, al inicio no era rigurosa, para que se vayan ambientando, en la cuarta semana de octubre, empezaron el período de instrucción individual de combate en la

Base Pucará, como eran nuevos los cadetes y no se familiarizaban con el Reglamento, ningún cadete era sancionado con registro en la conducta, por eso todos tenían 20; una vez que iniciaron el período en la Base Pucará ahí cambiaron las cosas, se volvió más fuerte la actividad física y el horario de régimen interno, tenían que colocarse la mochila, llevar el fusil, llevaban de 20 a 30 libras de peso, al momento de realizar la instrucción los cadetes se dirigían a las estaciones dirigidas por los cadetes de cuarto año, mientras que los Oficiales supervisaban el trabajo como inspectores. El régimen se volvió más fuerte, en la parte física ya empezaron a realizar trotes más largos y forzados, no como al inicio, se recorría una parte en bloque para realizar el calentamiento y luego una carrera continua, corta, media o larga, durante la instrucción se observó que el cadete Arce no estaba bien preparado, él quedaba atrás con las cadetes mujeres, en natación el mencionado cadete se cogía del andarivel, por eso el Comandante dispuso que se los separe a todos los que tenían este problema para que el profesor les prepare; en los partes diarios se evidenciaba que Arce tenía descuido en su aseo personal, como lo han dicho los compañeros y cadetes antiguos, además la mochila no la tenía arreglada, no se camuflaba adecuadamente, algunos cadetes informaban que Arce no se bañaba, pero eso a él no le constaba porque los Oficiales utilizan otros baños; al momento de dirigirse al comedor, el Oficial tomaba el control, mientras el pelotón estaba formado para la comida, los cadetes de primer año, iban por escuadras con su Comandante de Escuadra que era el brigadier, antes de la comida hacían una oración y empezaban a comer, jamás se le ha excluido al cadete Arce; las habilidades acuáticas eran ejecutadas por el Capitán Holguín, el deponente solo estaba de observador, no de supervisor; cuando Arce pidió la baja, tuvo que realizar un informe; agregó que no estuvo en la semana del 11 al 18 de noviembre de 2.011, porque sus suegros fallecieron, por eso salió con permiso a El Oro; los cadetes boxeaban una vez a la semana, eran 5 pelotones, en esas prácticas se les enseñaban a lanzar golpes para defenderse y luego se hacía un round entre hombres y mujeres, los hombres no podían golpear sino hacer sombra; Arce pidió la baja y luego se retractó, posteriormente volvió a pedir la baja, en la cual actuó Arias para que continúe con el proceso de salida; que no ha tenido problemas con Arce ni con ningún afro ecuatoriano, se ha relacionado bien con ellos, nunca ha tenido problemas, en la celda en la que se encontraba encarcelado por este caso, vivía con un afro ecuatoriano y en las celdas contiguas habían 3 afro ecuatorianos; no conoce sobre el campanario, ni sobre la piedra en la mochila de Arce, no ha escuchado eso en la Base Pucará; todos los Oficiales comían en el comedor con los cadetes y el Oficial de Control estaba al mando, quien les encolumnaba para irse al comedor, el resto de Oficiales esperaba hasta que se siente el último para empezar a comer, no vio que nadie sacara a alguien del comedor; estuvo en la instrucción de habilidades acuáticas, pero no vio nada extraño, el Capitán Holguín le dijo que a Arce le daba calambres por el frío; la vida militar es trabajo en equipo, cuando alguien se porta mal o hace mal alguna cosa la sanción es grupal; no vio que el cadete Arce haya tenido una lesión en la nariz; agregó que a él no le entrevistaron en la Defensoría del Pueblo; recuerda que la madre de Arce indicó que lo único que pedía, era no cancelar los haberes por la baja de su hijo, luego el padre de Arce se le abalanzó a él y a Cevallos, les dijo que iba a averiguar los teléfonos, eso fue en el hall, luego salieron con la asesora de la ESMIL, luego les topó nuevamente el padre de Arce y les dijo lo mismo; cuando los cadetes cometían faltas, se les anotaban en unos papelitos como positivos o negativos, no se registraba en la conducta porque aún los cadetes no terminaban sus estudios y se les sancionaba registrándoles en la relación de castigados, que son enviadas a la administración académica, la

mencionada relación consistía en la noche realizar ejercicios o mantenimiento; Arce no rendía en la parte física ni en la piscina, no nadaba más de 100 metros y el mencionado señor se cogía del andarivel; en las prácticas de tiro, el señor Arce apuntaba hacia el espaldón a la derecha o izquierda y ponía en riesgo la vida, incluso a un cadete lo expulsó del área de tiro, el cadete Arce no prestaba atención a los brigadieres, no sabía cómo manejar el arma, el señor no se adaptó a la vida militar; 2. El testimonio propio del señor Esteban Javier Ampudia García, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que conoce al señor Michael Arce desde que ingresaron a la ESMIL, él dormía en su mismo dormitorio en la Base Pucará, eso fue por el lapso de cuatro semanas; también conoce al Teniente Encalada porque era Comandante en Pucará; agregó que todos los cadetes hacían la misma instrucción y no conoce de casos de agresión o que a alguien se le haya dado un trato diferente; cuando iban a comer siempre iban cantando, hacían la oración, luego de esto comían todos juntos; en la instrucción llevaban la mochila y la radio para comunicarse, el fusil, el casco, no llevaban nada de piedras, no le consta que le hayan hecho cargar piedras ni el campanario a Arce; el Teniente Encalada en una ocasión resaltó a Arce por haber obtenido una buena calificación; las sanciones que les imponen a los cadetes depende del tipo de falta, que puede ser grave, leve, que están previstas en el Reglamento, así por ejemplo por falta de aseo pueden darle medio día al infractor, depende del instructor o brigadier, si es reincidente se le aplica una falta grave de 2 a 6 días, si está mal cortado el cabello, se le puede imponer 30 flexiones de pecho, si no cumple la sanción se le informa al superior; Arce era poco aseado, llegaba al último a la formación, no se amarraba rápido las botas, pero eso dependía de él, en el trote se quedaba atrás, era flojo, todo le cansaba, él decía mañana voy a meter ñeque para hacer las cosas bien, él le dijo que era la segunda vez que intentaba en la escuela y que no podía regresar a la casa por eso tenía que graduarse como sea; dijo que fue entrevistado por la Defensoría del Pueblo, en donde le dijeron que era un problema por racismo, le preguntaron que si alguien se lesionaba le dejaban irse al policlínico, respondió que sí, que únicamente tenían que pedir permiso, no era necesario que Arias conozca eso; Encalada se encontraba al frente de un pelotón, pero los instructores rotaban; cuando su compañero Dorval estaba en la camilla llevaban la misma entre cuatro personas, pero Arce la dejó caer, por eso fue llamado la atención por violar la medida de seguridad; cuando tuvieron la instrucción del bote, en la piscina, a cargo de Holguín, Arce fue el único que no pudo cumplir con esta prueba que era calificada, él no pudo subirse al bote, recuerda que le sacaron de la piscina a Arce desmayado, por eso no pudieron cumplir con la misión; Arce tenía buenas ideas en la instrucción, pero se demoraba mucho en completar las misiones; 3. El testimonio propio de Wilmer Jonathan Asadovay Cajas, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que conoció al ex cadete Arce en el periodo de reclutamiento, fue su compañero de pelotón y en la cabaña, nunca tuvo una conversación íntima con él; conoce al Teniente Encalada porque fue su Comandante de pelotón en primer año; en el periodo de reclutamiento todos fueron tratados de la misma manera, se les llamaba reclutas a hombres y a mujeres; para consumir los alimentos todo el pelotón tenía que estar en el comedor, hacían una oración y se servían los mismos, todos comían lo mismo; todos los pelotones tenían un día de guardia, no podía hacer Arce solo la guardia porque eran 6 pelotones que cumplían la guardia; en la Base Pucará no hay piscina y la instrucción de natación la realizaban en la escuela, nunca estuvieron desnudos en la piscina; en la práctica del bote, tenían que darle la vuelta al mismo y quedarse hundidos, de ahí debían darle la vuelta para subirse, esta práctica no la pudo realizar Arce y no pudieron

ayudarle porque era calificada, por eso permaneció en el agua hasta que los enfermeros le ayudaron a subir, ese día no estuvo el Teniente Encalada, el encargado de la instrucción era Holguín, no podían desobedecer porque estaban formándose para eso; la forma de actuar de Arce retrasaba al pelotón, en una ocasión Arce se había quedado dormido y eso les retrasó en la instrucción, tuvieron que ayudarle inclusive a tender la cama y a meter todas sus cosas, las mujeres también le ayudaban a camuflarse (pintarse la cara de verde) para que todos estén el pelotón, una vez Arce sacó una calificación superior a todos los integrantes del pelotón, por eso el teniente les hizo ver que todos podían obtener una buena nota, le puso como ejemplo, no recuerda en qué materia, eso fue algo positivo de él; Arce fue el único afro ecuatoriano que había en el pelotón; 4. El testimonio propio del señor Rodolfo Ramiro Cifuentes Chubizeta, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que el Teniente Encalada era su compañero de promoción; tenía contacto físico con el cadete Arce como con Encalada; Arce tenía un poco de deficiencia física, eso lo vio cuando estaban dando las pruebas para el ingreso a la ESMIL, no podía nadar bien, no podía las barras, tenía deficiencia en el cabo; agregó que en la Base Pucará estaba encargado de la administración, de la logística, construcción, mantenimiento de equipos, pistas, material de pistas, entre otras, no tuvo un pelotón a su cargo en la mencionada base; tuvo la oportunidad de conversar con Arce, cuando tramitaba su baja, él le dijo que no se sentía a gusto y que era demasiado para él, le respondió que les estaban preparando para el combate y que dependía de uno el seguir en la escuela, se debía tener vocación, le dijo que regrese, él estaba con una persona que estaba sentada; le veía a Arce frecuentemente a la hora de la diana, desayuno, almuerzo y merienda, porque estaba encargado del rancho, iba por cada uno de los pelotones verificando que su mochila no esté rota para cambiarla; 5. El testimonio propio del señor Raúl Oswaldo Gordillo Benenaula, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que es chofer profesional y militar en servicio pasivo; que conoce desde hace 23 a 25 años a Encalada, quien es una persona de buena conducta que proviene de una familia humilde, es responsable y respetuoso, por eso no puede ser peligroso para la sociedad; y, 6. El testimonio propio del señor Mark Bncolict Bol, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que es profesor de idiomas en el Instituto Superior Militar de las Fuerzas Armadas; que conoce al Teniente Encalada desde enero de 2.012, él es una persona responsable y afectuosa, no le escuchado hablar malas palabras ni ofensas a los demás, él también fue su alumno y era muy responsable en la entrega de sus deberes.- Como prueba documental, el abogado del acusado Fernando Mauricio Encalada Parrales, introdujo al proceso en legal y debida forma, lo siguiente: a. Cuatro certificados emitidos por personas privadas de su libertad de origen afro descendientes; b. Copia certificada del informe psicológico realizado a Michael Arce; c. Copia certificada de la baja de Michael Arce presentado a Arias; d. Hoja de salida e informe personal de la separación de Michael Arce de la Escuela Militar Eloy Alfaro; e. Una copia certificada del permiso por calamidad doméstica conferido al Teniente Encalada desde el 11 al 18 de noviembre; f. Copia certificada del registro de asistencia de personal y funciones del Oficial Encalada; g. Certificados del Centro de Rehabilitación Social de Varones de Quito, referente a las diferentes actividades laborales en las que ha participado el señor Fernando Mauricio Encalada Parrales y de conducta ejemplar; y, h. Certificados de antecedentes penales otorgados por Juzgados y Tribunales de Garantías Penales de Pichincha, en los que se determinan que Fernando Mauricio Encalada Parrales, no registra juicio penal en su contra, a excepción del que se sustancia en este Tribunal. Como referencia adjuntó copias certificadas el

acta de la audiencia de juzgamiento y de la sentencia del Tribunal Sexto de Garantías Penales de Pichincha, en la que se ratifica el estado de inocencia de los otros procesados. Los documentos constantes en el literal a), se lo desestima por no haber comparecido sus otorgantes a la audiencia a ratificar su contenido, con lo que se vulneran los principios de oralidad, intermediación y contradicción; en relación a los documentos constantes en los literales b) y f) no se los considera como pruebas documentales, pero se los admiten para ilustración del Tribunal. QUINTO.- Bajo los presupuestos fundamentales del estado de inocencia, formulación oficial de cargos, intimación de los mismos y de no autoinculpación; la finalidad del juicio consiste en la justificación, en la audiencia pública de juzgamiento y ante el Tribunal Penal, de la existencia de la infracción que se juzga y la responsabilidad del acusado para, según corresponda, condenarlo o declarar su estado de inocencia; por lo tanto, en esta etapa se decide la situación jurídica procesal del acusado y además deben practicarse todos los actos procesales de prueba necesarios e idóneos que deben sufragar las partes o sujetos de la relación procesal ante el Tribunal, para justificar sus asertos. El Art. 79 del Código de Procedimiento Penal, determina que: “Las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales penales correspondientes (...). Las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción fiscal alcanzarán el valor de prueba una vez que sean presentadas y valoradas en la etapa del juicio”; el Art. 83 del precitado cuerpo legal, determina: “La prueba solo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de este Código...”; el Art. 84 ibídem determina: “Se deben probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta investigación del caso...”. El Art. 168, numeral 6 de la Constitución de la República, señala que “La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo”, lo cual, guarda relación con la norma del Art. 85 del Código de Procedimiento Penal, que puntualiza que, la prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción, como la responsabilidad del acusado; y el Art. 252 ibídem, que prevé que “La certeza de la existencia del delito y de la culpabilidad del acusado se obtendrá de las pruebas de cargo y de descargo que aporten los sujetos procesales en esta etapa, sin perjuicio de los anticipos jurisdiccionales de prueba que se hubiesen practicado en la etapa de instrucción fiscal”. En tal virtud, el Tribunal no puede referirse sino a las pruebas actuadas en el juicio y sólo puede resolver sobre una verdad procesal que las partes han coadyuvado entre sí a construirla, sobre la base de hechos reales de los que el Tribunal Juzgador conocerá en la forma que les ha sido posible a las partes trasladar a su conocimiento y convertirla en verdad procesal en la que aparecen circunscritos los hechos, valorando las pruebas producidas en la audiencia oral de juzgamiento, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, lo cual implica alcanzar una inferencia lógica con los niveles de certeza que el procedimiento penal permite, en un ejercicio de coordinación mental del Juzgador entre los hechos, lo evidenciado a través de los medios de prueba, la lógica, la psicología, la experiencia y el sentido común como resultante de un proceso de modelación integral y específico de la personalidad del Juzgador. En lo relativo al bien jurídico protegido que determina el objeto jurídico de la prueba, en la especie, es la humanidad, que por la comisión de este delito el Tribunal tiene que conocer si se discriminó o no, a Michael Arce Méndez, por su color de piel, quien constituiría el sujeto pasivo de la infracción, de demostrarse ésta. En cuanto al campo de la prueba, para que haya juicio es necesario que haya acusación fiscal, es decir, proposición positiva de cargos en contra del sujeto activo de la infracción, que en este caso, es el acusado

Fernando Mauricio Encalada Parrales, sobre quien la Fiscalía ha imputado cargos por el delito de odio, y sobre los cuales, éste debe responder, según lo prescribe el Art. 251 del Código de Procedimiento Penal. En este punto, cabe puntualizar que la proposición de cargos obedece a un acto o un conjunto de actos que dan lugar a la hipótesis de adecuación típica de la conducta incriminada y que sobre ella pueden haber diversos puntos de vista, por lo que la referencia de la prueba y el celo en la intangibilidad del derecho y objeto de la defensa se circunscriben a los hechos. En este sentido, el objeto material y jurídico de la prueba se encuentra determinado por el tipo penal que se acusa, que en la especie, constituye el delito de odio, que constituye un delito contra la humanidad; por esta razón el legislador ha tipificado esta conducta en el Art. 212.5 del Código Penal (según el Código de la Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizado a mayo de 2.010), que dice: “Será sancionado con prisión de seis meses a dos años el que cometiere actos de violencia moral o física de odio o de desprecio contra una o más personas en razón del color de su piel, su raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad...”, norma que establece una gama de supuestos fácticos, considerados como antijurídicos. El delito de odio tiene sus raíces en el derecho anglosajón (hate crime), germánico y latino, aunque socialmente es conocido como delito motivado por intolerancia, es decir, por prejuicios o animadversión que niegan la dignidad y derechos a personas y colectivos que estiman diferentes; la intolerancia implica un comportamiento que viola o denigra la dignidad y los derechos del prójimo, o simplemente invita a violarlos o negarlos para infligir un daño físico o emocional a la víctima, amenazando con esto la seguridad y bienestar de todos los ciudadanos. En este punto es necesario precisar que los delitos de odio constituyen manifestaciones violentas de intolerancia que afectan al grupo al que pertenece la víctima y que atentan contra la seguridad individual, contra el orden público y la estabilidad social. Según la Declaración de la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre Racismo, Discriminación, Xenofobia, y otras formas de intolerancia realizada en el año 2.001, en Durban (Sudáfrica), “El racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, constituyen graves violaciones de todos los derechos humanos y obstáculos al pleno disfrute de esos derechos, niegan la verdad evidente de que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos, constituyen un obstáculo a las relaciones pacíficas y de amistad entre los pueblos y las naciones, y figuran entre las causas básicas de muchos conflictos internos e internacionales, incluidos conflictos armados, y el consiguiente desplazamiento forzado de poblaciones”. Las Naciones Unidas en el año 1.963, firmaron la Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial en el Mundo, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1.963 (Resolución 1904, XVIII), en la cual, en el Art. 1, se determina que: “La discriminación entre los seres humanos por motivos de raza, color u origen étnico es un atentado contra la dignidad humana y debe condenarse como una negación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, un obstáculo para las relaciones amistosas y pacíficas entre las naciones y un hecho susceptible de perturbar la paz y la seguridad entre los pueblos”; el Art. 3 de la mencionada Declaración, señala: “1. Se pondrá particular empeño en impedir las discriminaciones fundadas en motivos de raza, color u origen étnico, especialmente en materia de derechos civiles, acceso a la ciudadanía, educación, religión, empleo, ocupación y vivienda. 2. Toda persona tendrá acceso en condiciones de igualdad a todo lugar o servicio destinado al uso del público, sin distinción por

motivos de raza, color u origen étnico”. Según las Naciones Unidas la discriminación racial comprenden la “violación a los derechos humanos y a las libertades fundamentales”, de ahí que, define a “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública” (Art. 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 2106 A, XX, de 21 de diciembre de 1.965, que entró en vigor el 4 de enero de 1.969, de conformidad con el Art. 19). Sobre el derecho a la igualdad, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado mediante Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, aprobada el 16 de diciembre de 1966, en su Art. 3, determina que: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”. Así también, el Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador, establece: “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: No. 2. Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”. El derecho a la igualdad, se refiere a la igualdad ante la ley, que significa igualdad de oportunidades, igualdad de trato, por esto, se debe favorecer al más débil, para elevar su nivel de oportunidades y hacer más viable su aspiración a la igualdad. Los artículos 56, 57, 58 y 59 de la Constitución de la República, se refieren a los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades (indígenas, afro ecuatorianos y montubios), reconociendo el derecho colectivo a no ser objeto de racismo, de discriminación, fundada en su origen, identidad étnica o cultural, y de producirse violación a estos derechos se repararán los daños ocasionados por estas formas de discriminación. La doctrina constitucional contemporánea que inspira nuestra Constitución, reconoce la existencia del denominado “Bloque de Constitucionalidad” (La Corte Constitucional ha reconocido la existencia de un “Bloque de Constitucionalidad Ecuatoriano”, en su sentencia No. 001-10-SIN-CC; CASOS No. 0008-09-1N Y 0011-09-IN ACUMULADOS, publicada en el Registro Oficial No. 176 del 21 de Abril de 2010); bloque de constitucionalidad que es el conjunto de normas que a pesar de no estar previstas en la Constitución, por disposición expresa de ésta, cuentan con jerarquía constitucional y por ende deben ser consideradas al realizar el examen de constitucionalidad de las normas. El Art. 11 numeral 3 y el Art. 426 de la Constitución vigente, claramente les otorga jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos, lo cual implica la incorporación de este tipo de normativa al Bloque de Constitucionalidad Ecuatoriano. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en las resoluciones de los casos “Baena Ricardo y Otros”, “La Última Tentación de Cristo” y “Masacres de Mapiripán” se refieren al Bloque de Constitucionalidad,

integrado por los tratados de derechos humanos ratificados por cada país. El reconocimiento del bloque de constitucionalidad implica, a nivel internacional, en forma restringida, la obligatoriedad de la normativa supranacional ratificada o suscrita por los Estados; reconocimiento que no es excusable por el establecimiento de normativa interna en sentido contrario, en sometimiento al principio *pacta sunt servanda* (Rafael Oyarte Martínez, Curso de Derecho Constitucional, t. I, Quito, Fondo Editorial Andrade y Asociados, 2007, p. 122: "... el principio *pacta sunt servanda* por el cual los Estados no pueden esgrimir normas de derecho interno –ni aún en la propia Constitución– para desconocer compromisos internacionales, que aunque positivizado no deja de ser tal"). Al respecto, es necesario tener presente que incluso frente a una eventual contradicción entre el texto constitucional y los instrumentos de derechos internacionales, deberá aplicarse la norma que sea más favorable a la efectiva vigencia de éstos. Por todo lo anterior, se han enunciado normas del derecho internacional, referentes a los derechos humanos, para entender de una mejor manera el presente caso. Ahora bien, retomando el tema de los delitos de odio, la mayoría de países criminaliza este tipo penal, en el cual, se viola el ideal de igualdad entre los miembros de la sociedad, en este caso, la víctima experimenta una lesión psicológica y un sufrimiento agravado de vulnerabilidad por lo que le acontece, lo que repercute en el grupo social al que pertenece la víctima. Con estos lineamientos ha quedado claro lo que significa el delito de odio y su aplicación. En el caso sub judice, el Tribunal, una vez analizadas las pruebas de cargo y de descargo aportadas por los sujetos procesales en la audiencia de juzgamiento, a la luz de la sana crítica, determina que no se justificó el nexo causal existente entre la infracción y su posible responsable, como lo determina el Art. 88 del Código de Procedimiento Penal, lo que lleva a la inequívoca conclusión de que en el presente caso, no se probó suficientemente la responsabilidad del acusado, conforme se lo demuestra a continuación: El ofendido Michael Andrés Arce Méndez, en su testimonio manifestó que la persona que intervino en el hecho es el Teniente Fernando Mauricio Encalada Parrales, y en un evento denominado empalizada intervino el Brigadier Cevallos Richard, quien le hizo duchar, luego le mandó a revolcarse en la tierra, nuevamente le hizo duchar y nuevamente a la tierra; no recuerda las fechas en que sucedieron los hechos porque fueron varios eventos en los que fue maltratado, pero esos eventos se dieron en el año 2.011, de esto, ha tratado de olvidar; todos los hechos fueron cometidos en la Base Pucará, en la ESMIL; las personas que saben del hecho son sus ex compañeros y todos los tenientes que estaban a cargo de los diferentes pelotones, entre los que se encuentran Freire David, Asadovay Wilmer, Aguilar Jorge, Cantuña y otros; por todo lo que le aconteció sufrió psicológicamente ya que sufría constantes acosos de parte del señor Teniente Encalada, él constantemente le llamaba vago, sucio, inútil, muérgano y otros términos que denigraban a su persona, otro evento sucedió en la piscina, en la quinta semana, le tocaba hacer las prácticas de natación y habilidades acuáticas, en el primer día los 190 cadetes estaban practicando natación, pero cuando él (Michael Arce) nadaba en la piscina olímpica, le hizo salir y le hizo entrar a la fosa, por el lapso de media hora, la temperatura era sumamente baja y les dijo a sus compañeros que le vigilen; en el segundo día tenía que hacer prácticas de habilidades acuáticas, estas se dividían en varios segmentos, en el primero, se sintió mal porque en el entrenamiento le tocaba ponerse una mochila, con la cual tenía que botarse a la piscina y desequiparse, que no lo pudo hacer, al Teniente Fernando Encalada le dijo que ya no podía más, que se estaba entumiendo su cuerpo y Encalada le mandó a la fosa y le dijo que se meta ahí, por esto su cuerpo ya no resistía, luego le hizo que se sumerja a la

piscina; la otra práctica era la del boxeo, que es de defensa personal, suponía que la práctica era con otro cadete pero en su caso, le obligaba a pelear con dos y más personas a la vez, estas prácticas eran excesivas, a sus contrincantes les decía que tenían que masacrarle y si no lo hacían les iba a masacrar a ellos, además el Teniente Encalada le ponía a boxear con mujeres, lo que para él era un reto, por ese motivo solo se dejaba golpear por ellas y les esquivaba para no golpearlas, por las excesivas prácticas de boxeo, le ocasionaron una fractura en la nariz; para ingresar a la escuela se sometió a las pruebas psicológicas, médicas y físicas, si no hubiera estado bien medicamente, no hubiera pasado las pruebas físicas; cuando les tocaba comer, todos entraban al comedor y se sentaban en las mesas con sus alimentos, mientras que a él cuando tomaba los alimentos, le mandaba a trotar alrededor de la Base, en eso se le iba el tiempo y le quedaba solo un minuto para comer, esto le sucedía solo a él, mientras que el resto de compañeros se quedaban sentados almorzando, en varias ocasiones comió fuera del comedor, en el suelo, esto le hacía solo a él; cuando salían de caminata a diferentes sectores, a los vagos se les hacía cargar una campaña, la misma que él sí la cargó, un día en una caminata le culpó a él, de haber dejado caer la camilla en la cual llevaban a un compañero; en el momento en que todos se reunían y practicaban canciones militares, el Teniente Encalada le obligó a que haga el puño coreano y no las canciones que hacían el resto de sus compañeros, el puño coreano le lastimó las manos porque tenía que hacerlo durante un tiempo indefinido, ya que tenía que apoyar sus puños en piedras que se le incrustaban en sus manos, por esto perdió el movimiento de sus manos, es por esto que el día que salió, ya no pudo escribir el informe y éste le escribió su madre, ya que no podía mover sus manos, tampoco las sentía, lo único que hizo a duras penas fue firmar el informe; los ejercicios físicos, llamados “Teques” consisten en un castigo, ejercicios que se los realizan hasta que el cuerpo aguante; cuando recibía maltratos y agresiones verbales por parte del teniente Encalada, nadie le ayudó por el odio que le tenían; en la práctica de disparo, se percató que su fusil estaba dañado por esto se encasquilló, esto comunicó al Teniente Encalada para que le cambien el fusil, pero Encalada le dijo “déjale a este hijo de puta para que se largue de la escuela”, por esto se sintió mal, el brigadier mayor le cambió el arma y continuó realizando la práctica de tiro; el día en que pidió la baja regresó a las instalaciones de la Escuela donde sus papás ya se habían acercado y habían hablado con alguien, sin saber con quién, luego cuando habló con sus padres, el Teniente Coronel Argoti le dijo que regrese a la Base, que todavía estaba a tiempo, su madre le dijo aguanta solo te falta una semana, entonces el Teniente Bayas le llevó a los dormitorios de la Escuela y le puso boca abajo y le pasó pisando la espalda, además le dijo “ahora por sapo te fregaste” y luego le hizo subir a la base con una roca enorme en la maleta y justo cuando llegó estaba formada toda la compañía con los 190 cadetes, llegó con un brigadier, en ese momento dijo a Arias si podía regresar a la fila, en esta vio al Teniente Encalada que se burlaba, ese día tuvo que hacer varios ejercicios, corrió con la roca, por esto pensó que no va cambiar su situación, por lo nuevamente pidió la baja; en relación a las guardias, un fin de semana el Teniente Encalada le ordenó a un brigadier, que no recuerda quien era, que le anoten en la guardia para toda la semana, a pesar que las guardias no se las realiza durante toda la semana, el día que le tocó la guardia no durmió un día entero, los otros días igual, le obligaban hacer las guardias pero sus otros compañeros no lo hacían, él recibía un trato diferenciado; agregó que había una estación donde tenían que aprender como lanzar una bomba molotov, pero como estaban 40 personas, no había suficientes bombas, por lo que no pudo realizar esta práctica, ni siquiera pudo encenderla, porque lo consideraban lo peor; todas las estaciones eran calificadas

por el brigadier, solo había una materia que calificaba el Teniente Encalada, quien le puso como nota cero, con los demás brigadieres obtuvo buenas calificaciones; el Teniente Fernando Encalada les ordenaba a sus compañeros que le tengan realizando alguna actividad porque era un vago un ocioso, esas eran las palabras que él decía y eso solo le decía al deponente (Arce), les decía a sus compañeros que si no le tenían haciendo alguna actividad física, les iban a castigar a ellos, por eso le tenían haciendo flexiones, en dos ocasiones, al ver el trato discriminatorio que le daba el Teniente Encalada, se armó de valor, salió de la fila, habló con Encalada y le dijo porque le hacía eso, qué le disgustaba de su persona y Encalada le dijo que no quería ver gente como él en el ejército, en una segunda ocasión, le dijo que ya faltaba poco para terminar la fase de instrucción, pero que haría todo para que me marche de la escuela, siempre Encalada le hablaba con palabras denigrantes, como vago, ocioso, muérgano, personas como tú no deben estar aquí, esas palabras eran solo para él, al resto de sus compañeros les trataba bien; es decir, todos los hechos relatados constituían un hostigamiento hacia su persona, ya que Encalada puso a sus compañeros en su contra. Como se puede observar en el testimonio del ex cadete Michael Andrés Arce Méndez, existen una serie de inconsistencias, imprecisiones y contradicciones, ya que él atribuye el trato discriminatorio que le daban, especialmente al Teniente Fernando Encalada Parrales y en una ocasión al Brigadier Cevallos Richard, quien según el acusador particular le hizo duchar, luego le mandó a revolcarse en la tierra, nuevamente le hizo duchar y nuevamente a la tierra; sobre las acusaciones que le hizo el ofendido al Teniente Encalada, relativas al hostigamiento, malos tratos verbales, físicos y psicológicos de los cuales supuestamente fue víctima (según el ofendido Encalada le ordenaba boxear con dos o más cadetes a la vez y con mujeres, le hacía llevar una campana supuestamente por ser vago y le ordenaba que haga el puño coreano) no existe prueba alguna de estos hechos y más bien todos los testigos de cargo y descargo (inclusive los presentados por el ofendido) desvirtuaron esos hechos y más bien coincidieron que el acusado no se adaptó a la vida militar por lo que pidió su baja voluntaria, además los testigos aseveraron que dentro del proceso de instrucción no se discriminaba a nadie, peor aún al ofendido Michael Arce, ya que los instructores, entre los que se encontraba el acusado, Teniente Fernando Encalada Parrales, les trataba a todos los cadetes por igual, es más, la aseveración del acusado de que el Teniente Encalada le tuvo en la piscina por varios minutos, lo que le ocasionó hipotermia, no tiene ningún asidero, ya que el instructor de la práctica de habilidades acuáticas era el Capitán Álex Roberto Holguín Ordóñez y no el Teniente Fernando Encalada, por lo que el acusado, jamás pudo obligarle a permanecer por largo tiempo en el agua a Arce, como lo afirmó el acusador particular, esto se lo demuestra con los testimonios:

1. Con el testimonio propio del Capitán Álex Roberto Holguín Ordóñez, quien manifestó que es Comandante del Equipo de Hombres Rana de la ESMIL, da instrucción en habilidades acuáticas, sus alumnos a más de saber nadar deben desarrollar otras actividades en el agua como virar el bote para cubrirse del ataque del enemigo; el cadete Arce ha manifestado que ha sufrido de hipotermia, que se ha ahogado, cosas que jamás han ocurrido, para que a una persona le de hipotermia debe permanecer 40 minutos en el agua inmóvil, pero eso no puede pasar porque los cadetes pasan en movimiento; todas las personas no somos hábiles en el agua, pero les dio confianza e instrucciones, el cadete Arce no pudo superar la prueba pero cumplió esa tarea con un chaleco salvavidas como el resto de cadetes, en otra práctica que la hicieron en una piscina de agua fría, el cadete Arce fue atendido por un enfermero, quien le dijo que solo tenía frío, le dispuso que se ponga un buzo y siente en las gradas, a Arce no le gustaba el agua, sus

compañeros le insistían que haga la prueba porque la nota a más de individual era grupal; 2. Con el testimonio propio de la brigadier Estefanía Jacqueline Flores Rosas, quien manifestó que es estudiante de la ESMIL; agregó que el Capitán Holguín era el instructor de las habilidades acuáticas y supervisaba a los brigadieres para que den correctamente las instrucciones; en la práctica de viraje del bote, él no pudo subirse al bote y no le consta que Arce haya sufrido de hipotermia, tampoco castigó a Arce, con él eran compañeros de pelotón, por eso conoce que a él le actitud, no se esforzaba, las mujeres le ayudaban; el Teniente Encalada observaba si las acciones estaban bien o mal realizadas; 3. Con el testimonio propio del señor Esteban Javier Ampudia García, quien manifestó que conoce al señor Michael Arce desde que ingresaron a la ESMIL, él dormía en su dormitorio en la Base Pucará, eso fue por el lapso de cuatro semanas; también conoce al Teniente Encalada porque era Comandante en Pucará; agregó que todos los cadetes hacían la misma instrucción y no conoce de casos de agresión o que a alguien se le haya dado un trato diferente; cuando iban a comer siempre iban cantando, hacían la oración, luego de esto comían todos juntos; en la instrucción llevaban la mochila y la radio para comunicarse, el fusil, el casco, no llevaban nada de piedras, no le consta que le hayan hecho cargar piedras ni el campanario a Arce; el Teniente Encalada en una ocasión resaltó a Arce por haber obtenido una buena calificación; las sanciones que les imponen a los cadetes depende delo tipo de falta, que puede ser grave, leve, que están previstas en el Reglamento, así por ejemplo por falta de aseo pueden darle medio día al infractor, depende del instructor o brigadier, si es reincidente se le aplica una falta grave de 2 a 6 días, si está mal cortado el cabello, se le puede imponer 30 flexiones de pecho, si no cumple la sanción se le informa al superior; Arce era poco aseado, llegaba al último a la formación, no se amarraba rápido las botas, pero eso dependía de él, en el trote se quedaba atrás, era flojo, todo le cansaba, él decía mañana voy a meter ñeque para hacer las cosas bien, él le dijo que era la segunda vez que intentaba en la escuela y que no podía regresar a la casa por eso tenía que graduarse como sea; dijo que fue entrevistado por la Defensoría del Pueblo, en donde le dijeron que era un problema por racismo, le preguntaron que si alguien se lesionaba le dejaban irse al policlínico, respondió que sí, que únicamente tenían que pedir permiso, no era necesario que Arias conozca eso; Encalada se encontraba al frente de un pelotón, pero los instructores rotaban; cuando su compañero Dorval estaba en la camilla llevaban la misma entre cuatro personas, pero Arce la dejó caer, por eso fue llamado la atención por violar la medida de seguridad; cuando tuvieron la instrucción del bote, en la piscina, a cargo de Holguín, Arce fue el único que no pudo cumplir con esta prueba que era calificada, él no pudo subirse al bote, recuerda que le sacaron de la piscina a Arce desmayado, por eso no pudieron cumplir con la misión; Arce tenía buenas ideas en la instrucción, pero se demoraba mucho en completar las misiones; y, 4. Con el testimonio propio de Wilmer Jonathan Asadovay Cajas, quien luego de consignar sus generales de ley, bajo juramento manifestó que conoció al ex cadete Arce en el periodo de reclutamiento, fue su compañero de pelotón y en la cabaña, nunca tuvo una conversación íntima con él; conoce al Teniente Encalada porque fue su Comandante de pelotón en primer año; en el periodo de reclutamiento todos fueron tratados de la misma manera, se les llamaba reclutas a hombres y a mujeres; para consumir los alimentos todo el pelotón tenía que estar en el comedor, hacían una oración y se servían los mismos, todos comían lo mismo; todos los pelotones tenían un día de guardia, no podía hacer Arce solo la guardia porque eran 6 pelotones que cumplían la guardia; en la Base Pucará no hay piscina y la instrucción de natación la realizaban en la escuela, nunca estuvieron desnudos

en la piscina; en la práctica del bote, tenían que darle la vuelta al mismo y quedarse hundidos, de ahí debían darle la vuelta para subirse, esta práctica no la pudo realizar Arce y no pudieron ayudarlo porque era calificada, por eso permaneció en el agua hasta que los enfermeros le ayudaron a subir, ese día no estuvo el Teniente Encalada, el encargado de la instrucción era Holguín, no podían desobedecer porque estaban formándose para eso; la forma de actuar de Arce retrasaba al pelotón, en una ocasión Arce se había quedado dormido y eso les retrasó en la instrucción, tuvieron que ayudarlo inclusive a tender la cama y a meter todas sus cosas, las mujeres también le ayudaban a camuflarse (pintarse la cara de verde) para que todos estén el pelotón, una vez Arce sacó una calificación superior a todos los integrantes del pelotón, por eso el teniente les hizo ver que todos podían obtener una buena nota, le puso como ejemplo, no recuerda en qué materia, eso fue algo positivo de él; Arce fue el único afro ecuatoriano que había en el pelotón. Como se observa, los testigos de cargo: Capitán Álex Roberto Holguín Ordóñez, brigadier Estefanía Jacqueline Flores Rosas, y los testigos de descargo: Esteban Javier Ampudia García y Wilmer Jonathan Asadovay Cajas, coincidieron que el instructor de habilidades acuáticas era el Capitán Álex Roberto Holguín Ordóñez y como tal estuvo presente en el viraje del bote, prueba que no la pudo cumplir el cadete Michael Arce, por lo que permaneció en el agua hasta que los enfermeros le ayudaron a subir; en esta prueba no tuvo nada que ver el Teniente Encalada como lo afirma el acusador particular Michael Arce en su testimonio, pero con los testimonios antes señalados se ha demostrado la falta de interés que demostraba el cadete Arce en sus prácticas de instrucción militar, lo que incidía en las calificaciones del grupo (pelotón del que formaba parte Arce); por el deficiente desempeño en las actividades físicas de Michael Arce, inclusive era castigado todo el pelotón, como lo afirmó el señor Juan Francisco Romero Toro. En relación a las prácticas de box, que el ex cadete Michael Arce, manifestaba que le hacían boxear con dos o más cadetes y con mujeres, testificaron sobre este punto las siguientes personas: 1. Con el testimonio propio del General de Brigada Gustavo Vicente Cabrera Campuzano, quien manifestó en resumen que el boxeo tiene que ser entre dos personas mínimo, entre más de dos personas, podría ser posible; por equidad de género cuando le toque a una mujer pelear con un hombre debe hacerlo, ya que cuando esté con un enemigo tiene que defenderse, lo mismo sucede con los hombres; agregó que la palabra muérgano es una terminología que se emplea en el argot militar para una persona que no hace las cosas bien, la palabra paquete se emplea en la persona que no hace bien su tarea; desconoce que es el puño coreano; 2. Con el testimonio propio de la Subteniente Andrea Abigail Arrobo Fernández, quien manifestó que no vio al cadete Arce boxear con mujeres, pero de haberlo hecho esa era una práctica usual, ya que todos los pelotones estaban constituidos por mujeres, por eso tenían que realizar la instrucción con hombres, eso era parte de la instrucción, no recuerda haber castigado a Arce; veía que Arce tenía un rendimiento físico deficiente, salía a formar al último, hacía menos flexiones, inclusive menos que las mujeres, siempre quedaba al último en todo, a más de esto, era descuidado en su aspecto físico, cuando salía a las formaciones salía mal puesto las botas y las mismas estaban sucias, por eso le llamaban la atención, sus faltas disciplinarias constituían “anotados negativos”, por lo que recibía un castigo, también pagaba la falta, el grupo entero, pero no podría decir que era por culpa de Arce, no había otros cadetes afro ecuatorianos en ese tiempo; agregó que ella estaba encargada de las cadetes mujeres; 3. Con el testimonio propio del Capitán del Ejército Juan Carlos Arias Cazco, quien en lo principal manifestó que no ha recibido ningún documento en el cual consten las actividades de boxeo o defensa personal

entre hombres y mujeres, ni tampoco ha presenciado ni ha sido partícipe de este tipo de actividades y de ser así tendría que pedir aclaración, pero eso no es una actividad común; 4. Con el testimonio propio del señor David Freire Coba, quien en resumen manifestó que en las prácticas de boxeo les enseñaban a defenderse, peleaban entre hombres y las mujeres entre mujeres y mujeres contra hombres, pero era como entrenamiento; y, 5. Con el testimonio propio del señor Luis Antonio Muñoz Guerra, quien en resumen manifestó que las peleas de box eran en cinco estaciones por un día, usaban el protector bucal y cabezal dentro del ring, como esas prácticas eran calificadas daban todo de sí, les enseñaban a defenderse y a esquivar los golpes. Como se observa en estos testimonios no existe ningún trato discriminatorio hacia Arce, las prácticas de box eran usuales para todos los cadetes hombres y mujeres, eso les servía para desarrollar destrezas y defenderse de una mejor manera, más aun estando en combate.- En lo que respecta a lo manifestado por el ex cadete Michael Arce, en relación al evento denominado empalizada, en el cual intervino supuestamente el Brigadier Cevallos Richard, quien le hizo duchar, luego le mandó a revolcarse en la tierra, nuevamente le hizo duchar y nuevamente a la tierra, el Tribunal determina que dicho brigadier no está procesado en este juicio, sin embargo para determinar contradicciones en el testimonio de Michael Arce, se menciona lo afirmado por el señor David Freire Coba, quien en su testimonio propio manifestó que en la empalizada con lodo les enseñaban a reptar a todos los cadetes; en muchas ocasiones fue castigado por culpa de Arce, por eso todo el pelotón le aconsejaba cuando les imponían castigos por él; no conoce que es el puño coreano; agregó que no observó ningún trato discriminatorio en contra de Arce; todos los cadetes hacían guardia, así también todos comían por igual en el comedor; no observó que Arce haya tenido alguna lesión, tampoco observó que haya sangrado. El testimonio rendido por David Freire Coba, en lo relacionado a que no observó ningún trato discriminatorio en contra de Arce, fue corroborado por los señores: Luis Antonio Muñoz Guerra y Edith Annabel Ortega Mendoza, de la Defensoría del Pueblo, quien agregó que no hubo un trato discriminatorio por ser afro ecuatoriano, sino porque le habían encontrado caramelos y chocolates, afirmación que concluye haciendo un juicio de valor, que no ha sido demostrada en este juicio.- En lo que respecta al incendio ocasionado por Arce, por una bomba molotov, la señorita Bertha Gabriela Pallo Chalco, manifestó que presentó un informe que lo entregó en la Escuela Militar, por los acontecimientos suscitados por la manipulación de una bomba molotov, que produjo un pequeño incendio, provocado por el cadete Michael Arce, en esa temporada el bosque estaba seco y eso podía seguir quemando el bosque, en esa práctica estuvieron los compañeros del ex cadete y los instructores, entre los cuales no estuvo presente el Teniente Encalada; para manipular ese objeto primero se leyeron las medidas de seguridad, se verificó el sitio en donde se iba hacer la práctica, se cercó el lugar con cinta de peligro, habían extintores y tenían una ambulancia como doble función, entre la estación y el polígono de tiro.- En relación al hecho que el ex cadete Arce dejó caer la camilla en la que se encontraba un herido, esto lo corroboró el cadete Esteban Javier Ampudia García, quien manifestó que cuando su compañero Dorval estaba en la camilla que la llevaban entre cuatro personas, Arce la dejó caer, por eso fue llamado la atención por violar la medida de seguridad.- Cabe mencionar que el ex cadete Michael Arce durante todo el tiempo que estuvo en la ESMIL, presentó dos lesiones que no revestían mayor gravedad, esto lo confirmó el Teniente Coronel Guillermo Fernando Yépez Vinueza, quien dijo que al señor Arce le hizo el reconocimiento médico el Capitán Franklin Castillo, el 23 de noviembre de 2.011, luego él, como Jefe del Departamento Médico, legalizó

el documento, al conocer a través del médico militar que no existían novedades; el certificado médico se lo hace en el policlínico que queda en la parte de abajo; durante el tiempo que fue jefe del policlínico no le reportaron novedades respecto al cadete Arce, él únicamente presentó dos lesiones debido a patologías que no revestían gravedad, en ese entonces Arce fue atendido por la Dra. Jiménez por presentar mialgias y no por otra cosa que no recuerda, de esto existe constancia en un parte diario elaborado por la mencionada doctora.- Previo a la solicitud de baja voluntaria de algún militar (cadetes, clases u oficiales), tiene que legalizar el reconocimiento médico el jefe del policlínico, esto se lo hace como norma; en el caso de Arce, el Capitán Castillo le realizó el reconocimiento médico al mencionado cadete, testimonio fue corroborado por el Capitán Franklin Alonso Castillo Abrigo, médico de la ESMIL, quien dijo que el 23 de noviembre de 2.011, revisó al cadete Michael Arce, previo a su salida de la institución; para la evaluación médica de un paciente que ha solicitado la baja, éste llega acompañado de un Oficial encargado, hablan con el Jefe del Policlínico, para la evaluación médica, el jefe habla con el médico para que evalúe al paciente, éste le realiza un examen clínico, anamnesis, donde el paciente tiene que referirle algún síntoma, también se le realiza el examen físico, luego de eso, el médico da un parte al Coronel Director, a donde va con el cadete, frente a él, se hace el certificado médico, que firma el cadete y el Director, si el cadete tenía alguna inconformidad con el mismo, no lo firmaba; ese mismo día salieron varios cadetes con la baja y él les hizo la valoración; el Jefe del Policlínico era el Coronel Yépez. A su vez, la Capitana Rebeca Piedad Jiménez Jiménez, manifestó que el señor Arce requirió de sus servicios como médico por dos ocasiones, en las que presentaba una gripe y un dolor muscular, para atenderle fue de la Base Pucará al Centro Médico. Como se puede observar ninguno de los médicos antes señalados refiere que el cadete Michael Arce presentó durante su permanencia en la ESMIL alguna fractura en los huesos propios de la nariz, por lo que ese evento, debió producirse luego que le dieron la baja de la escuela militar a dicho cadete, por lo que el argumento de Arce en el sentido de que esa fractura se produjo en las prácticas de box, no tiene ningún asidero ni sustento médico, ya que no se ha justificado este hecho con prueba técnica alguna (reconocimiento médico legal realizado en forma oportuna), lo único que existe es el testimonio propio de la Dra. Linda Mena Álvarez, quien para realizar su informe se basó en una placa radiográfica y en las fotografías que las tomó al señor Michael Arce, al momento de la diligencia y en las fotografías que él le llevó, lo que de ninguna manera puede determinar que dicha fractura (de los huesos propios de la nariz) se produjeron cuando era cadete de la ESMIL, por eso la Dra. Linda Mena sugirió la revisión de la historia clínica que tenía el cadete Arce en la ESMIL, lo que jamás se concretó.- En lo que respecta al pedido de baja voluntaria de la ESMIL, solicitado por Michael Arce, le consta este hecho al Teniente Coronel Mauro Rogelio Argoti Zambrano, quien manifestó que conoció de los hechos cuando el señor Arce puso una denuncia en la Defensoría del Pueblo, la ESMIL dispuso que se averigüe lo sucedido por medio de informes. El Capitán Arias le indicó que un estudiante (Arce) quería separarse voluntariamente de la institución militar, antes de realizar el procedimiento se entrevistó con el señor Arce quien le manifestó que extrañaba a su familia, que no se acostumbraba al ritmo de vida, que no le gustaba la escuela y que quería separarse, le preguntó si alguien le había maltratado y le dijo que no, posteriormente conversó con sus padres a quienes les comentó el deseo de su hijo de separarse de la institución, su madre le pidió que converse con su hijo para que no se retire; la baja es revisada por él, de lo que comunica al Comandante de la Compañía y él acompaña al cadete en el proceso de baja. Sobre este hecho (sobre la baja de Arce),

testificó el Teniente Coronel José Enrique Pástor Guevara, quien manifestó que estuvo de Subdirector Encargado de la ESMIL, conversó con Arce y su familia sobre las políticas y procedimientos para retirarse, les indicó que debían acercarse a pagaduría para que cancelen los valores que estaban pendientes, que ascendían a la suma de USD. \$ 2.000,00, la mamá de Arce le dijo a él, tú no sales de aquí, por eso les dejó solos unos momentos y luego Arce dijo que ya no quería retirarse, posteriormente Arce volvió a pedir la baja, cuando sucede esto, se comunica a la Dirección y ésta comunica a sus padres; el procedimiento para la baja está en el Manual de Procesos, en donde está que se debe designar a un Oficial para le acompañe al cadete para que realice la hoja de salida, después pasa al Centro Médico y luego va a Pagaduría. Sobre este mismo particular testificó el Teniente Rolando Paúl Bayas Rea, quien manifestó que era instructor de los cadetes de primer año de la ESMIL y como tal, ayudó a Arce a legalizar los documentos para su retiro voluntario (baja), le entregó las prendas y todo lo que determina la hoja de salida; Arce habló con el Coronel Argoti y éste le dijo que Arce ya no quería la baja, subió con Arce a la Base Pucará y le dejó en su dormitorio, pero Arce pidió por segunda vez su retiro el que se concretó, en esta ocasión ya no le acompañó; la baja es una decisión voluntaria del cadete, quien tiene que hablar previamente con sus superiores, con el psicólogo, quienes le hacen reflexionar; conoce que el cadete Arce estaba a órdenes del Teniente Encalada; Arce no se adaptó a la vida militar, seguramente no era lo que él esperaba para su vida. Previo al pedido de baja tiene el cadete que entrevistarse con el psicólogo de la ESMIL, así lo hizo, primeramente se entrevistó por el lapso de 15 minutos con el Dr. Marcelo Antonio Arcos López, a quien le dijo que reconsidera su decisión de salir de la ESMIL, pero Arce le dijo que extrañaba a su familia, que no se adapta, que se siente como perseguido, que le hacen a un lado, que alguna vez le hicieron comer afuera, pero no le dio los nombres de los superiores, luego de esto, intervino el Dr. Wilson Oswaldo Ruales Ruiz, quien manifestó que el cadete Arce solicitó su baja, ante esto le hizo reflexionar, le preguntó sobre sus motivaciones internas y externas que tiene para retirarse la institución militar, él le mencionó que hubieron tres personas que estuvieron exigiéndole un mayor desempeño y desenvolvimiento, ellos son Encalada, Cevallos y Gavela, no recuerda que le haya mencionado términos de humillaciones, pero le refirió que le quitaban la comida, que amanecía de guardia. Esto último fue desvirtuado por sus compañeros cadetes: David Freire Coba (testigo de cargo), Wilmer Jonathan Asadovay Cajas y Esteban Javier Ampudia García (testigos de descargo) quienes coincidieron que para consumir los alimentos todo el pelotón tenía que estar en el comedor, hacían una oración y se servían los alimentos, todos comían lo mismo; todos los pelotones tenían un día de guardia, no podía hacer Arce solo la guardia porque eran 6 pelotones que cumplían la guardia. Los testigos: Subteniente Andrea Abigail Arrobo Fernández, Rodolfo Ramiro Cifuentes Chubizeta, manifestaron que el cadete Arce tenía un bajo rendimiento físico, así también, la Subteniente Carla Jacqueline Calapi Mena, manifestó que como instructora de cadetes de primer año de la ESMIL, le consta que el cadete Arce era incumplido, salía a formar al último, no tendía bien su cama, no cumplía con el horario de régimen interno, no ponía atención a las instrucciones que recibía, en base a esto se hacía la relación de castigados; el testigo Wilmer Jonathan Asadovay Cajas, manifestó que a Arce le ayudaban a tender su cama y a guardar sus cosas para que no les castiguen el pelotón, las mujeres también le ayudaban a camuflarse (le pintaban la cara de verde), esto también lo mencionó el testigo del acusado Esteban Javier Ampudia García. De todos los testimonios antes analizados se desprende que Michael Arce no se adaptó al régimen militar, en donde se tiene que ser totalmente

disciplinado y se debe acatar órdenes de los superiores, ya que la institución militar y en especial la ESMIL, son instituciones jerarquizadas, en donde la antigüedad de sus miembros juega un papel importante y los cadetes tienen que someterse a la disciplina militar, so pena de recibir sanciones por las faltas cometidas en su proceso formativo, lo que le ocurrió al ex cadete Michael Arce, quien a más que no se adaptó a la milicia, su actuación en las prácticas físicas fue muy baja, por lo que en algunas ocasiones recibió llamados de atención de sus superiores y compañeros cadetes, para que cambie su proceder y no afecte al pelotón del cual formaba parte, por lo que más bien solicitó su baja voluntaria, la que se dio en un segundo intento porque el deseo del ex cadete Arce era regresar a su seno familiar porque extrañaba a su familia, como lo afirmaron los psicólogos de la ESMIL que le aconsejaron para que reconsidere su decisión tomada respecto a su baja.- El acusado Fernando Mauricio Encalada Parrales, por su parte, negó los hechos a él inculcados al decir que Arce pidió la baja a mediados del mes de diciembre de 2011, porque Cevallos le ha tratado mal a partir de su ingreso a la ESMIL, el señor Arce pertenecía al cuarto pelotón, del cual él era su instructor, apoyado de dos brigadieres llamados Toledo y Abambari; las tres primeras semanas eran de ambientación, en esas semanas recibían instrucción formal y legislación militar, ésta en aulas y la otra al aire libre; durante las semanas de adaptación los cadetes no estaban presionados por los oficiales ni por los brigadieres, solo pasaban con los Comandantes de los pelotones y brigadieres, transcurrían las cosas con normalidad a excepción de cosas pequeñas como tender una cama, limpiarse sus botas, colocarse bien el uniforme y si lo hacían mal se les anotaba en la libreta de novedades; algunos no estaban acostumbrados a madrugar, eran sedentarios, en ciertos casos habían cadetes que se dormían por el cansancio mismo no prestaban atención a las clases, luego de las tres semanas viene la instrucción de educación física, al inicio no era rigurosa, para que se vayan ambientando, en la cuarta semana de octubre, empezaron el período de instrucción individual de combate en la Base Pucará, como eran nuevos los cadetes y no se familiarizaban con el Reglamento, ningún cadete era sancionado con registro en la conducta, por eso todos tenían 20; una vez que iniciaron el período en la Base Pucará ahí cambiaron las cosas, se volvió más fuerte la actividad física y el horario de régimen interno, tenían que colocarse la mochila, llevar el fusil, llevaban de 20 a 30 libras de peso, al momento de realizar la instrucción los cadetes se dirigían a las estaciones dirigidas por los cadetes de cuarto año, mientras que los Oficiales supervisaban el trabajo como inspectores. El régimen se volvió más fuerte, en la parte física ya empezaron a realizar trotos más largos y forzados, no como al inicio, se recorría una parte en bloque para realizar el calentamiento y luego una carrera continua, corta, media o larga, durante la instrucción se observó que el cadete Arce no estaba bien preparado, él quedaba atrás con los cadetes mujeres, en natación el mencionado cadete se cogía del andarivel, por eso el Comandante dispuso que se los separe a todos los que tenían este problema para que el profesor les prepare; en los partes diarios se evidenciaba que Arce tenía descuido en su aseo personal, como lo han dicho los compañeros y cadetes antiguos, además la mochila no la tenía arreglada, no se camuflaba adecuadamente, algunos cadetes informaban que Arce no se bañaba, pero eso a él no le constaba porque los Oficiales utilizan otros baños; al momento de dirigirse al comedor, el Oficial tomaba el control, mientras el pelotón estaba formado para la comida, los cadetes de primer año, iban por escuadras con su Comandante de Escuadra que era el brigadier, antes de la comida hacían una oración y empezaban a comer, jamás se le ha excluido al cadete Arce; las habilidades acuáticas eran ejecutadas por el Capitán Holguín, el

Teniente Encalada solo estaba de observador, no de supervisor; cuando Arce pidió la baja, tuvo que realizar un informe; agregó que no estuvo en la semana del 11 al 18 de noviembre de 2.011, porque sus suegros fallecieron, por eso salió con permiso a El Oro; los cadetes boxeaban una vez a la semana, eran 5 pelotones, en esas prácticas se les enseñaban a lanzar golpes para defenderse y luego se hacía un round entre hombres y mujeres, los hombres no podían golpear sino hacer sombra; Arce pidió la baja y luego se retractó, posteriormente volvió a pedir la baja, en la cual actuó Arias para que continúe con el proceso de salida; que no ha tenido problemas con Arce ni con ningún afro ecuatoriano, se ha relacionado bien con ellos, nunca ha tenido problemas, en la celda en la que se encontraba encarcelado por este caso, vivía con un afro ecuatoriano y en las celdas contiguas habían 3 afro ecuatorianos; no conoce sobre el campanario, ni sobre la piedra en la mochila de Arce, no ha escuchado eso en la Base Pucará; todos los Oficiales comían en el comedor con los cadetes y el Oficial de Control estaba al mando, quien les encolumnaba para irse al comedor, el resto de Oficiales esperaba hasta que se siente el último para empezar a comer, no vio que nadie sacara a alguien del comedor; estuvo en la instrucción de habilidades acuáticas, pero no vio nada extraño, el Capitán Holguín le dijo que a Arce le daba calambres por el frío; la vida militar es trabajo en equipo, cuando alguien se porta mal o hace mal alguna cosa la sanción es grupal; no vio que el cadete Arce haya tenido una lesión en la nariz; agregó que a él no le entrevistaron en la Defensoría del Pueblo; recuerda que la madre de Arce indicó que lo único que pedía, era no cancelar los haberes por la baja de su hijo, luego el padre de Arce se le abalanzó a él y a Cevallos, les dijo que iba a averiguar los teléfonos, eso fue en el hall, luego salieron con la asesora de la ESMIL, luego les topó nuevamente el padre de Arce y les dijo lo mismo; cuando los cadetes cometían faltas, se les anotaban en unos papelitos como positivos o negativos, no se registraba en la conducta porque aún los cadetes no terminaban sus estudios y se les sancionaba registrándoles en la relación de castigados, que son enviadas a la administración académica, la mencionada relación consistía en la noche realizar ejercicios o mantenimiento; Arce no rendía en la parte física ni en la piscina, no nadaba más de 100 metros y el mencionado señor se cogía del andarivel; en las prácticas de tiro, el señor Arce apuntaba hacia el espaldón a la derecha o izquierda y ponía en riesgo la vida, incluso a un cadete lo expulsó del área de tiro, el cadete Arce no prestaba a tensión a los brigadieres, no sabía cómo manejar el arma, el señor no se adaptó a la vida militar. Como se puede observar, el acusado Fernando Mauricio Encalada Parrales en su testimonio menciona que las causas para que Michael Arce haya pedido la baja era por los maltratos proferidos por Cevallos a partir de su ingreso a la ESMIL, circunstancia que coincide con lo manifestado por el ofendido, ex cadete Michael Arce, en su testimonio, quien entre otras cosas atribuyó su decisión de pedir la baja de la ESMIL por los maltratos ocasionados por el Brigadier Cevallos Richard, quien luego de hacerle una práctica en la empalizada le hizo duchar, luego le mandó a revolcarse en la tierra, nuevamente le hizo duchar y nuevamente a la tierra, evento que ha tratado de olvidar; como se puede ver, este juicio se inició en contra de Fernando Encalada Parrales y no contra el Brigadier Richard Cevallos. Es preciso señalar que el testimonio rendido por el acusado Fernando Mauricio Encalada Parrales fue espontáneo y su relato fue coherente ya que existe verosimilitud con las pruebas de cargo y de descargo, presentadas por los sujetos procesales, en especial, con los testimonios rendidos por los cadetes (compañeros de Arce), brigadieres y Oficiales de la ESMIL, quienes coincidieron que el ex cadete Arce no se adaptó a la disciplina militar, por lo que su rendimiento físico fue bajo, que incidió a que decida pedir su baja voluntaria para regresar con

su familia, a la que extrañaba mucho. Por todo lo expuesto, al testimonio del acusado se lo considera como un medio de prueba y defensa a su favor como lo establece el Art. 143 del Código de Procedimiento Penal. El acusado presentó como prueba de descargo, los testimonios propios de los señores: Raúl Oswaldo Gordillo Benenaula y Mark Bncolict Bol, quienes acreditaron su buena conducta con anterioridad a la supuesta infracción. En este punto cabe resaltar la entrevista psicológica realizada al Teniente Fernando Mauricio Encalada Parrales, por parte de la psicóloga clínica de la Fiscalía, Dra. Barbarita Miranda, quien manifestó que el 2 de mayo de 2.013, realizó una entrevista psicológica al mencionado Oficial, a quien le aplicó el test proyectivo MMPI versión 2, además le aplicó el test HTP; en el test proyectivo MMPI determinó que el reconocido tiene una gran rigidez, poca flexibilidad frente al medio en cuanto al aspecto emocional, presenta ansiedad, reacciona de forma impulsiva frente a las actitudes de la vida que marcan a una tendencia al aislamiento; en el test HTP se vuelve a mostrar la actitud de rigidez que es un descriptivo de su personalidad, muestra normalidad, en cuanto a su conciencia existen sentimientos de inferioridad y una actitud de agresión reprimida frente al medio, tiene una actitud narcisista u sobre valoración frente al medio, el nivel de energía que el test muestra, es de normalidad, presenta rasgos de insinceridad. Examen que de ninguna manera refleja una inadaptación social del Teniente Encalada, quien tiene una gran rigidez por su formación militar y su estado de ansiedad seguramente se dio debido a la situación por la que estaba atravesando al momento de la evaluación psicológica. Por otro lado, el Cabo Primero de Policía Darlin Yovani Cañar Chamba, perito en inspección ocular técnica manifestó que el día jueves 12 de julio de 2.012, a partir de las 10h00, realizó la fijación de indicios en el interior de la Base Pucará; el indicio número 1, lo levantó del patio central del campamento Pucará (de esto existen fotos), el mismo que fue rotulado; el indicio dos, fue levantado de la parte posterior de la cabaña número 6, donde existe una carretera con piedra y arena (detalla en las fotos). También levantó como indicio número 3, un envase de vidrio, el cual presenta un impreso en donde se lee "Tropical", eso se encontró en el campo antimotines. Dicho envase no contiene ningún elemento en su cuello; en el lugar donde hizo la fijación de este indicio había vegetación en todo su contorno; y, el indicio número 4, consiste en un envase de las mismas características y en su cuello existe un trapo, indicio que se encontró dentro de la vegetación; no logró evidenciar algún indicio de incendio; no encontré huellas de violencia; testimonio que lo única que justifica es la existencia física de la Base Pucará, lugar en el que supuestamente se produjo el delito que motiva este enjuiciamiento. Por todas pruebas antes analizadas, no se demostró la existencia del delito, motivo de este enjuiciamiento, ya que los supuestos maltratamientos de palabra (insultos) y obra (fractura de los huesos de la nariz, producidas según el ofendido, en las prácticas de box) en el interior de la ESMIL, en realidad no se produjeron, y más bien, tanto el ex cadete Arce como el resto de cadetes recibieron una instrucción militar en igualdad de condiciones, siguiendo los respectivos procedimientos y protocolos militares, sin direccionamiento a ninguna persona, recibiendo todos los alumnos de la ESMIL, en especial, Arce y sus compañeros de pelotón un trato idéntico, sin excesos ni preferencias hacia nadie, por lo que no se puede decir que Michael Arce fue discriminado o que se ejercieron en su contra prácticas racistas o xenóficas, por lo que no existió violación a sus derechos humanos, en ninguna forma; lo que sí se demostró con la prueba de cargo y de descargo presentada en la audiencia de juzgamiento, es que Michael Arce tenía un bajo rendimiento en sus prácticas físicas (box, natación, trote, carreras, flexiones de pecho, barras, guardias, reptar, entre otros,

además era desaseado, como lo refirieron sus ex compañeros cadetes y superiores en sus testimonios propios) lo que le hizo incurrir en faltas disciplinarias establecidas en el Reglamento de la ESMIL, como lo afirmó el señor William Arturo Ortiz Amaquiña, sin que esto implique que tal reglamento se lo aplicaba únicamente al cadete Michael Arce, ya que otros cadetes también fueron sancionados por sus faltas disciplinarias como ha quedado demostrado en la audiencia de juzgamiento. Cabe precisar que el testimonio de la madre del acusador particular, señora Lilian Oliva Méndez, testigo de oídas, lo único que hizo fue narrar en su testimonio lo que le contó su hijo Michael Arce, sin constarle los mismos, por lo que tal testigo carece de credibilidad e idoneidad.- En relación a los testimonios rendidos por los señores: Dra. Carla Gabriela Patiño Carreño, Dra. Haydee Jacqueline Cáceres Alarcón, Edith Annabel Ortega Mendoza y Wilton Vicente Guaranda Mendoza, funcionarios de la Defensoría del Pueblo, quienes participaron en la elaboración del informe defensorial, dando curso a la queja presentada por Michael Arce, informe que sirvió de base para el inicio del presente juicio, para ello se basaron en entrevistas anónimas al personal militar y a compañeros de Arce de la ESMIL, quienes habían dicho que Arce sufría tratos discriminatorios, pero en el desarrollo de la audiencia de juzgamiento los testigos de cargo y de descargo presentados por las partes dijeron todo lo contrario, esto es, que no les consta que Arce sufrió algún tipo de discriminación por parte del acusado Fernando Encalada PARRALES, por lo que no hubieron actitudes racistas en contra del ofendido, por eso, los testimonios de la Dra. Carla Gabriela Patiño Carreño, Dra. Haydee Jacqueline Cáceres Alarcón, Edith Annabel Ortega Mendoza y Wilton Vicente Guaranda Mendoza quedaron sin sustento alguno, como se tiene analizado, lo mismo sucedió, con los testimonios rendidos por los señores: psicólogo Gino Grondona Opazo, sociólogo John Antón Sánchez y Dra. Mónica Sofía Ortega Dávila, los cuales no aportan mayores elementos para el esclarecimiento de los hechos. La Dra. Mónica Ortega Dávila, en su testimonio refirió que el señor Michael Arce presentaba llanto fácil, tenía pesadillas por los eventos vividos y concluyó que tiene estrés post traumático por lo que le recomendó someterse a un tratamiento psicológico. Al respecto, el Tribunal considera que el hecho de haber pedido la baja voluntaria, pudo influir en ese cuadro psicológico, porque al dejar la vida militar en la forma que lo hizo y con ello terminar con su proyecto de vida, incide en su futuro, lo que puede generar dicho llanto fácil y estrés. Por lo anotado el Tribunal considera que persiste todavía, a favor del acusado, el principio de presunción de inocencia contemplado en el Art. 76 numeral 2 de la Constitución, en concordancia con el Art. 4 del Código de Procedimiento Penal. La presunción de inocencia que rige a favor del acusado Fernando Mauricio Encalada PARRALES, se encuentra garantizada por la Constitución de la República, Convenios y Tratados Internacionales de derechos humanos, misma que no ha podido ser desvirtuada por la Fiscalía, con las pruebas de cargo presentadas en su contra, con las que ni siquiera la existencia de infracción. En este orden de ideas, el análisis que hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la presunción de inocencia, se refiere a que: "El imputado no prueba su inocencia, sino quien acusa debe acreditar la culpabilidad a través de los medios probatorios que le franquea el ordenamiento jurídico respectivo. El derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probandi corresponde a quien acusa" (CIDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia de 2

de julio de 2004, Serie C N° 107, párrafo 154). La Corte Interamericana de Derechos Humanos también manifiesta que: “Una persona no puede ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla” (CIDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, párrafo 153. Caso Cantoral Benavides, sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C N° 69, párrafo 120). También la Corte Interamericana de Derechos Humanos determina que el derecho a la presunción de inocencia “exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquella” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Lori Berenson vs. Perú, párrafo 160). Es decir que el Tribunal debe juzgar de acuerdo a su íntima convicción sobre la existencia del delito y la culpabilidad del acusado y si tuviere alguna duda deberá dictar sentencia absolutoria (Zabala Baquerizo, Fundamentos del Derecho Procesal Penal, t. IX, 2007, p. 135). Por las pruebas antes analizadas, en aplicación a lo dispuesto en los Arts. 304-A, 309 y 311 del Código de Procedimiento Penal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, el Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha, RATIFICA EL ESTADO DE INOCENCIA DEL CIUDADANO FERNANDO MAURICIO ENCALADA PARRALES, ecuatoriano, portador de la cédula de ciudadanía número 0703697219, nacido en la ciudad de Santa Rosa, provincia de El Oro, de 29 años de edad, de estado civil casado, de instrucción superior, de profesión militar en servicio activo, en el grado de Teniente del Ejército ecuatoriano, domiciliado antes de su detención en la ESMIL, villa B3. Al término de la audiencia de juzgamiento, se dispuso que el señor Fernando Mauricio Encalada Parrales, recupere su inmediata libertad, por haber obtenido a su favor sentencia de ratificación de inocencia, para lo cual se giró la respectiva boleta constitucional de excarcelación a favor del mencionado ciudadano, libertad que debía operar siempre y cuando no existan otras medidas privativas de libertad ordenadas por otro juez competente. Se revoca la prohibición de enajenar los bienes de propiedad del señor Fernando Mauricio Encalada Parrales, dictadas por el Dr. Franz de Jesús Valverde Gutiérrez, Juez Sexto de Garantías Penales de Pichincha, para lo cual se oficiará al señor Registrador de la Propiedad del Cantón Quito, haciéndole conocer esta disposición. Se califican como debidas las actuaciones de la Dra. Gina Gómez de la Torre, Fiscal de Pichincha, del Dr. Juan Pablo Albán Alencastro, abogado del acusador particular y de los Drs. Caupolicán Ochoa Neira y César Augusto Ochoa Balarezo, defensores del acusado, quienes cumplieron adecuadamente sus roles. No se califica como maliciosa ni temeraria a la acusación particular presentada por el señor Michael Andrés Arce Méndez. Sin costas.- Incorpórese al proceso el escrito presentado por el señor Demecio Ángel Molina Mosquera; en atención al mismo se dispone, por secretaria y a costa del peticionario confiérase copias certificadas conforme se solicita en el escrito que se despacha, por esta ocasión tómesese en cuenta los casillero judiciales y correo electrónico señalados por el peticionario anteriormente nombrado para notificación que le corresponda.- En cumplimiento de la Resolución expedida por la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial No 564 de 26 de octubre del 2011, resolución que en el texto dice: “..Art 1.- En los casos que por imposibilidad física o fuerza mayor, debidamente comprobadas, alguno de los jueces no pudiera firmar la sentencia luego de haber sido expedida y firmada por los otros dos, sentada la respectiva razón de este particular...” consiguientemente por la licencia médica concedida al

Dr. Luis Fuentes Juez Tercero, la actuario de este Tribunal de estricto cumplimiento con esta disposición y proceda a notificar la presente resolución.- Cúmplase y Notifíquese.-

APELACION

09/03/2016 12:07

VISTOS.- Al encontrarse legalmente integrado este Tribunal de Alzada y una vez que se ha evacuado la audiencia oral, y contradictoria, de conformidad con lo previsto en los artículos 168 número 6; y, 169 de la Constitución de la República, emite su pronunciamiento por escrito, sobre el recurso de apelación interpuesto por el acusador particular Michael Andrés Arce Méndez y Dra. Gina Gómez De la Torre, Fiscal de Pichincha, de la sentencia ratificatoria del estado de inocencia emitida a favor del ciudadano Fernando Mauricio Encalada Parrales, por el Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha, el 27 de marzo de 2014, las 11h14. Este Tribunal de Alzada, realiza las siguientes consideraciones: PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.- Este Tribunal de Alzada es competente para conocer y resolver sobre el recurso de apelación de la sentencia venida en grado, conforme a lo dispuesto en los artículos 76 numeral 7, literal m) de la Constitución de la República del Ecuador; artículo 8, número 2, literal h) de la Convención Americana de Derechos Humanos; artículo 14, número 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos 7 y 208 número 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; artículos 29, número 1 y 343, número 2, del Código de Procedimiento Penal; Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, Resolución No. 179-2013, emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura, de 14 de noviembre de 2013, y en virtud del sorteo de Ley. SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.- Al presente proceso se le ha dado el trámite que según su naturaleza le corresponde y no se aprecia omisión de solemnidades sustanciales que puedan influir en la decisión de la causa, por lo que se declara válido. En el desarrollo de esta etapa, las partes hicieron uso de las garantías básicas del debido proceso consagradas en el Art. 76 numeral 7, literales a, c, d, g, h y j de la Constitución de la República, así como se observaron los principios del sistema procesal para la realización de la justicia que constan en el Art. 169 ibídem. TERCERO.- ANTECEDENTES.- 3.1.- El presente enjuiciamiento penal se inicia en el Juzgado Sexto de Garantías Penales de Pichincha, el 3 de julio de 2013, con la audiencia oral de formulación de cargos, ante el doctor Franz Valverde Gutiérrez, Juez de la Judicatura antes referida, en la que la doctora Gina Gómez De la Torre, Fiscal de Pichincha, manifiesta que “se tiene conocimiento de la noticia criminis a través del Informe Defensorial que en resumen indica que el cadete Michael Arce al haber ingresado a la Escuela “Eloy Alfaro” recibió tratos humillantes, que no le permitían dormir, comer, a tal punto que solicitó su baja; cuando le comenta a su madre estos hechos, ella se acerca a la Defensoría del Pueblo, órgano que hace una investigación anónima y los compañeros cadetes manifiestan que le hostigaban y el teniente Encalada le bajaba la moral y le decía que se ponga en postura y que pida la baja, todo el pelotón para no estar castigado le humillaba, el maltrato era todos los días”. Los elementos y resultados que sirven de fundamento jurídico para formular la instrucción fiscal e imputar cargos por el delito tipificado y sancionado en el artículo 212, número 2 del Código Penal, es ODIO RACIAL, en contra del señor Fernando Mauricio Encalada Parrales. El Juez A quo, notificó a los sujetos procesales con el inicio de la instrucción fiscal y en virtud de que los hechos narrados por Fiscalía hicieron presumir la existencia de la infracción tipificada y sancionada en el artículo 212, número 2 del Código Penal, así como la presunta

responsabilidad del procesado, al cumplirse los presupuestos constantes en el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, ordenó la prisión preventiva del señor Fernando Mauricio Encalada Parrales. El 30 de septiembre de 2013, a las 15h39, en la judicatura antes referida, se desarrolló la audiencia oral de vinculación, en la que la Fiscal de Pichincha, doctora Paola Gallardo, solicitó la vinculación del señor Juan Carlos Arias Casco, imputándole la comisión del presunto delito de odio, por ser el Comandante del Pelotón y era el superior a quien se reportaba el Teniente Encalada y quien conocía lo que sucedía en la Base Pucará; en consecuencia, supo de los tratos denigrantes y discriminatorios que sufrió Michael Arce, que le obligaron a solicitar su baja de la Institución Militar. 3.2.- En la audiencia preparatoria de juicio y sustentación del dictamen fiscal, de 18 de noviembre de 2013, el abogado defensor del procesado, consideró que este proceso se dio inicio por un informe presentado en la Defensoría del Pueblo, que tiene vicios de procedibilidad y procedimiento y no puede servir de base para la iniciación de este proceso en contra de su defendido, ya que no se ha identificado con claridad el delito que se investiga, al tratarse de un supuesto delito de odio, la Defensoría del Pueblo, no tenía por qué investigar nada y excusarse ante el Fiscal para que se inicie una indagación, no se identificó quienes son las personas que declaran en favor o en contra, no están acompañados de un defensor, ni está presente la otra parte para impugnar. La defensa del procesado Juan Carlos Arias Casco, indicó que no tiene nada que alegar. Por otro lado el abogado Juan Pablo Albán Alencastro, señala que no es el escenario en que se pueda hacer la impugnación de un acto administrativo, el informe Defensorial es simplemente una noticia criminis, que es Fiscalía la que realizó la investigación correspondiente. Fiscalía General del Estado, en cuanto a requisitos de competencia, procedibilidad, procedimiento y requisitos prejudiciales nada alegó, la Defensoría del Pueblo cumpliendo con sus funciones realizó una investigación donde existen muchos documentos, y una noticia criminis que tenía que investigarse, por lo que se inició una indagación. El Juez A quo, declaró la validez del proceso. La doctora Gina Gómez De la Torre, Fiscal de Pichincha, emitió dictamen acusatorio en contra del Teniente Fernando Mauricio Encalada Parrales y dictamen abstentivo a favor del Capitán Juan Carlos Arias Casco, y solicitó se mantenga en contra del primero de los nombrados, la prisión preventiva. El doctor Franz Valverde Gutiérrez, en calidad de Juez Sexto de Garantías Penales de Pichincha, dictó auto de llamamiento a juicio, en contra del procesado Fernando Mauricio Encalada Parrales, por el presunto delito tipificado y sancionado en el artículo 212 innumerado segundo del Código Penal, en concordancia con el artículo 42 ibídem, ratificando la medida cautelar que pesa en su contra. En cuanto al otro procesado, Juan Carlos Arias Casco, remite el proceso al señor Fiscal Provincial a fin de que se pronuncie sobre el mismo. Sorteada la causa, recae su conocimiento en el Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha, quien efectúa la audiencia de juzgamiento el 18 de diciembre de 2013, a las 08h34, resolviendo ratificar el estado de inocencia del ciudadano Fernando Mauricio Encalada Parrales. Inconforme con esta sentencia el acusador particular Michael Andrés Arce Méndez y la doctora Gina Gómez De la Torre, Fiscal de Pichincha, interponen recursos de nulidad y apelación. CUARTO.- RECURSOS DE NULIDAD.- Mediante autos de 12 de octubre de 2015, las 11h51, y de 5 de noviembre de 2015, las 09h40, respectivamente, este Tribunal de Alzada, de conformidad con el Art. 326 del Código de Procedimiento Penal, aplicable al caso, aceptó los desistimientos a los recursos de nulidad presentados por la Dra. Gina Gómez de la Torre, Fiscal de Pichincha, y el acusador particular Michael Andrés Arce Méndez, por no contravenir a disposiciones constitucionales, ni legales. QUINTO.- AUDIENCIA ORAL, PÚBLICA Y

CONTRADICTORIA EN RELACIÓN AL RECURSO DE APELACIÓN 5.1.- APELACIÓN ACUSACIÓN PARTICULAR.- Fundamenta el recurso de apelación por parte de la acusación particular el señor Michael Arce Méndez, a través del doctor Juan Pablo Albán Alencastro, quien manifiesta: “que presentó el recurso de apelación en su momento en contra de la sentencia pronunciada el jueves 27 de marzo del año 2014 a las 11h14, por el Séptimo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, la razón por la cual se dedujo este recurso de apelación es porque en el contexto de la sentencia si bien hay una argumentación extensa, la misma no cumple con un principio elemental que es la garantía del debido proceso y que ha sido esto observado por la propia Corte Nacional de Justicia, al emitir su decisión, de hecho una de las razones centrales por la cual la Corte Nacional de Justicia al resolver los recursos de Casación interpuestos por la Fiscalía y por esta acusación, decidió declarar una nulidad Constitucional, lo que ha motivado que se desista de la nulidad en esta instancia, es precisamente la violación del principio antes referido y al que se refiere la Corte Nacional es el principio de congruencia y la necesaria correlación que debe existir entre la prueba, la acusación que se formuló y la decisión que se emite, y en la especie el Séptimo Tribunal de Garantías Penales, al valorar la prueba omitió, hizo un examen de varios de los planteamientos formulados por esta acusación, omitió analizar la prueba apuntada en el curso de la audiencia que evidenciaba la existencia de actos constitutivos del delito de odio, no se explica cómo se llega a la conclusión razonable, es importante un recuento fáctico mínimo; Michael Arce Méndez ingresó en el 2011 a la Escuela Superior Militar, empezó como parte de un grupo de 1.200 aspirantes con uno de los puntajes más altos, Michael Arce, pretendía como proyecto de vida convertirse en el primer General negro del Ejército Ecuatoriano; una vez que había ingresado como todos los demás cadetes debía cumplir con una fase de entrenamiento intensivo durante los primeros meses dentro de una instalación en la misma Escuela Superior Militar que se conoce como la Base Pucará y mientras estuvo en esa instalación Michael Arce fue objeto de una serie de actos de hostigamiento y violencia psicológica y física en su contra, constitutivos de delito de odio porque la motivación de estos actos de violencia psicológica y física eran en estricto sentido su origen racial, todo esto condimentado con una serie de alusiones a su supuesta incapacidad para la vida militar; se estaba entonces transmitiendo como se hace en cualquier delito odio un mensaje de intolerancia que no se dirigía contra Michael Arce sino contra los afroecuatorianos, era contra Michael Arce por ser afroecuatoriano y por eso es que hay un dolor emocional y un dolor psicológico muy serio, las víctimas de este tipo de delitos obviamente experimentan ansiedad, ira, miedo, entre otros sentimientos, informe psicológico de la propia Escuela Superior Militar, que por cierto luego fueron adulterados, lo que se denunció frente al Tribunal Séptimo de Garantías Penales, para que se disponga lo pertinente y se oficiara a la Fiscalía para que se inicie una investigación, lo que no se hizo tampoco, evidencian esos sentimientos de ira y ansiedad de miedo, de vulnerabilidad, una depresión más allá de daños físicos, porque también se acreditó ante el Tribunal una fractura de nariz, un dislocamiento de hombro, nada de eso pasó en la ESMIL, nunca jamás el acusado tuvo conducta alguna que pudiera considerarse constitutiva de un delito de odio, es más cuando algunos de los hechos ocurrieron y hoy seguro lo escucharemos de nuevo, no se encontraba en la ESMIL, tenía una licencia, ya que habían fallecido familiares, pero su licencia fue por el lapso de una semana y este tratamiento se extendió por el lapso de más de dos meses por parte del oficial instructor a cargo de ese pelotón al que pertenecía Michael Arce, y él directamente es quien hostigaba a Michael Arce, y provocaba que sus compañeros también lo hostiguen; este

hecho no solamente es constitutivo de un delito en el caso ecuatoriano sino que además constituye una violación de Derechos Humanos, y no cualquier violación, una grave violación de derechos humanos porque la prohibición de la discriminación en el derecho internacional ha alcanzado a la fecha el estatus de norma imperativa del derecho internacional, es una norma *ius cogens*. La propia Constitución de la República en el artículo 11 numeral 2, expresamente se refiere a la prohibición de discriminación, el trato igual en circunstancias aunque sean distintas, inclusive que sean promoviendo medidas de discriminación positiva, está también consagrado en el artículo 66 *ibídem*, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 2, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 2, La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos en su artículo 1, La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial en su artículo 1, expresamente prohíben este tipo de conducta que discrimina, y esto no podemos perderlo de vista porque el Tribunal Séptimo de Garantías Penales en un ejercicio bastante inadecuado de análisis, como fue observado por la Corte Nacional, no solo el Tribunal Séptimo sino también a esta misma Corte Provincial de Justicia que ratificó la decisión del Tribunal Séptimo de Garantías Penales, lo que también fue observado en la sentencia de Casación; decía el Tribunal Séptimo, lo que hizo fue considerar que el núcleo de la conducta no era en sí discriminación sino los actos de violencia física, para el Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha, presidido por el doctor Luis Fuentes, si no había la sangre que había corrido como evidencia en la audiencia, no había el delito; está bien decirle a la gente “negra, vaga, perezosa, sucia, eres peor que las mujeres” y no lo estoy afirmando yo, de esto dieron cuenta innumerables testigos en una audiencia que duró casi dos semanas, con un General del Ejército Ecuatoriano, un General de Brigada, faltando a la verdad, juramentados por el Tribunal diciendo que él había suscrito un informe, que nunca suscribió, en el que desde luego se dice que nada pasó, también se pidió que se oficie a la Fiscalía para que se investigue la comisión de un posible delito de perjurio, tampoco se hizo nada, no se ha seguido entonces las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba, se ha partido de meras especulaciones, no se ha analizado la prueba en su conjunto, se ha dejado de pronunciar el Tribunal en relación con varios de los planteamientos formulados por nosotros empezando por el del tipo penal que invocamos nosotros que no es exactamente el mismo tipo penal que invocó fiscalía, empezando por ahí y podía desecharlo pero tenía que decirlo, porque no basta simplemente hacerse de la vista ciega y no pronunciarse, las decisiones de los poderes públicos, particularmente del poder judicial, dice el artículo 76 de la Constitución de la República, deben ser motivadas sus sentencias, si a esto sumamos que el estándar de análisis probatorio en casos que involucran delitos de discriminación racial, ya ha sido fijado por la Corte Constitucional del Ecuador en decisión número 136-14-ECEP-CCE caso MINA, sentencia de 17 de septiembre de 2014, el Tribunal de Garantías Penales, no se ajustó ni siquiera por aproximación a ese estándar de análisis que implica un análisis sobre todo del entorno sociológico, tomando en cuenta la naturaleza, la idiosincrasia de estas estructuras verticales como las Fuerzas Armadas, y el Dr. Ochoa, ya empezó alegar antes de que le tocara su turno manifestando que se trata de descalificar a las Fuerzas Armadas, en el curso de los últimos días y como ciudadanos lo han visto y lo saben, yo he sido señalado básicamente como enemigo de las Fuerzas Armadas, por llevar a algunos oficiales a otros procesos, proceso en el cual hubo el mismo ejercicio desde hace tiempo por parte de la defensa del acusado, se aclaró que este no es un juicio contra las Fuerzas Armadas, el presente juicio se inició en contra de un oficial que es aquí un ciudadano ecuatoriano que

incurrió en una serie de conductas que constituyen delito de odio, ese es el juicio que nos ocupa, más allá de los planteamientos hechos hasta el momento, es necesario tomar en cuenta que el Estado ecuatoriano ha sido observado a partir de la década de los ochentas en reiteradas ocasiones por parte de los organismos de supervisión de las Naciones Unidas en el ámbito de la discriminación racial, precisamente por no haber judicializado los casos de delitos de odio, y pese a tener vigente un tipo penal desde el mes de febrero de 1979, jamás se aplicó la figura, y creo que el caso Mina, al que se hizo alusión hace un momento de la Corte Constitucional del Ecuador da cuenta de ese hecho, la última de esas observaciones es una observación del año 2012, estamos próximos a presentar ese reporte otra vez, y yo no espero que ustedes directamente le condenen al señor Encalada, ustedes tienen es la obligación de hacer un análisis, pero es un análisis que debe seguir estas pautas mínimas que la Corte Nacional de Justicia ha identificado, tomando en cuenta las siguientes normas internacionales, página 21 de la sentencia de la Corte Nacional de Justicia, Convención Internacional sobre la eliminación de todas la formas de discriminación, Convención para la prevención y sanción de delitos, Convención sobre represión y castigo de crimen de Apartheid, Convención contra la tortura y otros tratos, y penas crueles, inhumanos y degradantes, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sigue página 22, página 23; el estándar de la Corte Constitucional transcrito en la misma sentencia de la Corte Nacional, nosotros lo que estamos pidiendo, debo reconocer y la verdad con todo el debido respeto me siento en indefensión, pero lo que les estamos pidiendo es que hagan un análisis probatorio adecuado y si luego de ese análisis probatorio adecuado, siguiendo estas pautas mínimas se llega a la conclusión de que Encalada es inocente, como en este momento lo es, hasta que se declare su responsabilidad o ratifiquen su estado de inocencia; desde nuestra perspectiva la prueba aportada ante el Tribunal de Garantías Penales evidencia de manera abrumadora la existencia del delito y nosotros estamos además ya resignados y he denunciado públicamente acudir a instancias internacionales del reclamo, porque consideramos que Michael Arce ha sido discriminado, truncada su carrera, truncada su vida como él había proyectado, claro ahora está estudiando otra cosa, ya no tiene la edad para ingresar a las Fuerzas Armadas, no es cualquier cosa lo que ocurrió, lo que ocurrió es que se le dijo a los afroecuatorianos, ustedes sirven para tropa, pero no valen para oficiales y eso es un acto de discriminación constitutivo del delito de odio. Hay un informe de la Defensoría del Pueblo que confirma los actos de discriminación dentro de la Escuela Superior Militar del Ejército, informe que se incorporó como prueba documental pero también se incorporó como manda el procedimiento penal ecuatoriano, como mandaba para la época de los hechos y ahora también lo hace a través del testimonio de los investigadores de la Defensoría del Pueblo, este informe concluye de hecho que este es un problema estructural que no se limita a la situación de Michael Arce y el informe formuló una serie de recomendaciones a la Escuela Superior Militar que desde luego hasta la fecha no se han cumplido, esta prueba no fue tomada en cuenta, no se tomó en cuenta los testimonios de las siguientes personas: Carla Gabriela Patiño, Jacqueline Cáceres, Edith Anabel Ortega, y Wilson Vicente Guaran, justamente los investigadores que condujeron el proceso de verificación que terminó en este informe de Defensoría, no se tomó en cuenta los peritajes practicados por el señor Gino Grondona y por el señor John Antón Sánchez expertos en atención de grupos vulnerables frente a temas de racismo; el uno es sociólogo y el otro antropólogo con una visión particular sobre como el fenómeno de la discriminación opera en instituciones totales como las Fuerza Armadas y la Policía, y la descalificación que en su momento la defensa de la parte

acusada hizo estas declaraciones, tenían que ver con la nacionalidad de los peritos Grondona, chileno y Antón, colombiano, sin embargo el Tribunal, de hecho, no hace análisis de esta prueba, no la examina, no la toma en cuenta, la Corte Nacional de Justicia en su sentencia de Casación de manera expresa ha indicado que esa prueba sí debía ser valorada, no está diciendo si es conclusiva o no, lo que nos está diciendo es que debía haber sido valorada y no se tomó en cuenta, tampoco se tomó en cuenta las evaluaciones psicológicas en la que se mencionó la inestabilidad emocional generada a Michael Arce como resultado de los actos de discriminación en su contra, por ejemplo el peritaje practicado por la psicóloga de la Fiscalía General del Estado, doctora Babarita Miranda, quien además se presentó en la audiencia a explicar las conclusiones de su informe, tampoco se analizó la evaluación psicológica respecto al síndrome de estrés postraumático que hasta el momento experimenta Michael Arce, practicado por la doctora Mónica Sofía Ortega, también perito de la Fiscalía General del Estado, no se tomó en cuenta las declaraciones de varios de los cadetes, hoy seguramente ya oficiales, compañeros de Michael Arce, que dieron cuenta sin querer, porque claramente eran testigos preparados además, pero sin querer dieron cuenta de que la conducta discriminatoria, de hecho ya no era un simple bullying, se había convertido en un móvil se había difundido al grupo con el que convivía Michael Arce, convivía día y noche, ellos son los que dieron cuenta de las constantes alusiones a su condición de incapacidad para la vida militar, “perezoso, vago, menos que las mujeres” de manera reiterativa escuchamos esto, el Tribunal no lo tomó en cuenta, tampoco tomó en cuenta las contradicciones existentes respecto de los cadetes brigadieres que reclamaron en la audiencia de juicio, que decían que sí había una relación de castigados y que Arce constantemente estaba en ella, otros decían que no había relación de castigados, unos decían sí había que hacerle firmar el reconocimiento de que ha conestado en la relación de castigados, otros decían que no había que hacerle firmar, había contradicciones respecto de los resultados de ciertas prácticas militares en las que señalan nuevamente la incapacidad de Arce para una práctica respecto de lanzamiento de explosivos generando un incendio supuestamente en la Escuela Superior Militar, la incapacidad de Arce para salir de una piscina, cómo es que fue admitido como aspirante a la Escuela Superior Militar, entre 1200 personas, si no sabe nadar, cómo fue? Nada de esto ha sido tomado en cuenta, porque no les quiero cansar y quiero que sea tomado en cuenta eso es lo que yo pido nada más, es lo que le pedimos en su momento también a la Corte Provincial en la apelación anterior, sin análisis y violando el principio de congruencia y es lo que le pedimos finalmente que examine a la Corte Nacional de Justicia, la violación de normas relativas a la valoración de la prueba que se concluyó que habían nulidades y aquí estamos de nuevo”. A la aclaración solicitada, respecto a la prueba que ha hecho referencia, ésta prueba fue incorporada, introducida en la audiencia de Juicio?, sí fue valorada o no fue valorada, o habiendo sido valorada el Tribunal considero que no servía para probar la teoría del caso de la acusación?. Responde: “Si se tratara de que el Tribunal analizó la prueba y motivadamente nos dijo esta prueba, no prueba nada, no nos sirve a los efectos que se ha acusado, es un escenario de que nosotros en realidad no podemos formular un reclamo, ahí no cabía la apelación porque no es una cuestión simplemente de insatisfacción, el problema radica justamente en el hecho de que esta prueba no fue valorada, ni para aceptarla ni tampoco para descartarla, ahí radica el problema, en la sentencia si hay una mención a la investigación pero es una mención como, bueno si y también se ha hecho una investigación Defensorial esencialmente que a nosotros no nos interesa pero para decir esto tenía que explicarse por qué no tiene valor la investigación Defensorial, la Ley Orgánica de

la Defensoría del Pueblo y el Reglamento de quejas de manera explícita establecen que la intención de la Defensoría del Pueblo en la investigación Defensorial de hecho, si da como antecedente para poder entablar las acciones judiciales correspondientes, entonces no podía descartarse sin un análisis, ese es justamente la materia del formulamiento de la apelación.

5.2.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN POR PARTE DE FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. Doctora Gina Gómez de la Torre, Fiscal de Pichincha, dice: Comenzaré con una frase que dice “El racismo es un ismo al que todos en el mundo de hoy está expuesto, a favor o en contra hay que tomar partido. Y la historia del futuro será diferente según la decisión que tomemos”, Ruth Bennedict. No voy a ahondar en la teoría al caso, ha explicado bastante bien el doctor Juan Pablo Albán sobre lo que pasó con Michael Arce, lo que la Fiscalía si probó y que no se tomó en cuenta en la sentencia del Tribunal Séptimo es el Trámite Defensorial Q17000554708 que consta a fojas 119 del expediente que la Fiscalía presentó como prueba y que el doctor Albán en la acusación particular también la presentó como prueba, que inicia con una queja presentada a mano por la señora Lilia Méndez, firmada por Michael Arce y por qué la presenta ella a mano, porque el señor Michael Arce no podía firmar, estaba engarrotado sus dedos, en el testimonio indica porque estaban lastimadas sus manos días después de que sale de la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro, y obviamente ella escribió como pudo hacerlo con la historia que estaba confusa y de eso se vale muchas veces la defensa, en decir que había estado en una fosa de lodo, se llamaba fosa la famosa piscina de agua fría en la que le tenían a Michael Arce, cuando ella va a la Defensoría del Pueblo, presenta su queja, la Defensoría del Pueblo se dirige a la Escuela Militar Eloy Alfaro donde hace una investigación llevando a varios de los investigadores que fueron impedidos de entrar por parte del Director de la Escuela Militar, y luego les permitieron hacer las entrevistas, entrevistas que tuvieron una metodología que fue expresada dentro de la audiencia y entrevistas que están agregadas en el informe que fue prueba, entrevistas en las que en ese momento sin que den sus nombres los cadetes se expresaban señalando cosas como: que en el caso del cadete Michael Arce, a quien se le tornó difícil la estadía, no solo por la rigurosa formación militar sino por el asedio del Teniente Fernando Encalada que fue el Instructor del Pelotón Tercero de los 15 cadetes, “dos manifestaron que hubo odio, animadversión, acoso, ojeriza por parte del mencionado instructor hacia el cadete indicado, los castigos impuestos a él eran especiales y con dedicatoria, le hacía comer a parte del pelotón y de todos los cadetes pues le obligó que coma en el patio, a mí me da mucha pena verlo al Arce decían algunos”, así los investigadores van señalando uno a uno las entrevistas que tuvieron, son muy crudas, dolorosas, le señalaban que tenía que boxear contra mujeres y que golpeaba como una mujer, que tenía que comer en el piso, que le hacían 20 barras antes de comer, y como ya no alcanzaba a comer le daban 30 segundos para comer, tenía que salir a la media noche, eso dice el informe, eso dicen los cadetes, porque los cadetes en ese momento no daban su nombre, porque una institución militar, hay órdenes, hay jerarquías y hay castigos a quien se vayan en contra de lo que tienen que hacer y de lo que tienen que decir, están agregadas las entrevistas que han realizado todos los señores de la Defensoría del Pueblo, entrevistas que realiza Consuelo Cano, donde le decían constantemente refiriéndose a él, como “negro vago, hediondo”, incluso le llamaron hijo de “P”, le gritaron para que se largue y digan que poco antes de que se vea obligado a pedir la baja voluntaria que llaman ellos, el Teniente Encalada le encontró con algo de comer prohibido, dulces con eso también buscaban castigarlo y lograron castigarlo y le insultaban y al grupo le obligaban a castigarlo, es contundente; y esto fue ratificado luego en el testimonio de

tres de ellos, porque el señor Juez, penosamente dijo que tenía poco tiempo para seguir escuchando a todos los testigos y exactamente presentó los tres testigos que indicó el doctor Albán y ahí las entrevistas están muy claras dentro del informe existente, a esto añadimos que la señora Carla Gabriela Patiño, Directora Nacional en ese tiempo, quien fue la que ordenó esta investigación emitió su testimonio sobre la metodología, sobre la forma en que se hizo esta investigación dentro de la Escuela Militar Eloy Alfaro, pero sobre todo es importante saber que esta prueba debía ser valorada, debía ser tomada en cuenta porque la Defensoría del Pueblo no es cualquier institución del aire, la Defensoría del Pueblo está constando en la Constitución y la sentencia de la Corte Nacional establece dónde, cuándo y qué funciones cumple la Defensoría del Pueblo esencialmente su función es investigar cuando se da este tipo de hechos en el que se conculcan derechos fundamentales, y las conclusiones a las que llego, es que se había conculcado derechos fundamentales por parte del Teniente Encalada hacia Michael Arce, eso fue muy claro en el Informe Defensorial, aceptaron la queja, declararon que el señor Teniente Fernando Mauricio Encalada vulneró el derecho a la integridad personal, el derecho a la igualdad constitutivo del delito de odio cuando se afecta a un derecho en este delito, y se conculcó el derecho a la igualdad y no discriminación racial y el derecho a la educación que constitucionalmente le son reconocidos al señor Michael Arce Méndez, es la conclusión a la que llego, y si bien es cierto esto fue apelado, eso no quita que haya existido la investigación, eso no quita que haya dado todos estos elementos la Defensoría del Pueblo y no es una institución al aire, a no ser que se considere que es una institución que se creó del aire, y que solo otras instituciones tienen que ser validadas, esa es la primera prueba. La segunda prueba que no se toma en cuenta son los certificado médicos que se hacen a Michael Arce en una clínica particular en que se demuestra que había sido rota su nariz y de los daños que tenían en sus brazos que se le agregó al mismo informe y este certificado fue emitido por el Punto Médico Familiar, aclarando que dicho médico no rindió su testimonio; sin embargo, se hizo un reconocimiento médico legal que ya les voy a indicar, por parte de la perito médico legista de Fiscalía en donde estableció una fractura antigua que tenía relación con la que se había indicado puesto que, Michael Arce ingresó sin fracturas, sin ningún tipo de daño a la Escuela Militar Eloy Alfaro y el examen médico fue tres días después, por eso es que nosotros tuvimos que hacerle un Rayo X, se tuvo que hacer un reconocimiento médico legal y a través del Rayo X se estableció la fractura antigua. Cuando sale de la Escuela Militar Eloy Alfaro aparece un certificado médico del Director Médico de la Escuela, en el que afirma que está perfectamente bien, cuando viene a dar el testimonio el Director Médico de la Escuela, señala que él no le hizo ningún chequeo a Michael Arce, que lo hizo el otro médico, perfecto, llamamos a Franklin Castillo que era el otro médico que debía haberle hecho el reconocimiento, qué dijo el Doctor Franklin Castillo en el testimonio?, que él tampoco le había valorado a Michael Arce, entonces quién lo valoró?, que era una tercera doctora que también estaba ahí dándole fe, pero resulta que cuando agregamos todos los actos, todos los documentos en los que indican quienes estaban presentes ese día, esta doctora no estuvo presente, tampoco estuvo presente la doctora, quién le valoró a Michael Arce, es de oír los tres testimonios, ninguno había valorado a Michael Arce, pero todos firmaron, todo se cumplió como debía hacerse formalmente y eso fue el testimonio dentro de la audiencia, no se valoró, no se tomó en cuenta. La prueba número tres, el famoso informe de la cadete Pallo, la cadete Bertha Pallo emite un informe que envía a la Defensoría del Pueblo diciendo que Michael Arce casi incendia el bosque, que gracias a que no podía lanzar la bomba molotov se incendió el

bosque, testimonio que rindió también ella, a ella le correspondía y vio ese incendio?, no le correspondía, era otra persona, pero casualmente ese día la cambiaron, pero la fiscalía cuando oyó de esta situación, hizo una inspección al lugar de los hechos, un reconocimiento a donde se daban estos ejercicios, y cuando estuvimos en el lugar donde se hacían estos ejercicios de lanzamiento de la famosa bomba molotov a este aparato que corría por ahí, el perito que nos acompañaba recogió cerca de dos muestras de las varias muestras que había de las bombas molotov, es decir, solo Michael Arce había incendiado el bosque, las otras bombas que ahí existían dentro del bosque no eran registradas en ningún informe porque habían presentado todos los informes que tenían en la Escuela Militar, pero ese evento no se había registrado, esas bombas no incendian, esas bombas no quemaban, solo las que tenía Michael Arce, y eso se puede oír en la audiencia, pero eso no constó en la sentencia en absoluto. Cuarta prueba que no se valoró: Juan Francisco Romero Toro, Carla Jacqueline Calapi Mena, Antonio Muñoz Guerra, Richard Cevallos, cadetes, toditos en su testimonio que pueden ver a fs. 886, 876, 817 y en la 819 vuelta señalaron que Michael Arce era sucio, no se quitaba el pixelado, no se bañaba después de los ejercicios y la pregunta que le hacía la Fiscalía en la audiencia es: ¿Usted le castigó?, Claro le castigamos; y ¿Dónde anotó?, entregamos al superior para que sea colocado en la relación de castigados; esto porque Michael Arce era vago, porque ya no quería hacer nada y no quería trotar. Y ¿Usted le castigó?, si le castigue; ¿siempre le castigaban?, sí; ¿y donde anotaba?, en la relación de castigados. Cuando se presenta el testigo Cevallos con la única relación de castigados que agregamos también como prueba documental donde está la relación de castigados, donde ponen: porque no se ha amarrado los cordones, porque no hizo con espíritu militar, está ahí la relación de castigados agregada al expediente, y sorpresa, el señor Cevallos en su testimonio no podía indicarme en que parte estaba el nombre del señor Michael Arce, tan vago, tan malo, tan sucio, ¡tan! ¡tan!. No consta, no aparece; se agregó el reglamento sustitutivo al Reglamento de Disciplina Militar, dado por Orden General Ministerial en la que da la obligatoriedad de que cada castigo tiene que ser anotado y aceptado por el cadete, sea falta leve, sea falta grave, como vemos que ha cometido cantidad de faltas, porque hasta en el Facebook le ponen que ha sido malo, re malo, pero no hay, ¡qué cosa no!, coincidencia o destino suelen decir, inclusive el testimonio del General Gustavo Vicente Cabrera, Director de la Escuela, que decía, es obligación llevar la relación de castigados, que es un procedimiento que hay que cumplirlo, en las faltas de tipo leve hay un proceso y un debido proceso y el cadete tiene que aceptarlas, nunca le hicieron aceptar ningún castigo, aceptaba el castigo porque le tocaba hacer, que le pongan a media noche agua fría y que vaya hacer guardia 3, 4, 5 noches hasta que ya no resista, y sin comer, qué esperaba por orden de quién?, todos señalan al Teniente Encalada, la relación de castigados la podemos ver a fojas 468 a 480, ahí está y no vamos a encontrar el nombre de Michael Arce. Siguiendo prueba: La violencia psicológica, y esta prueba es esencial, se agregó al trámite Defensorial las calificaciones del cuarto pelotón suscrito por el Teniente Mauricio Encalada y también por el capitán de Infantería Juan Carlos Arias Castro, el cadete Michael Arce Méndez, sobre veinte que es el único que sacó sobre veinte la nota de menos ciento tres puntos, sobre veinte; menos ciento tres puntos y quién firma?, firma el Teniente Encalada, qué coincidencia, y esta prueba no se valoró y si fue agregada. Siguiendo prueba, los peritos psicólogos, ya no me avisó el doctor Albán, cambiaron el informe y en el informe mencionaron que hubo tres personas que estuvieron exigiéndole mayor desempeño y desenvolvimiento, ellos son: Encalada, Cevallos y Gabela, ese informe fue cambiado para que no aparezca el nombre de Encalada. Sexta prueba,

no se toma en cuenta el testimonio de Mónica Sofía Ortega, quien señala el grave daño psicológico que le hicieron a Michael Arce, que era el único momento que sacó todo lo que tenía dentro, de lo que habían hecho con él. Séptima prueba y sin querer cansar, la Fiscalía sabía porque había visto el manual para investigación de delitos de odio que tenía que hacer una experticia sociológica, experticia sociológica de la que tuvimos que recurrir porque el Consejo de la Judicatura no tiene expertos sociólogos, tuvimos que recurrir a John Antón, profesor de la Universidad de Altos Estudios Nacionales, un experto en esto, incluso sus escritos son nombrados dentro del fallo de la Corte Constitucional, el aspecto sociológico es importante porque hacia dónde íbamos a demostrar que era un grupo humano al que se le va a negar la opción de ingresar a una Escuela Superior Militar, y que gracias a toda esta actividad, todas estas acciones y conductas del Teniente Encalada iban dirigidas a Michael Arce por ser afroecuatoriano no por ser Michael Arce y tomen en cuenta algo, era el primer afroecuatoriano que ha logrado ingresar a una Escuela por vía beca, me dirán y eso siempre estoy repitiendo y quienes conozcan la Escuela Militar sí hay afros, en tropa, sí hay afros capitanes, sí en servicios, pero donde están las decisiones y el poder y otras cosas más, no hemos visto afros, no hay afros; sociológicamente también hay que establecer que son entidades donde se da las directrices desde arriba, donde tienen que cumplir esas directrices, donde no van admitir, por lo que vemos afroecuatorianos, porque admiten están aquí inclusive haitianos los que los señores investigadores supieron que les llamaban “los paquetes” y cuando se le pregunto al General Cabrera que es un paquete?, es un estorbo dijo, en efecto John Antón estableció como funcionaba el delito de odio especialmente en lo referente a como la negritud se manifiesta y como la negritud pasa a ser parte del enemigo, del odiado, por parte de este tipo de formaciones y de Escuelas Militares, pero llega Grondona hace mucho más, nos incluye que el estereotipo y el prejuicio que se cumplía en todos los testimonios de los testigos que el estereotipo negro, ¿Cuáles son los prejuicios? : Vago, sucio, futbolista, ladrón y pobre, de esos estereotipos, de esos prejuicios fueron repetidos constantemente por todos los cadetes que estaban bajo la orden del Teniente Encalada. Son estas las pruebas que ha presentado la Fiscalía hasta el momento, también en lo referente, ya lo ha desarrollado con bastante precisión el doctor Albán tiene que transversalizarse los derechos humanos porque este no es un delito común, si fuera un delito común nuevamente volveríamos a que tenga que probarse si le golpeó, no le golpeó, si hubo violencia psicológica o no hubo violencia psicológica, fue un delito contra derechos, derecho a la igualdad y la no discriminación y por lo tanto la Corte Nacional nos ha dicho cuáles son los instrumentos internacionales que debemos transversalizar, lo que no significa enunciar, sino aplicar, nombrar, poner, hacerlo nuestro conforme al 424, 428 de la Constitución, son parte de nuestra legislación, y al ser parte de nuestra legislación tenemos que de manera inmediata y directa aplicar el derecho y ahí que no podemos estar como hacía el señor Juez en las preguntas, le pegó o no le pegó?, no es por ahí el asunto, hay un evidente delito de odio porque el mensaje que se está enviando al grupo humano afro, es: tú no puedes ser oficial de línea, tú no puedes participar y qué derechos estamos conculcando con eso?. Por todo lo expuesto y con estos lineamientos, que están señalados en la sentencia a la Corte Constitucional y en la sentencia de la Corte Nacional, solicito que se admita el recurso de apelación y que se dicte sentencia condenatoria en contra del Teniente Mauricio Encalada Parrales por haber incurrido en el delito de odio racial”. 5.3.- RÉPLICA DE LA DEFENSA: Teniente Fernando Mauricio Encalada Parrales, por intermedio del doctor Caupolican Ochoa Neira, manifiesta: “Yo quisiera comenzar

la intervención, recordándole a usted y a las personas que escuchan esta intervención que en el derecho ecuatoriano, en la sociedad ecuatoriana, rige lo que los penalistas, los estudiosos del derecho llamamos el derecho penal del acto. La Constitución de nuestra República es absolutamente clara cuando dice lo que es punible en nuestro ordenamiento jurídico, son los actos de las personas, no las suposiciones, no las especulaciones, no las inventivas, lo que persigue el derecho penal son los actos de las personas que han infringido la Ley, actos que tienen que estar tipificados como delitos en el ordenamiento penal y hago esta reflexión porque es importante que relacionemos este precepto constitucional que es fundamental por el tipo penal que se le ha atribuido a mi defendido y que para mejor ubicarnos usted me va a permitir que recuerde de manera sucinta para que no perdamos de vista de lo que estamos hablando, y no nos dejemos llevar por conjeturas, por afirmaciones que no tienen ningún respaldo en el proceso por meras suposiciones reitero, hasta por inventivas que conspiran contra la verdad. será sancionado con prisión de 6 meses a 2 años, el que cometiere, vuelve a decir la Ley, actos de violencia moral y física de odio y de desprecio contra una persona o más personas en razón de color de su piel, de su raza, de su religión, etc. Lo que debía haber probado la Fiscalía y la acusación particular en la audiencia de juicio y no en ningún otro lugar, son actos cometidos por el señor Teniente Mauricio Encalada Parrales, actos que tengan relación con el tipo penal actual referido y no meras suposiciones, no meras elucubraciones, ni siquiera los actos cometidos por otras personas, ni siquiera los eventuales prejuicios que podían existir en la institución militar, ni siquiera las actitudes peyorativas del prejuicio racial que podrían darse en la sociedad, pueden ser atribuidas al Teniente Encalada, porque lo que se trata de juzgar en esta diligencia y lo que se juzgó en esta audiencia de juicio y lo que ha de ser objeto de este debate son los actos cometidos por él, yo he de rogar de la forma más respetuosa a los señores Jueces Provinciales que tengan la bondad de escuchar el audio de la audiencia de juicio, para que ustedes corroboren si estoy diciendo la verdad o si estoy faltando a ella y ustedes tendrán la bondad de decirme cuando dicten la resolución pertinente, si en la prueba aportada por la Fiscalía o por la acusación particular, que dicho sea de paso que la acusación particular fue absolutamente mínima, un solo testigo; si en la prueba aportada no hay un solo acto del Teniente Encalada que pueda llevarnos a la conclusión de que el cometió un delito de los tipificados en el artículo 212 del viejo Código Penal, un solo acto del Teniente Encalada, aquí se han dicho algunas mentiras y hay que decir aquello con toda frontalidad, porque de lo que se trata es de encontrar la verdad no de contarles una novela, se ha dicho por ejemplo que el señor Arce a quien le guardamos profundo respeto por su condición humana, y también por su condición de ser descendiente afroecuatoriano, no tenemos ningún prejuicio contra él, al contrario mucho respeto y mucha consideración, se ha dicho que él no podía asistir a escribir con su puño y letra la solicitud a la Defensoría del Pueblo, para que se investiguen las circunstancias por las cuales él salió de la Escuela Militar, porque tenía las manos estropeadas, inutilizadas, quizás se quiere decir que como producto también de algunas actividades desarrolladas cuando él tenía la condición de cadete en la Escuela Militar, y se ha querido también sugerir que esas agresiones podían ser atribuibles, se ha querido suponer, sugerir, atribuibles a los actos del Teniente Encalada, sin probar aquello de ninguna manera; he de recordarle a usted señor Presidente, que en la audiencia de juicio fue judicializada esta carta escrita con puño y letra por el señor cadete Michael Arce, quien no me puede dejar mentir, porque se encuentra aquí junto a mí, una carta escrita con su puño y letra, en donde manifiesta de manera absolutamente explícita su deseo de separarse de la

institución militar advirtiéndole que no lo hacía por presión de ninguna naturaleza, que no lo hacía como consecuencia de maltrato alguno, que no había sentido discriminación de ningún modo durante su permanencia en la Escuela Militar, sino simple y llanamente porque ese era su voluntad y porque creía que esa no era su visión de futuro, que no tenía condiciones para continuar en la Escuela Militar, porque su proyecto de vida era otro, creía que podía ser más eficiente en otras actividades y no como cadete de la institución militar, la petición la cual existe una y otra vez que es su deseo, su voluntad, su designio separarse de la institución, escrita por su puño y letra y destinada a sus superiores, los mismos que inclusive en varias oportunidades hablaron con él, le preguntaron cuáles eran las razones por las cuales quería separarse de la ESMIL, inclusive trataron de persuadirlo por lo menos en dos ocasiones para que desistiera de ese acto de abandonar sus estudios militares y le dieron una y otra oportunidad, inclusive le pusieron a sus disposición la ayuda de los psicólogos de la institución, para que superara cualquier dificultad que eventualmente pudiese tener en su acoplamiento a este nuevo estilo de vida y ciertamente también, porqué no decirlo, a los rigores, a las exigencias de la vida militar, y a pesar de ello el señor Arce en ejercicio de su discrecionalidad, de su autonomía de voluntad, en forma absolutamente libre, voluntaria y hasta entonces transparente, dice que quiere separarse porque simple y llanamente se da cuenta de que no se va a adaptar a la vida militar, que él tiene otros intereses, tiene otros objetivos en su vida, que no se siente a gusto con estas tareas, con esta profesión que eventualmente pensó que podría ser la suya y decide separarse de la instrucción militar, afirma él, que durante su permanencia en la Escuela Militar no recibió maltratos de ninguna naturaleza por parte, ni de los oficiales instructores, ni de los cadetes más antiguos de la institución, tanto él insiste, que firma esta certificación para efectos de los controles internos, etc., que tienen que realizarse como es de costumbre de una institución como la que él estaba abandonando, esto es lo que aparece dentro del juicio, aquí se ha dicho en reiteradas oportunidades que lo que ha hecho la Corte Nacional es casar la sentencia, porque considera que la valoración y la motivación de la sentencia de segunda instancia del Tribunal de apelación, no está de acuerdo con ciertos parámetros o estándares que tienen que ver con el juzgamiento de acciones que lesionan derechos humanos y que no se fundamentan en las Convenciones, en los Pactos, en los Acuerdos, en las Declaraciones de carácter internacional; así es señor Presidente, pero he de recordarle a usted que la advertencia que fue declarada por parte de la Corte Nacional mediante la impugnación del recurso de casación, no es la de Tribunal de Garantías Penales en donde está absolutamente explícita, descrita, analizada, valorada, detenidamente detallada la prueba que se realizó en la audiencia de juicio y es la sentencia de la Corte Provincial en este momento diríamos nosotros no existe en el mundo del derecho la razón de aquella declaratoria de nulidad, me preocupó ciertamente el texto de la sentencia dictada por la Corte Nacional porque encontré algo que a mi modo de ver le quita legitimidad, le quita autoridad moral, le quita autoridad académica a esa sentencia, porque encontré que muchos párrafos de la misma algunos, por lo menos de los más importantes, fueron copiados de un sitio en internet cuya dirección inclusive yo puedo dar para que pongamos nosotros atención y comprobar que sin comillas, sin comillas lamentablemente estos textos fueron copiados de una página de internet, lo cual se corrobora si se consulta el sitio electrónico que contiene las páginas 41, 42 y 43 del sitio electrónico, www.iidh.ed.cr/IIDH/media/2092 y que se refiere al Manual de Litigio sobre casos de racismo del 2008, que es una edición en PDF, lo que hace la Corte y no quiero calificar esta actitud, lo que hace es copiar estas exigencias tomados del

manual de litigación, en forma absolutamente textual sin poner las comillas pertinentes lo cual a mi modo de ver, me deja un amargo sinsabor, tratándose de una sentencia de Casación de nuestra Corte Nacional de Justicia; cuales son las pruebas que se dice que no han sido valoradas y vamos a ver que esto no es verdad si es que miramos con detenimiento la sentencia del Tribunal de Garantías Penales, en primer lugar se dice que no ha sido valorado adecuadamente el informe de la Defensoría del Pueblo, yo no estoy en contra del informe Defensorial, mucho menos de las actuaciones de la Defensoría del Pueblo, este informe Defensorial emitido por la Defensoría del Pueblo quiero insistir, sin que se señale en este informe, uno solo de los elementos probatorios de los cuales se sustenta, nosotros podemos estudiar ese informe Defensorial, analizado pormenorizadamente y llegaremos a la conclusión de que no hay uno solo de los elementos probatorios en los que se sustenta y ese informe fue presentado por la Fiscalía General del Estado pretendiéndose de que en base a ese informe se inicie este proceso penal en contra de mi defendido, pretendiéndose, y esto es lo arbitrario y lo que debemos comentar en esta diligencia, pretendiéndose de que ese solo informe así presentado constituye prueba suficiente, para eliminar o cuestionar la presunción de inocencia del Teniente Encalada y esto en nuestro ordenamiento jurídico penal no es así, para que la pretensión punitiva de la Fiscalía General de Estado con la pretensión de la acusación particular sea posible se tiene, y esto es importante resaltarlo, se tiene que respetar sin lugar a dudas las normas del debido proceso, esas normas que están previstas en la Carta Magna en el artículo 76 numerales 2 y 3, y que son conocidas como las normas del principio de legalidad procesal, esto es lo que se debía hacer, desvanecer el estado de inocencia del imputado, cómo se ha desvanecido el estado de inocencia del procesado?, con observancia dice la Constitución, propia de cada procedimiento, de los procedimientos que establece la Ley para cada uno de los casos en los cuales ha de aplicarse y el caso que nos ocupa, el procedimiento no es otro sino el del viejo Código Penal, que está establecido en el artículo 85, es decir que tenía que demostrarse la existencia material de la infracción del delito de odio, tenía que justificarse de manera absolutamente clara y expresa de tal suerte que el juzgador tenga la certeza de que efectivamente ese delito fue cometido, es decir tenía que justificarse esos actos que se dicen que fueron cometidos por el Teniente Encalada y que no llegan a justificarse jamás, en primer lugar tenía que justificarse y demostrarse la existencia material de la infracción que yo desafío en esta diligencia y en cualquier otra a la acusación particular y a la fiscalía para que nos demuestren uno solo de esos actos imputables a mi defendido que tengan relación con el tipo penal del artículo 212, que ustedes apreciarán reitero de que aquello no se ha justificado de ninguna manera por lo menos en la audiencia de juicio más allá de las palabras de las acusaciones de las novelas dichas para impresionar, se ha de justificar dice el artículo 85, la existencia material de la infracción, fundamentalmente y luego ha de demostrarse la responsabilidad penal del incoado, si esto no se da en el proceso no puede haber sentencia condenatoria, los jueces tienen que ratificar la inocencia del procesado porque no tienen la certeza de que esos actos imputados por más que se halle en un informe Defensorial o en cualquier otro instrumento por más respetable que sea, por más que se los haga, si no han sido probados no tienen valor y no pueden conspirar contra la presunción de inocencia. El artículo 79 del viejo Código de Procedimiento Penal también es absolutamente claro y tengo la sensación de que quizá al calor del debate nos olvidamos de su existencia, las pruebas dice la Ley, deben ser producidas en juicio ante los Tribunales de Garantías Penales correspondientes, las pruebas no pueden ser objeto de comentarios, no pueden ser objeto de narrativa, no

puede ser objeto de dramatización, no puede ser objeto de apreciaciones subjetivas, las pruebas para que tengan efecto en el proceso penal tienen que ser producidas en el juicio y ante los Tribunales de Garantías Penales correspondientes, por eso es que yo invito en la forma más respetuosa escuchemos la grabación de la audiencia del Tribunal de Garantías Penales y veamos si uno solo de los elementos que aquí se han referido, han sido judicializados y han sido convertidos en prueba en este proceso penal para que podamos hablar de la responsabilidad penal de mi defendido, si es que la Sala de la Corte Nacional creía que sólo el Informe Defensorial, ese informe de la Defensoría del Pueblo podía constituir prueba que comprometa la responsabilidad penal de mi defendido lo que debía haber hecho es una adecuada valoración de la prueba y casar la sentencia no más, pero no lo hacen, declaran una nulidad y les piden a ustedes que vuelvan a aplicar los estándares de los derechos humanos, los tratados enumeran una lista más de treinta tratados, convenciones, declaraciones, y que se tomen en cuenta estos asuntos en la Corte Provincial, pero nunca nos dicen y esto es importante que lo resaltemos, nunca nos dicen que tenemos que condenar sin prueba, porque aquello sería una verdadera aberración que no podría ser aceptada por ninguna persona en su sano juicio; la Defensoría del Pueblo no es un órgano jurisdiccional, que tenga la potestad de atribuir responsabilidades en materia de vulneración de derechos humanos, el artículo 214 de la Constitución señala que la Defensoría del Pueblo tiene como funciones “la protección y tutela de los derechos de los habitantes del Ecuador y la defensa de los ecuatorianos y ecuatorianas que estén fuera del país”, y el numeral cuarto dice muy claramente “ejercer y promover la vigilancia del debido proceso, y prevenir, e impedir de inmediato la tortura, el trato cruel, inhumano y degradante en todas sus formas”. La Defensoría del Pueblo tenía la obligación legal y constitucional de vigilar que se cumplan las normas del debido proceso, no puede utilizarse un informe Defensorial, un informe de la Defensoría del Pueblo para conspirar contra la diligencia o el irrespeto al debido proceso, que es lo que se está pretendiendo con las diferentes aseveraciones que se han realizado en esta diligencia, el mero informe Defensorial constituye prueba y aquí lo que hay que hacer es violar las normas del debido proceso y no importa si aquello fue probado, más bien actuado debidamente en la audiencia de juicio y que esa responsabilidad, existencia material fue probada en esta instancia, en esta diligencia, sino simplemente porque el informe dice y nos narra una serie de cosas en forma absolutamente general sin que nos diga ni siquiera los nombres de los investigados, aquellas pruebas sean suficientes para condenarlo, eso es pedirles que ustedes cometan una arbitrariedad muy grave, eso es pedirles que a nombre del derecho violen el derecho, eso es pedirles que a nombre de que supuestamente para defender los derechos humanos violen el derecho humano fundamental que es la presunción de inocencia de mi defendido, sostener lo contrario sería llegar al límite de lo absurdo y pretender que la sola asignación de la presunta responsabilidad por parte de un organismo no jurisdiccional, es suficiente para condenar a un inocente, se ha dicho que no ha sido valorada la prueba, y es necesario recordar, que toda absolutamente toda la prueba que fue aportada por la Fiscalía General que fue larga, que fue extensa, en algún momento tediosa ciertamente, es tratada, es analizada en la sentencia del Tribunal de Garantías Penales, muy brevemente voy hacer referencia a estos actos probatorios para ver si en algunos de ellos existe un indicio si quiera que nos haga pretender que existe responsabilidad penal del procesado, porque podría establecerse la presunción de responsabilidad pero sobre la base primero de haber justificado la existencia material de la infracción, pero no hay ni existencia material, ni presunción de responsabilidad. La primera

prueba, el testimonio en el Tribunal de la señora Libia Oliva Méndez, quien es madre del ex cadete Michael Arce, no aporta en el testimonio absolutamente nada, en todo caso es un testimonio referencial, es un testimonio muy respetable de madre dolida por la situación por la cual atraviesa su hijo, pero no dice absolutamente nada sobre la presunta responsabilidad de mi defendido; los segundos testimonios de Carla Gabriela Patiño, Aidé Jacqueline Cárdenas, Edith Anabel Ortega, Vicente Guaranda Mendoza, todos ellos son funcionarios de la Defensoría del Pueblo, funcionarios del año 2011, evidentemente no sé si ellos permanecerán en el ejercicio de sus funciones o estarán en otras actividades pero en su momento fueron quienes participaron en la elaboración de este Informe Defensorial, ellos afirman frente al Juez, frente al Tribunal y con juramento que en la realización de su investigación Defensorial, entrevistaron a varios testigos y nótese lo que voy a decir, que es sumamente importante, anónimos y que en base a la referencia de estas personas anónimas que dieron sus versiones, ellos elaboraron ese informe, a pesar de todo eso, a pesar de todas las subjetividades que se reflejan en el contenido de su informe, que por sí mismo no constituye prueba para comprometer la responsabilidad de nadie, a pesar de eso, el informe en ninguna parte concluye señalando la responsabilidad penal de alguna persona y mucho menos la responsabilidad del procesado, de tal suerte que aquella prueba estrella que debió haber sido valorada, que no se le ha dado el carácter que debía, Informe Defensorial y que está consagrada en la Constitución, no tiene para el caso que nos ocupa valor procesal de ninguna naturaleza, carece de idoneidad para demostrar la existencia material de la infracción y no justifica, no demuestra la responsabilidad penal del procesado porque a pesar de la investigación que realiza no llega a concluir de ninguna manera de que haya actos imputables a mi defendido, que eventualmente podría constituir responsabilidad penal, y no es verdad que el señor juez que dirigía el Tribunal de Garantías Penales haya impedido que declaren todos los miembros de la Defensoría, recuerden ustedes escucharán la audiencia, después de recibir media docena de testimonios provenientes del mismo organismo se le preguntó a quién presentó esa prueba si creía que se debía presentar más testigos, ya que esto no les iba a servir para los fines que tenía la acusación, desistieron de que sean presentados esos otros testigos de tal manera que afirmarán que hubo una actitud arbitraria por parte del juzgador para cuartar el ejercicio de la prueba, es sin lugar a dudas una falsedad; el tercer bloque de testigos, estoy hablando del tercer bloque de prueba actuado por la Fiscalía, cuál fue?, los testimonios de varios miembros de la institución militar, la Fiscalía solicitó los testimonios de Vicente Guaranda, de Gustavo Vicente Cabrera, de Guillermo Fernando Yépez, de Franklin Alonso Castillo, de Rebeca Piedad Jiménez, de Bertha Gabriela Jiménez, de Pablo Charco, de Carlos Albán Sigcha, de Darwin Geovanny Cañar Chamba, de Andrea Abigail Arroba Fernández, de Juan Carlos Arias Cusco, de William Arturo Ortiz, testimonios de todos estos son analizados en la sentencia del Tribunal de Garantías Penales, ellos son miembros de la Escuela Militar de la Brigada Pucará, y ellos afirman con juramento frente al Tribunal de Garantías Penales que nunca les ha constatado ninguna novedad en contra del cadete Arce, ni que haya sufrido, constatado que jamás haya sufrido algún acto discriminatorio por parte de mi defendido Teniente Encalada, nada absolutamente nada, a pesar de lo extensa, de lo detallada, de lo minuciosa, que fue la prueba testimonial, que fue sujeta al examen y contra examen, no solamente de quien la presentó la Fiscalía, sino también de la acusación particular y de la defensa del procesado, nada; luego se presentó esta otra prueba emblemática por parte de la Fiscalía y de la acusación particular, que dice que no ha sido valorada, que ha sido menospreciada, que es más, yo la he tratado

peyorativamente por ser un perito extranjero, etc. como si yo fuera el procesado, el testimonio del señor Gino Grondona, psicólogo, qué dice, la verdad su testimonio no es un perito calificado por el Consejo de la Judicatura, ni inscrito, ni mucho menos, es un psicólogo sin duda, prestante, importante, un teórico de la psicología que ha realizado algunas experiencias de psicología sociales de grupos vulnerables, con debates que se encargan de conocer las relaciones sociales, los impactos de las estructuras sociales y de conducta dice él, indica él en su testimonio, me refiero a esto porque se ha tomado aquello como la supuesta prueba estrella no valorada, dice que existe ciertamente estereotipos de los afros que son vagos, sucios, delincuentes, irresponsables pero no dice en dónde existen estos estereotipos, existen en la sociedad, una sociedad que lamentablemente tiene todavía las huellas del racismo sin duda lo dice, estas manifestaciones se dan en la sociedad y cuando hay políticas de discriminación positiva, hay un rechazo de la sociedad que conlleva a la diferencia, que conlleva a la burla a la exposición del racismo simbólico como dice él, al rechazo, al aislamiento, afirma este investigador este psicólogo que en el Ecuador el racismo siempre ha existido, no lo duda, lamentablemente es así, nosotros lo hemos constatado y que se presentan estas manifestaciones en las Fuerzas Armadas, un psicólogo que estuvo aquí cuatro días para hacer investigación, afirma que estos elementos se presentan en las Fuerzas Armadas, lo que tiene una alta jerarquía, además se da esto en las universidades dice él, también se da en las Instituciones Públicas, quiero advertir señores jueces que el perito no refiere su testimonio y esto es fundamental haber realizado una valoración psicológica, del denunciante en primer lugar y una valoración psicológica del denunciado o del procesado del señor Teniente Encalada, no afirma él que exista en el procesado ninguna señal siquiera de un indicio de responsabilidad en materias de discriminación, por eso yo recordaba al iniciar mi intervención, pero esto es un derecho penal del acto, no es el derecho penal de la subjetividad, no es el derecho penal de la apreciación psicológica de las caras que puede tener la sociedad y que habitualmente podían tener inclusive las instituciones como dice el psicólogo, como las Fuerzas Armadas o las Instituciones públicas o las universidades, este informe no concluye atribuyéndole a mi defendido ningún indicio de responsabilidad, ni siquiera lo conoce, hace una apreciación general de los problemas psicológicos que se dan en la sociedad, cualquiera, ni siquiera está especificando en qué tiempo, en qué periodo, dentro de que territorio ha realizado aquella investigación, en suma no prueba absolutamente nada, nada con respecto a la demostración de la teoría del caso de la Fiscalía y de la acusación particular, es que hay cosas que nos dejamos llevar a la pasión y a veces quizá esto justifique, hasta que faltemos a la verdad, se afirmó aquí, podemos escuchar la grabación que en la instrucción militar por ejemplo no hay oficiales afrodescendientes, porque la consigna es que no pueden ser oficiales, no pueden llegar hacia estos estratos de la administración de las gestiones militares donde existe el poder, etc. No pueden llegar han dicho aquí, los negros, sucios, vagos, a mí mismo me repugna utilizar estos vocablos porque no están dentro de mi forma de ser, pero aquí se ha dicho tantas veces, estas afirmaciones y estos calificativos absolutamente peyorativos no por mí, sino por parte de quienes dicen defender a las víctimas de esas afirmaciones peyorativas y en esta misma Sala esta una oficial de las Fuerzas Armadas, mujer afrodescendiente, es una oficial; sin embargo yo quería hacer notar que aquí se dicen mentiras, que pueden ser fácilmente desbaratadas, denunciadas, simplemente con una constatación física en este mismo momento, luego se presenta en la audiencia de juicio un testigo, otro testigo paradigmático, otro testigo fundamental cuyo supuesto aporte probatorio, no ha sido valorado

adecuadamente según se ha afirmado aquí, el de John Antón Sánchez, un académico muy respetable de la FLACSO, del Instituto de Altos Estudios Nacionales, que ha trabajado 20 años, estudiando la raza, el racismo, que hace una evaluación de las políticas públicas sobre la inclusión de grupos minoritarios, es la misma que el delito de odio, lo dice así en su intervención, lo dice en sus escritos muchas veces, es una infracción generada por un individuo que tiene el complejo de superioridad racial, que este hecho se lo comete sobre ciertas personas vulnerables, sea sobre los actos o sobre quienes los cometen que por lo general son las personas blancas, significa que según sus estudios dice él, sin determinar ni cuándo, ni cómo, ni dónde, dentro de que periodo de tiempo, dentro de que territorio, las Fuerzas Armadas es la institución donde más se refleja estos prejuicios de carácter racial, pero recogemos nosotros que quien está siendo procesado, lo ha dicho además la acusación particular, no con Fuerzas Armadas, es el Teniente Encalada, pero sin embargo dice que a las Fuerzas Armadas se ven estas actitudes de prejuicio racista, sin determinar de ninguna manera si es que esos actos de prejuicio racista han sido probados y son atribuibles o se supone que ha sido cometidos por el procesado, una afirmación absolutamente general, que el escándalo de los derechos humanos, estos informes, estas apreciaciones, estos comentarios, estos estudios académicos, deben ser tomados en cuenta, desde luego son sumamente respetables pero aquí estamos juzgando los actos del Teniente Encalada, estamos juzgando si él ha cometido el delito del artículo 212 del Código Penal, no estamos haciendo una evaluación de la sociedad ecuatoriana, ni siquiera de la institución militar, respecto a la preeminencia de estos estereotipos, de estos prejuicios racistas, qué valoración tiene que darse entonces a esta prueba sino aporta nada, sobre los hechos que se están investigando, si la Sala dice que no se hizo un estudio psicológico, de estas pruebas de que debería aprovecharse un poco más, criterio respetable de la Sala. Rápidamente los otros testimonios, Marcelo Antonio Arcos López, no dice absolutamente nada que comprometa la responsabilidad penal de mi defendido, el testimonio de Wilson Oswaldo Ruales Ruiz, que también es un psicólogo no dice nada, dice que efectivamente el señor Arce quería separarse, que no aceptaba él que se le exija mayor desempeño y desenvolvimiento en los rigores de la vida militar, que se sentía que no estaba hecho para esto, que tenía otros intereses, y de hecho que tenía otros intereses, esta cosa muy corta que es absolutamente elocuente, si ustedes estudian la audiencia de juicio van a ver, que cuando se le atribuye al Teniente Encalada más bien actos, bueno se pretende atribuir al Teniente Encalada actos de supuesta represión donde el señor cadete Arce, más bien hay cadetes que cuentan que el Teniente Encalada le ponía de ejemplo al señor Arce, alguna vez en donde él sacó la más alta nota, una prueba teórica, una prueba importante dentro del curriculum de las asignaturas que estudia en el Colegio Militar y les puso de ejemplo y dijo "Miren el cadete Arce tiene la mejor nota, ha hecho un gran trabajo, ha desarrollado bien su examen y ustedes no han logrado llegar a ese nivel", es que el cadete Arce tenía otras habilidades, tenía otras aptitudes, posiblemente tenía una predisposición intelectual para otras tareas, no los tenía posiblemente para los rigores, las exigencias, las prácticas del proyecto de la vida militar, pero más bien al Teniente Encalada se le acusa de haber sido el protagonista de estos actos de discriminación, el que ensalzaba la figura del cadete Michael Arce, poniéndolo como ejemplo frente a otros subalternos; la Doctora Barbarita Miranda Psicóloga de la Fiscalía que en definitiva no llega a decir absolutamente nada, dice que, más bien que mi defendido tiene un complejo de inferioridad, lo cual no es muy compatible con lo que dicen los otros psicólogos, para que existan delitos de odio racial el

sujeto activo debe tener un complejo de superioridad, más bien aquí dice, que tiene un grave complejo de inferioridad, así debe ser, dice la psicóloga; el testimonio de la Doctora Mónica Zuquillo Ortega Dávila, que también es psicóloga clínica realiza una entrevista, no llega absolutamente a ninguna conclusión, sin embargo se dice que estas valoraciones psicológicas no han sido tomadas en cuenta, no se determina cuál es el acto discriminatorio, cuál es el acto de violencia psicológica cometido por mi defendido en contra de la supuesta víctima, no se dice absolutamente nada, ni siquiera las investigaciones que realizan esos profesionales de la psicología clínica que son llamados al juicio para ver si aportan con algún elemento que nos haga vislumbrar siquiera un indicio de que esta situación se dio en la conducta del señor Encalada; en décimo lugar la Fiscalía presentó a la Doctora Mena Álvarez que es una médico legista, indica la presencia de una fisura antigua de una desviación hacia la derecha que tenía en el plano óseo, se tomó fotos a la fecha y el señor Arce se comparó con las fotos que llevó, hizo una relación de las fotos para ver si encontraba una diferencia macroscópica, no encontró una diferencia, cumplió ciertamente que tenía una factura antigua del hueso propio de la nariz, le sugirió la revisión de la historia clínica del señor Arce, no puede determinar la fecha exacta la cual se dio la fractura, dice que una fractura de esas debió haber dado incapacidad para el trabajo de nueve a treinta días, si se considera esto como elemento probatorio este testimonio, aparece ser ciertamente inverosímil porque esta valoración se hace luego en abril de 2013 mucho tiempo después que salió ya el señor cadete Arce de la institución militar y de ninguna manera se afirma de que esa lesión ósea, podría atribuirse a algún acto directo o indirecto cometido por el señor Teniente Encalada; luego el testimonio de Mario Rogelio Argoti Zambrano en donde igualmente insiste que el señor Arce quería separarse voluntariamente, que se reunió con él, que se reunió con su familia, que le pidieron que reflexionara, que la primera vez aceptó quedarse que después de nuevo ya insistió en su separación, tengo la carta la cual él pide su baja, etc. Nada que tenga que ver con un acto, que tenga que ver con mi defendido, que comprometa su responsabilidad penal, luego José Enrique Pasto Guevara, más o menos en el mismo estilo, Rolando Paúl Vargas Rea, Alex Roberto Diego Ordoñez, la Brigadier Estefanía Jacqueline de Flores Sosa, la Subteniente Carla Jaqueline, Decana Primera, el testimonio de Abel Freire Coba, el testimonio de Luis Antonio Muñoz Guerra, todos testimonio solicitados por la Fiscalía que no dicen nada que pueda corroborar su teoría del caso, por lo tanto le deja absolutamente sin prueba a esa aseveración, de suerte hay que pedir de que ello se vuelva a valorar, se ha de llegar a la misma conclusión, la acusación particular solamente solicitó el testimonio del señor Richard Cevallos Domínguez, indica que compartió con Arce siete días de instrucción, que en ese tiempo llevaba las botas sucias, que no tenía útiles de aseo, que no se rasuraba, y a más este pidió la baja a otros cadetes que le hicieron un documento a mano y no firmaron y hasta pidió la baja y se retractó de la misma, finalmente volvió a pedir la que fue completada quizá fue al mes y medio de ya que se entró a la ESMIL, que no conoció al Teniente Encalada y que la semana que Arce pidió la baja el mencionado cadete no estaba en la ESMIL, testigo presentado por la acusación particular que tanto ha insistido la acusación particular. Que decía que el señor Arce manifestó en más de una oportunidad que no se adaptaba al régimen militar, y era evidente no llevaba bien su ropa que no se hallaba adecuadamente, que no tendía su cama, que se demoraba para ir a la formación, pero todos estos actos pueden ser atribuibles al Teniente Encalada, me hubiese gustado comentar aquello de la pertinencia de las declaraciones de los derechos humanos en la larga lista citada por la Corte Provincial usted tiene razón, posiblemente me

extendí en el tiempo ustedes podrán apreciar aquello, pero en ninguna de esas declaraciones de derechos humanos, en ninguno de sus pactos, de ninguna de esas declaraciones, se sugiere que se pueda condenar a un supuesto autor del delito de odio, sin prueba de ninguna naturaleza, basados en subjetividades, en mentiras, en acusaciones banales que acá no tienen ningún sustento legal, por ello muy respetuosamente le he de pedir a ustedes que confirmen la Sentencia del Tribunal de Garantías Penales y confirmen nuevamente la inocencia de mi defendido". 5.4.- RÉPLICA DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR.- Con respecto al alegato presentado por la defensa, ese alegato ha empezado afirmando que ha realizado una serie de conjeturas, que estábamos planteando inventivas que conspiran contra la libertad procesal, así ha sido la afirmación de apertura de este alegato complementado luego con reiteradas manifestaciones de que se han dicho mentiras, que se ha contado una novela y justamente quiero en el primer punto de réplica referirme a esta cuestión, a cómo por ejemplo la Corte Nacional de Justicia en sentencia de 19 de Agosto, a las 15H30, ha contado la mentira, por poner un primer ejemplo, de que no se aplicó el segundo artículo innumerado de la Ley reformativa, del capítulo innumerado, Título II del Código Penal, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 555 del 24 de marzo del 2009, que fue la base de mi imputación que hizo esta acusación particular, mentira, pero lean la sentencia y no está ahí, de cómo la Corte Nacional también ha lanzado esta otra mentira, que quisiera referir, folio 29 del fallo, "para determinar si había o no había delito de violencia moral de odio o desprecio, debió realizarse un examen integral de los hechos y el derecho siendo en ese marco necesario no solo la condenación antes señalada respecto al tipo penal sino también la revisión y análisis de las disposiciones constitucionales y normativa internacional vigente en el país que desarrolla ampliamente el tema puesto a consideración de los juzgadores", etc, etc. Es mentira o cuando dice "por lo tanto la sentencia acorde con lo señalado adolece de motivación lo que transgrede el deber de los jueces de motivar las resoluciones como exige el artículo 76 numeral 7 letra f) de la Constitución", mentira, es mentira, también será mentira esto, se debe reparar además porque el juzgador al pretender motivar su fallo y explicar la pertinencia de las normas acorde con los elementos fácticos debió dar en su análisis respuestas jurídicas a cada una de las pretensiones, de los sujetos procesales, mentiras, la Corte Nacional o más concretamente la Doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional Ponente, dice mentiras, como dice mentiras el informe Defensorial del que tan extensamente hemos conversado esta mañana, cuando concluye en lo siguiente, voy a la resolución: "Declarar que el señor Teniente Fernando Mauricio Encalada Parrales, Instructor Oficial de la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro, vulneró el derecho a la integridad personal, el derecho a la igualdad y no discriminación racial y el derecho a la educación, que constitucionalmente le son reconocidos al señor Michael Andrés Arce Méndez", miente la Defensoría del Pueblo, como miente cuando dice: "que no se le dejaba dormir, todo el tiempo de guardia sin relevo, que se le ponía de guardia una semana entera, que se le tenía todo el tiempo parado, que se le ordenaba que boxee con más de una persona a la vez", miente, la Defensoría miente, y la Constitución en el artículo 215 numeral 2, cuando dice, que entre las facultades de la Defensoría está: "emitir medidas de cumplimiento obligatorio e inmediato, en materia de protección de derechos y solicitar el juzgamiento y sanción de actos violatorios de derechos", miente pues la Constitución porque no tiene esta facultad la Defensoría del Pueblo, y tampoco esa facultad repetida en el artículo 16 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, también miente pues la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, miente la Asamblea, miente el Presidente cuando dice que los ecuatorianos por suerte estamos hechos del mismo

material que las estrellas igual que el universo y tenemos variedad de mal y bien, y tenemos de colores y de minerales, de piedra y de volcán, sueños porque todos en el Ecuador, todos podemos decir con orgullo que tenemos de negro, de indio, de blanco, miente el Plan Nacional de Desarrollo, cuando nos dice que el 92.8% de los afroecuatorianos es víctima de discriminación en el país; miente el Decreto Ejecutivo 60 de la Presidencia de la República, cuando en la exposición de motivos para la conclusión de este plan nacional de promoción de la igualdad para los afro descendientes, evidencia que más del 88% de los afroecuatorianos son víctimas de discriminación y de violencia psicológica a nivel de las instituciones públicas, miente el decreto; miente el Ministerio de Justicia, cuando en su página web, publica una nota que dice que el gobierno ecuatoriano reconoce que hay una discriminación histórica contra los afroecuatorianos, miente, todos mientes sobre todo saben quién miente, miente la Recomendación General número 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial que de manera expresa observa que los Estados tienen la obligación de castigar los actos de discriminación, miente; miente el Grupo de Trabajo sobre la Discriminación contra los afro descendientes cuando en el año 2010, le dice al Ecuador, usted tiene problemas de discriminación estructural contra los afro descendientes; miente el Comité para la Eliminación de Discriminación Racial cuando en el año 2012 expresa su preocupación, porque pese a la existencia desde 1979 de un tipo penal para castigar los delitos de odio racial, jamás se ha aplicado una figura en el país, claro como no podía ser de otra manera también miente la Corte Constitucional del Ecuador, cuando explica la forma en que debe analizarse este tipo de casos, aquí mentimos todos, todos mentimos. Segundo punto, Michael Arce ha solicitado una baja voluntaria, y sí solicitó la baja voluntaria ¿por qué solicito su baja voluntaria? Porque llevaba siendo víctima de este acoso constante de carácter psicológico y físico casi tres meses, él pidió su baja voluntaria, como muchos otros aspirantes de la Escuela Superior Militar piden sus bajas voluntarias porque son víctimas de acoso, en la misma línea discursiva de los testigos que se presentaron a audiencias, yo también les voy a pedir que de considerarlo pertinente escuchen la grabación de la audiencia, duró casi dos semanas, eso sí debo decirles, pero es importante que lo escuchen, porque en la misma línea discursiva de los testigos, cadetes de la Escuela Superior Militar se evidencia el patrón discriminatorio no solamente contra los afroecuatorianos, sino notablemente contra las mujeres, cuando de manera reiterativa los cadetes que comparecían a declarar para expresar el nivel de lentitud de Michael Arce para la vida militar, decían que era menos que las mujeres, esa era la cosa, oigan la audiencia, pero en las Fuerzas Armadas no se discrimina, porque no se discrimina, es que hoy el Ecuador está demandado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Homero Flor, que sin ser homosexual fue señalado como homosexual, discriminado dentro de las Fuerzas Armadas y él también tuvo que pedir su baja voluntaria, y también en la sentencia, con sus correspondientes repeticiones que así está en la ley. A la aclaración solicitada, respecto de la solicitud de baja voluntaria señala: Había anunciado que como cuarto punto de mi réplica, justamente iba a referirme a este punto de análisis probatorio que el doctor Ochoa ha realizado entre otras cosas de esa carta, voy adelantar simplemente este punto precisamente para que no parezca un cabo suelto, efectivamente Michael Arce preparó una carta por disposición de sus superiores con los propios testigos que se presentaron a la audiencia de juicio y él cuenta que no solo la preparó, también tuvo que leerla en público, delante de su pelotón en el Teatro de la ESMIL, y no lo digo porque ya otra vez se me va a decir que estoy diciendo mentiras, pero esta información la contaron los propios testigos de miembros de la

Escuela Superior Militar, el señor Brigadier Cevallos dice que es mi única prueba, el señor Brigadier Cevallos luego de reiterar todas las deficiencias de Michael Arce, “negro, vago, sucio, perezoso, menos que las mujeres”, dijo que se le pidió que escriba una carta solicitando la baja, esa carta a la que ha hecho alusión el doctor Ochoa y dijo también, y luego se le pidió en el teatro de la base, que la lea, eso dice Cevallos, sí claro señor doctor, sí hay una carta, pero yo reitero primero que la Institución Armada no es la que está sometida a juicio más allá del espíritu de cuerpo que tan fresquito tengo yo en este momento, no es la Institución Armada, el informe Defensorial, claramente indica una serie de recomendaciones a la ESMIL, pero el informe Defensorial pone nombres y apellidos de la persona responsable de la vulneración de derechos en ESMIL y aquí lo que debatimos precisamente para poder expresarnos es eso, el texto de la carta, claro porque ahora por cierto yo debo informarles a ustedes que tengo conocimiento por otro caso que llevo, en el que seguramente también terminemos en un procedimiento judicial, lo de hoy, de ahí el antecedente no es la discriminación pero terminaremos en un procedimiento judicial de un cadete de la Escuela de Aviación Cosme Rennella en Salinas, y ahora FAE por ejemplo, ya tiene el formato, un formato en el que se llena información y luego van a la notaria y la notarizan para que además tenga un valor adicional más allá de que sea una carta manuscrita, yo no niego su existencia, efectivamente la carta existe, la gran pregunta es ¿Qué tan voluntario era esta baja? Primero me contesto de lo que venía incurriendo y segundo, que tan voluntaria era en un contexto en que se le dijo que la escriba y se le obligó a leerla en público; como última intervención, voy entonces a mi tercer punto de réplica. “siendo las 22H50 horas del día miércoles 23 de noviembre del 2011 procedo a solicitar la baja militar”, estaba en mi tercer punto de mi réplica. La sentencia de la Corte Nacional de Justicia carece de legitimidad, carece de autoridad moral, porque ha tomado información del sitio de internet www.iidh.ed.cr, es decir que el sitio de internet que el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Órgano Académico de la Organización de los Estados Americanos, y la información que ha plagiado es la propia Nacional, o más bien la Doctora Gladys Terán Sierra, es nada más y nada menos que un manual reconocido internacionalmente, elaborado por la Organización no gubernamental sobre discriminación racial, también por si acaso consta, y está referido en la sentencia de la Corte Nacional, un informe que yo entregué durante la audiencia de juicio, de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, sobre la situación de discriminación de los afro descendientes en la región, que también ha de estar plagiado por si acaso les informo, quiero acabar este tercer punto con esta cuestión de que no hay la prueba porque justamente sobre eso me voy a enfocar ahora, en estas novelas, en elucubraciones, narrativas y dramatización, usando las palabras textuales del señor doctor Ochoa, en un contexto en que la acusación particular solo presentó un testigo, ustedes tienen la obligación de ver lo que se hizo ante el Tribunal de juicio que es bastante extenso por cierto, lo que sucede es que claro yo tenía pruebas en común con la Fiscalía como se empezaron a evacuar, cuando se evacuaba la prueba de la Fiscalía, ustedes como penalistas conocen también se estaba evacuando la mía, si eso no fuera suficiente desde luego ya existe un principio que se llama adquisición probatoria, o comudidad de la prueba, la prueba no beneficia, no aporta, beneficia al proceso y claro que me restaba a mí insistir que la comparecencia del señor Brigadier Tomas Cevallos, quien por cierto estaba escondido en una casa en la ciudad de Ibarra, tuvimos que hacerlo comparecer con el auxilio de la fuerza pública, en eso fue el momento en que yo insistí porque el resto de mi prueba, testimonial, pericial, documental, ya se había evacuado, no es que yo no he probado pero es que claro aquí

partimos primero de la idea de que no buscamos quien tiene la razón, sino quienes de nuestro grupo, primer error y el segundo error que lamentablemente nosotros queremos encubrir es suponer que un delito deja de existir porque hay una firma que no existe, y las cosas no son así. Voy por eso al cuarto punto de mi réplica, efectivamente la Corte Nacional de Justicia en la decisión en ninguna parte está diciendo que hay que condenar a las personas sin prueba y tal vez yo no fui demasiado claro cuando hice mi primera intervención, pero yo mismo le he pedido a este Tribunal que sea analizada la prueba y si luego del análisis probatorio concluye, que esta persona tiene responsabilidad declare responsabilidad que le cabe y que al analizar la prueba use los parámetros que la Corte Constitucional y la Corte Nacional han indicado, no he pedido que se condene sin prueba, esto por suerte es un ejercicio dialéctico, es decir, aquí estamos en una confrontación de puntos de vista, y el que grita más no es el que tiene la razón, todos gritamos, pero no es el que tiene la razón el que grita más, ustedes tienen que hacer un análisis concienzudo a partir de las reglas de la sana crítica, es verdad que la Defensoría del Pueblo no es un órgano jurisdiccional, también es verdad que expresamente la Constitución de la República en el artículo 215 numeral 2 dice que la Defensoría “debe promover las acciones judiciales para castigar vulneraciones de derechos”, también es cierto que la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo de manera expresa dice en el artículo 16: “que deberá promover las acciones que impidan situación de daño o pedido grave sin que las autoridades competentes requeridas puedan negarse a su conocimiento y resolución” también dice el procedimiento es informal, no es que me he ido a preguntar así en chiquis, no es así, han hecho una investigación, no es pues una decisión alegre la de la Defensoría del Pueblo, es todo esto, la decisión de la Defensoría del Pueblo no ha violado ninguna norma del debido proceso, ni les estoy pidiendo yo que violen ninguna norma del debido proceso, les estoy pidiendo que hagan justicia, la justicia que según sus conciencias tenga que hacerse, si ustedes consideran que la justicia que debe hacerse es ratificar el estado de inocencia, muy bien, yo creo y lo creo simplemente ese es mi punto de vista, ese es el planteo que les he hecho, que la justicia exige que se castigue el delito cometido contra Michael Arce, como la defensa del acusado cree otra cosa, esto es un ejercicio dialéctico pero la prueba si es relevante y ahí sí vuelvo a que todos mienten, porque quien más miente es aquel que trata de inducirles a engaño a ustedes y decir lo que pasó, ese es el que más miente, primero que no es verdad que toda la prueba haya sido revisada, no es cierto, precisamente porque no toda la prueba fue analizada, en su momento planteamos un recurso de apelación, la sentencia de apelación que se emitió en esa ocasión repite los mismos vicios que tenía la sentencia del Tribunal Séptimo de Garantías Penales, por eso una declaratoria de nulidad en la que expresamente la Corte Nacional de Justicia le dice a la Corte de apelación usted no analizó la prueba, usted no respondió a las pretensiones de las partes, usted no ha motivado su decisión, pueden cotejar, lean ambas sentencias y van a ver que son una transcripción la una de la otra, pero si hubo prueba, claro que hubo prueba, prueba que no se tomó en cuenta por ejemplo la señora Liliana Méndez madre de Michael Arce está sentada aquí y que no dijo, porque eso es lo que se nos afirmó, no dijo nada, relató como a su hijo el día que lo fueron a buscar al ESMIL salió con la cara hinchada, presentaba dolores constantes de cabeza, tuvieron que llevarle a un médico y el médico diagnosticó un desvío de tabique, la doctora Patiño que encabezó el proceso de investigación Defensorial, funcionaria de la Defensoría del Pueblo no dijo nada, pero ratificó todas las conclusiones que constan en el informe Defensorial bastante extenso, pero si ustedes leen a partir de fojas 256 en adelante, donde están las conclusiones del

informe van a ver qué es lo “nada” que dijo la doctora Patiño al Tribunal de Garantías Penales y esa prueba no se tomó en cuenta, porque no ha dicho nada, eso me vengo a enterar hoy día, el señor General Gustavo Cabrera ex Comandante de la Escuela Superior Militar, luego jefe de la Casa Presidencial después Comandante de la Brigada Mecanizada Shyris, distinguido Oficial de las Fuerzas Armadas Ecuatorianas dijo esto, que no fue valorado, no conduje ninguna investigación porque denunciar a las Fuerzas Armadas es faltar a la verdad, el agraviado es Encalada, eso dijo, eso no se valoró, el médico doctor Fernando Yépez preguntado si reconoció al cadete Arce cuando iba de salida, dijo no, yo no hice el reconocimiento eso no lo legalicé, eso no se valoró, el señor cadete Romero Toro al declarar ante el Tribunal dijo respecto de Michael Arce y del señor Teniente Encalada, lo castigaba con frecuencia, por su descuido en su aseo y falta de estímulo; cadete Aron, era deficiente era sucio; Capitán Arias el señor oficial superior del Teniente Encalada, nunca recibí quejas sobre el desempeño del cadete Michael Arce por parte del Teniente Encalada, pero en la relación de castigados debe constar todos los castigados y ellos deben firmar aceptando su castigo, ahí están las relaciones de castigados, donde no está Michael Arce ni ha firmado aceptando nada, eso no se valoró; Psicólogo Marcelo Arcos de la ESMIL, en la entrevista hizo alusión a su raza, yo jamás tuve reportes de Arce, no se lo incluyó porque él no está trastornado, no era apto para la vida militar; Psicólogo Wilson Rúales, en el curso de la entrevista mencionó a tres personas que lo hostigaban, Encalada, Cevallos y Gabela preguntado si sabía porque lo estaban hostigando, él respondió que consideraba que tenía que ver con su raza, eso no fue tomado en cuenta, ahí está en la grabación, yo también pido que se escuche la grabación; Doctora Barbarita Miranda, “que no dijo nada”, únicamente que el señor Arce requiere una psicoterapia continua para solucionar sus nudos críticos que son consecuencia de la expulsión de la ESMIL, “no dijo nada” y la Doctora Mónica Ortega, que el señor Arce era víctima de hostigamiento por una figura de autoridad, tiene una afectación emocional importante, tiene temblor, llanto fácil, de la evaluación con reactivos se demostró que no miente, hay un particular impacto de situaciones como comer en el piso, realizar guardias extendidas, inmersiones en la piscina de saltos, empalizadas, sufre de estrés postraumático está en una situación de vulnerabilidad, que ha cambiado su proyecto de vida, se evidencia un maltrato psicológico y un maltrato físico, lo dice una perito, es una evaluación científica, hay una violencia psicológica que ha afectado al estímulo y requiere un tratamiento psicológico permanente; cadete Olivo, no todas las personas somos idóneos y Arce no era idóneo; Teniente Estefanía Flores, no tenía la actitud, no hacia esfuerzo, nosotras teníamos que llegar ayudarlo; cadete David Freire las mujeres eran mejores que él, cadete Muñoz Guerra, en la parte física era malo, nuestras compañeras eran mejores que él y tenían que ayudarlo a correr, era sucio; Brigadier Cevallos, sucio, vago, pobre etc., etc., etc. Pero además le hicieron escribir la carta pidiendo baja voluntaria y se le hicieron leer, la última burla, el acusado señor Teniente Encalada, Arce no estaba preparado, era sucio, descuidado, no se bañaba, no se uniformaba bien y no obedecía, el acusado, en la audiencia de juicio donde no se probó nada, lo único que quería era no pagar los valores que reclamaba el ESMIL; cadete Ampudia, era flojo todo le cansaba, era poco aseado, cadete Aseadubai, nunca tuve una conversación con Arce, dormía a lado de él, el cadete que dormía en la cama de a lado: el ayudaba a retrasar al pelotón, eso no se ha valorado, “que no probamos nada”, sí probamos, probamos algo gravísimo, algo muy preocupante que trasciende la situación de Michael Arce y es que en nuestras Fuerzas Armadas, porque claro son categoría aparte, son superiores a nosotros seguramente, pero finalmente quienes les hemos encargado esa sagrada

misión de la defensa, y les hemos entregado las armas son los ciudadanos, los ciudadanos somos y este es un ciudadano que se merece respeto, no importa el color de su piel, aquí se ha revictimizado el alegato de la defensa del acusado de haber evidenciado tras criterios discriminatorios, sus señorías, yo no quiero que ustedes violen el debido proceso, yo no quiero que ustedes condenen sin prueba, quiero que hagan el análisis que hasta hoy lamentablemente en esta causa no se ha hecho".

5.5.- RÉPLICA DE FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.- "Acusación particular fue muy claro en lo manifestado y fiscalía obviamente está de acuerdo con todo lo que aquí se dijo, dos cosas puntuales: la carta existe, fue escrita un día antes de que él salga, la firma del examen médico es un día después, consta ahí fecha 24, valórese también y obviamente se pidió varias cartas de personas allegadas, que están agregadas al expediente, y en el mismo texto las misma forma de escribirse; segundo, para la valoración de estas pruebas como alguna vez se lo dije al doctor Caupolican y ahora se lo ratifico y lo repito, en delitos contra derechos humanos a distancia del delito común no siempre encontramos la prueba directa de que el señor le pegó, pero en el tipo penal habla claramente de violencia moral, que puede ser lo uno o lo otro, violencia física o violencia moral, si según creen que no se ha probado la violencia física está bastante probada, la violencia moral es absolutamente probada y no precisamente con elementos como los exámenes médicos que hay bastantes exámenes psicológicos de la doctora Ortega fue muy claro, la doctora Miranda que establece cómo era el agresor pero aquí se quiere distorsionar la experticia de Gino Grondona, no era un experticia psicológica, de un experto psicológico cualquiera, no íbamos a coger un psicólogo educativo ni un psiquiatra, era un psicólogo social y un psicólogo social establece cómo la sociedad medida desde las Fuerzas Armadas considera, coincide el estereotipo y el prejuicio, eso calla, no que el señor tenía que hacer este tipo de, que experticias de psicólogo social, pero no se toma en cuenta en la valoración. Aclara que la situación es ésta, en los delitos de odio racial como en todo delito de derechos, exigen que se haga un análisis sociológico, un análisis de carácter psicosocial y es lo que la fiscalía presentó, un sociológico y un psicosocial enraizado a las Fuerzas Armadas tomando en cuenta algo, que debe tomarse en cuenta y valorizarse desde la sana crítica y que es, que las mismas Fuerzas Armadas no admiten nunca ser enjuiciadas o investigadas igual que sucede con la Policía Nacional, último caso que se acaba de dar Damián Peña, se auto investigó la Policía y fueron declarados inocentes, si llevan testigos cuyo jefe máximo quien ha tenido, experiencia en el área militar, sabe que si uno de ellos desobedece este momento o no sigue la consigna del superior lo que le espera, la baja, el castigo, el teque o lo que fuerza, vienen a dar testimonios libres y voluntarios, y en los testimonios libres y voluntarios vienen a decir lo mismo que han dicho, Arce era malo, Arce era sucio, que estamos viendo que coinciden con los estereotipos y los prejuicios del delito de odio, pero hay algo más que dijeron todos los testigos, que el superior era el que mandaba, el que dirigía esto era el Teniente Encalada, eso se puede oír, no es un delito de que te pego, ejemplo cuando lanzan la banana a Dany Alves en el estadio, violencia absoluta, violencia simbólica, violencia moral, y es un delito de odio absoluto, cuando le golpean a la chica en el metro, que siempre doy ese ejemplo podría ser lesiones, son lesiones claro le podemos probar, claramente, materialmente probaríamos las lesiones, no, no fue por odio, pero todos los sudacas sentimos cuando una ecuatoriana que se rompía el lomo en España era golpeada por un español, necesito probar como tengo que probar, lo están diciendo los estándares internacionales, a través del examen sociológico y a través de la psicosocial, porque si no es ecuatoriana, van a decir no yo solo te golpeé si, 30, 90 días, vaya

por su funda de suero; es un delito contra derechos, y si vamos por esas en lo delitos de lesa humanidad y las graves violaciones que estamos en este momento, han de querer que tengamos el semen de las violadas hace más de 30 años, si van por esa forma, no estamos negando que aquí se tiene que probar, sí, pero la prueba indiciaria inicial y la prueba material tiene que estar conectada y tiene que establecerse a través de varios indicios y de pruebas materiales y lo hemos probado fehacientemente con examen psicológico, con examen sociológico, que en las Fuerzas Armadas sí ocurre esto y sí, quien lo ha hecho, el señor Teniente Encalada, si es necesario óigase la grabación, pero óigase no desde la perspectiva del delito común porque hoy en día, si las Fuerzas Armadas vienen vestidas de camuflaje y con todas las medallas a meter miedo a la población civil, a quienes creemos en los derechos, dentro de la Corte Nacional qué esperamos luego, solo el miedo, es el momento de cambiar la historia señores jueces”. SEXTO.- DE LA PRUEBA.- 6.1.- La finalidad del proceso penal es llegar a establecer la verdad de los hechos sometidos a juicio, certeza a la cual se arriba en base a la prueba. Los Arts. 83 y 85 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con los Arts. 250 y 252 Ibídem, determinan que la prueba debe establecer el nexo causal entre la existencia de la infracción así como la responsabilidad del acusado. La certeza de la existencia de la infracción así como la responsabilidad se obtendrá de las pruebas de cargo y de descargo que aporten los sujetos procesales en el juicio, las cuales deberán ser valoradas de acuerdo a la reglas de la sana crítica, para según corresponda, condenarlo o absolverlo. De la información probatoria desarrollada en la audiencia de juzgamiento, se tiene lo siguiente: Fiscalía para justificar su hipótesis de adecuación típica, así como la responsabilidad del acusado antes referido, en la audiencia pública de juzgamiento, presentó las siguientes pruebas: 6.1.1.- Testimonio del acusador particular Michael Andrés Arce Méndez; 6.2.- Testimonio Propios de: 6.2.1. Lilian Oliva Méndez; 6.2.2. Dra. Carla Gabriela Patiño Carreño; 6.2.3. Dra. Haydee Jacqueline Cáceres Alarcón; 6.2.4. Edith Annabel Ortega Mendoza; 6.2.5. Wilton Vicente Guaranda Mendoza; 6.2.6. General de Brigada Gustavo Vicente Cabrera Campuzano; 6.2.7. Teniente Coronel Guillermo Fernando Yépez Vinuesa; 6.2.8. Capitán Franklin Alonso Castillo Abrigo; 6.2.9. Capitán Rebeca Piedad Jiménez Jiménez; 6.2.10. Bertha Gabriela Pallo Chalco; 6.2.11. Subteniente Carlos Fernando Albán Sigcha; 6.2.12. Cabo Primero de Policía Darlin Yovani Cañar Chamba; 6.2.13. Juan Francisco Romero Toro; 6.2.14. Subteniente Andrea Abigail Arrobo Fernández; 6.2.15. Hugo Fabián Muñoz Sevilla; 6.2.16. Capitán del Ejército Juan Carlos Arias Cazco; 6.2.17. William Arturo Ortiz Amaquiña; 6.2.18. Gino Grondona Opazo; 6.2.19. John Antón Sánchez; 6.2.20. Dr. Marcelo Antonio Arcos López; 6.2.21. Dr. Wilson Oswaldo Rúales Ruiz; 6.2.22. Dra. Barbarita Miranda; 6.2.23. Dra. Mónica Sofía Ortega Dávila; 6.2.24. Dra. Linda Mena Álvarez; 6.2.25. Teniente Coronel Mauro Rogelio Argoti Zambrano; 6.2.26. Teniente Coronel José Enrique Pástor Guevara; 6.2.27. Teniente Rolando Paúl Bayas Rea; 6.2.28. Capitán Álex Roberto Holguín Ordóñez; 6.2.29. Brigadier Estefanía Jacqueline Flores Rosas; 6.2.30. Subteniente Carla Jacqueline Calapi Mena; 6.2.31. David Freire Coba; 6.2.32. Luis Antonio Muñoz Guerra. 6.3.- Fiscalía introdujo al proceso, lo siguiente prueba documental: 6.2.1. Resolución Defensorial; y, 6.2.2. Examen psicológico del ex cadete Michael Andrés Arce Méndez.- 6.4.- El abogado del acusador particular, con la finalidad de justificar su hipótesis de adecuación típica se adhirió a la prueba presentada por la Fiscalía y además presentó el testimonio propio del Subteniente Richard Tomás Cevallos Domínguez. 6.5.- PRUEBA DE LA DEFENSA DEL PROCESADO.- El abogado defensor del acusado Fernando Mauricio Encalada Parrales, para justificar su hipótesis de defensa, presentó las siguientes pruebas: 6.5.1.-

Testimonio del acusado Fernando Mauricio Encalada Parrales; 6.5.2.- Testimonios propios de: 6.5.3. Esteban Javier Ampudia García; 6.5.4. Wilmer Jonathan Asadovay Cajas; 6.5.5. Rodolfo Ramiro Cifuentes Chubizeta; 6.5.6.- Raúl Oswaldo Gordillo Benenaula; y, 6.5.7.- Mark Bncolict Bol.- 6.6.- Prueba Documental Defensa: a) Cuatro certificados emitidos por personas privadas de su libertad de origen afro descendientes; b) Copia certificada del informe psicológico realizado a Michael Arce; c) Copia certificada de la baja de Michael Arce presentado a Arias; d. Hoja de salida e informe personal de la separación de Michael Arce de la Escuela Militar Eloy Alfaro; e). Una copia certificada del permiso por calamidad doméstica conferido al Teniente Encalada desde el 11 al 18 de noviembre; f). Copia certificada del registro de asistencia de personal y funciones del Oficial Encalada; g) Certificados del Centro de Rehabilitación Social de Varones de Quito, referente a las diferentes actividades laborales en las que ha participado el señor Fernando Mauricio Encalada Parrales y de conducta ejemplar; y, h) Certificados de antecedentes penales otorgados por Juzgados y Tribunales de Garantías Penales de Pichincha, en los que se determinan que Fernando Mauricio Encalada Parrales, no registra juicio penal en su contra, a excepción del que se sustancia en este Tribunal. Como referencia adjuntó copias certificadas el acta de la audiencia de juzgamiento y de la sentencia del Tribunal Sexto de Garantías Penales de Pichincha, en la que se ratifica el estado de inocencia de los otros procesados. Los documentos constantes en el literal a), han sido desestimados por no haber comparecido sus otorgantes a la audiencia a ratificar su contenido, por considerar que se vulneran los principios de oralidad, intermediación y contradicción; en relación a los documentos constantes en los literales b) y f) no se los ha considerado como pruebas documentales, pero se los ha admitido para ilustración del Tribunal A quo. SÉPTIMO.- CONSIDERACIONES NORMATIVAS Y DOCTRINARIAS 7.1.- DE LA IMPUGNACIÓN Y APELACIÓN. El jurista ecuatoriano Jorge Zavala Baquerizo en su obra Derecho Procesal Penal, sobre el derecho a impugnar, expresa: “El derecho de impugnar se lo concede a la parte procesal para que se oponga a la ejecución de una decisión judicial que le causa agravio. La persona que ejerce el derecho de impugnar debe actuar en función de un interés surgido del gravamen que le ocasiona la decisión impugnada (...)”. En palabras de Couture diremos que el agravio es “la injusticia, la ofensa, el perjuicio material y moral. El litigante a quien la sentencia perjudica afirma que esta le infiere agravio y acude a mayor juez a expresar agravios. El recurso dado para reparar los agravios es, pues, la apelación”. Es este perjuicio el que mide el interés que tiene alguna de las partes para la impugnación de un determinado acto o resolución, y este interés se mide en cada caso en particular. Mientras tanto, el citado jurista Jorge Zavala Baquerizo, añade que: “(...) El agravio puede ser real o supuesto, de acuerdo al criterio de quien ejerce el derecho de impugnación. Necesariamente no debe ser una providencia injusta; pero si la parte procesal considera que si lo es, que existe oposición entre el hecho real y el hecho considerado en la providencia; o entre lo dicho por la ley y lo aceptado por la resolución, entonces, la persona que considera que estos errores de hecho, o de derecho, de forma, o de fondo, lo perjudican, puede ejercer el derecho de impugnación. (...) El derecho de impugnación, siendo un derecho subjetivo, que nace en el momento en que la persona se constituye en parte procesal, necesita materializarse, objetivarse para su ejercicio y el modo de hacerlo es mediante el recurso. Esta palabra tiene origen latino recursos (retorno)- que significa volver una cosa de donde se originó. El motivo jurídico para ejercer el derecho de impugnación puede ser variado, pero la doctrina lo ha resumido en dos: vitium in procedendo y vitium in iudicando. El primero se refiere al error de procedimiento; y el segundo, al error o vicio sustancial. Este, a su vez, puede

referirse al error de hecho (error in facto), o al error de derecho (error in iure)". 7.2.- La apelación constituye una manifestación del derecho a impugnar garantizado en la Constitución de la República así como en los Tratados Internacionales; en efecto el Art. 76 numeral 7 literal m) de la Constitución de la República señala "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: ...7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos". De igual forma los Tratados Internacionales, reconocen el derecho de las personas a recurrir de los fallos y resoluciones y desarrollar las posibilidades del recurso judicial, ante el órgano competente, como una garantía del debido proceso; así lo señalan: La Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto San José), Art. 8.2 literal h): "Durante el proceso, toda persona tiene derecho en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas "... derecho de recurrir del fallo ante Juez o Tribunal Superior:" Art. 25 numeral 2 literal b): "...a desarrollar las posibilidades de recurso judicial." El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 2 señala: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley", y su Art. 14.5 manifiesta: "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 prescrito por la ley." Partiendo de que el término impugnación significa combatir, refutar, contradecir, dentro del Derecho Penal, ésta, es una actividad encaminada a atacar la validez o eficacia del asunto, prueba, documento o hechos que se imputan como válidos o que teniendo dicha calidad, la parte contraria no los acepta como tales, por lo tanto, esta etapa sirve para que el juez, determine sobre ellos su validez o no. Al Respecto para Jorge Zabala Baquerizo: "El recurso de apelación es un acto procesal de impugnación, ordinario, suspensivo, devolutivo (general o singular) y extensivo, que contiene una manifestación de voluntad del recurrente, por la cual se opone a la ejecución de una providencia judicial que le causa agravio, con el fin de que un tribunal inmediato superior al que dicto la providencia impugnada, valide o no luego del examen del proceso, dicte una nueva providencia que reforme o revoque la recurrida." 7.3. DE LA MOTIVACIÓN.- La exigencia constitucional de motivar es inherente a todo proceso, desde su inicio, durante su sustanciación hasta su culminación con la decisión judicial. Por ello, en diversos fallos dictados por la Corte Nacional, máximo Tribunal de Justicia, ha manifestado reiteradamente la necesidad de fundamentar y motivar las sentencias dictadas por parte de los órganos jurisdiccionales inferiores, garantizando el derecho de los sujetos procesales a impugnar, principio doctrinariamente conocido como "doble conforme", en virtud del cual los Tribunales Superiores conocen, revisan y resuelven los recursos propuestos; es decir, es la posibilidad que tiene el justiciable para criticar el fallo y lograr un nuevo examen de la cuestión, tanto más, como dice Julio Maier: "La sentencia penal pronunciada por el órgano judicial competente para ello es hoy el único fundamento que admite la aplicación de una pena". Para arribar a ese tipo de conclusiones del proceso, es evidente que el Tribunal habrá llevado a cabo una audiencia en la que habrá ejercido el control de la prueba introducida, la que valorará para la sentencia. Pero ese conocimiento requiere de la aplicación de la *sindéresis*, de la lógica, para evitar contradicciones en el razonamiento. El Juez ha de perfilar los argumentos que van a servir de sustento a la decisión, para que las premisas de la hipótesis fáctica que se le presenta se

constriñan a la calificación jurídica adecuada. El tratadista Ignacio Colomer hablando sobre la motivación dice: “La motivación debe respetar derechos fundamentales; exigencia de una adecuada conexión entre los hechos y las normas que justifican la decisión. Así, una motivación válida es aquella que pone en contacto la cuestión fáctica con la cuestión juris... La interpretación viene a ser el mecanismo utilizado por el juez para dar significado a la norma previamente seleccionada...”. Será por lo tanto, una motivación adecuada y suficiente la que legitime el proceso en su momento de concluir o resolver. A fin de garantizar la seguridad jurídica es imperativo motivar el fallo dando cumplimiento con esta obligación constitucional de motivación, dispuesta en el Art. 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador, que dice: “Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.” En este sentido también es necesario señalar lo que dice la Jurisprudencia al respecto: La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Tristán Donoso vs. Panamá- Sentencia de 27 de enero de 2009 señala: Debida Garantía “El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos, deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes que éstas han sido oídas y en aquellos casos en que la decisiones son recurribles, es proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el Art. 8.1 de la Convención para salvaguardar el derecho a un debido proceso.” Cafferata Nores, señala que una de las características del sistema constitucional procesal “es la necesidad de motivar las resoluciones, o sea, la obligación impuesta a los jueces de proporcionar las razones de su convencimiento, demostrando el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a las que se llega y los elementos de prueba utilizados para alcanzarlas.” Sobre la motivación la Corte Constitucional para el período de transición ha expuesto que: “Para que una resolución sea motivada se requiere que sea fundamentada, es decir que se enuncien las normas o principios jurídicos en que se basa la decisión...” ; y, posteriormente ha dicho que: “La motivación consiste en que los antecedentes que se exponen en la parte motiva sean coherentes con lo que se resuelve, y que nunca puede ser válida una motivación que sea contradictoria...” En este mismo sentido, la Corte Constitucional, en sentencia No. 069-10-SEP-CC, ha referido que “La motivación consiste en que los antecedentes que se exponen en la parte motiva sean coherentes con lo que se resuelve, y nunca puede ser válida una motivación que sea contradictoria con la decisión. En otras palabras: La motivación es justificación, es argumentar racionalmente para justificar una decisión aplicativa, es exposición de las razones que se han dado por los jueces para mostrar que su decisión es correcta y aceptable (...) Es decir, la motivación responde a la debida y lógica coherencia de razonabilidad que debe existir entre la pretensión, los elementos fácticos, las consideraciones y vinculación de la norma jurídica y la resolución tomada”.

OCTAVO.- MARCO CONSTITUCIONAL, LEGAL Y NORMATIVA INTERNACIONAL 8.1.- La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 76, contempla las garantías básicas del debido proceso, consagrando el principio de legalidad en el número 3, que determina que:

“Nadie podrá ser juzgado o sancionado por un acto u omisión que al momento de cometerse, no éste tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, no se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la Ley”. El delito por el cual se le ha acusado al ciudadano Fernando Mauricio Encalada Parrales, es el establecido en el artículo 212.5 del Código Penal, aplicable al caso, preceptuado dentro del Capítulo VIII.I “De los Delitos de Odio”, agregado mediante Ley publicada en el Registro Oficial No. 555 de 24 de marzo de 2009, a conocer: “Será sancionado con prisión de seis meses a dos años el que cometiere actos de violencia moral o física de odio o de desprecio contra una o más personas en razón del color de su piel, su raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad. Si de los actos de violencia a que se refiere este artículo resultare herida alguna persona, los autores serán sancionados con prisión de dos a cinco años. Si dichos actos de violencia produjeren la muerte de una persona, sus autores serán sancionados con reclusión de 12 a 16 años”. De acuerdo con la doctrina y derecho comparado, se trata de una traducción literal de la frase anglosajona “hate crimes”. El Art. 81 de la Constitución de la República, señala: “La ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección. Se nombrarán fiscales y defensoras o defensores especializados para el tratamiento de estas causas, de acuerdo con la ley”. 8.2.- La Constitución de la República, en su artículo 1 declara al Ecuador como: “un Estado constitucional de derechos y justicia social, democrático, intercultural y plurinacional”. Igualmente establece en su Art. 10 que “Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales”. El Art. 11, ibídem, establece principios para garantizar el ejercicio de los derechos, así: “1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento. 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad. 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte...”. El Art. 66 literal b) de la Constitución de la República del Ecuador, reconoce y garantiza a las personas: “Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual.” El Art. 78 ibídem, establece:

“Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales.” 8.3.- La Declaración Universal de Derechos Humanos proclama en sus artículos 1 y 2 que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en ella, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica o cualquier otra condición. Igualmente, el artículo 5 determina: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. El Art. 7 ibídem, señala que: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”. 8.4.- La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su capítulo II, referente a los Derechos civiles y políticos, establece en su artículo 5 el derecho a la Integridad Personal: “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes...” 8.5.- La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, en su artículo 1.1, establece: “1. En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”. En el artículo 2 de la mencionada Convención, encontramos que los Estados partes, se sujetan a: ... “1. Condenar la discriminación racial y se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas, y con tal objeto: a) Cada Estado parte se compromete a no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones y a velar por que todas las autoridades públicas e instituciones públicas, nacionales y locales, actúen en conformidad con esta obligación; b) Cada Estado parte se compromete a no fomentar, defender o apoyar la discriminación racial practicada por cualesquiera personas u organizaciones; c) Cada Estado parte tomará medidas efectivas para revisar las políticas gubernamentales nacionales y locales, y para enmendar, derogar o anular las leyes y las disposiciones reglamentarias que tengan como consecuencia crear la discriminación racial o perpetuarla donde ya exista; d) Cada Estado parte prohibirá y hará cesar por todos los medios apropiados, incluso, si lo exigieran las circunstancias, medidas legislativas, la discriminación racial practicada por personas, grupos u organizaciones; e) Cada Estado parte se compromete a estimular, cuando fuere el caso, organizaciones y movimientos multirraciales integracionistas y otros medios encaminados a eliminar las barreras entre las razas, y a desalentar todo lo que tienda a fortalecer la división racial. 2. Los Estados partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado

desarrollo y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron". El Artículo 6 *ibídem*, establece que: "Los Estados partes asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial que, contraviniendo la presente Convención, viole sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación".

8.6.- Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, en su artículo 1, establece lo que debe entenderse por discriminación: "es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes. La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra". El artículo 2 de la citada Convención, determina que: "Todo ser humano es igual ante la ley y tiene derecho a igual protección contra toda forma de discriminación e intolerancia en cualquier ámbito de la vida pública o privada."

8.7.- La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en su Art. 1 define al término "tortura" como "todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas."

8.8.- La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en su artículo 2, establece: "Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica".

8.9.- El Convenio Europeo de Derechos Humanos (Convenio de Roma), en su artículo 3, determina: "Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes".

8.10.- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 7 ,

establece: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”. Dichas prohibiciones contenidas tanto en la legislación interna como en los tratados y convenios internacionales, se refieren no solo a los actos que causen a la víctima dolor físico, sino a los que causan sufrimiento psíquico y moral. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha dicho que: “Se debe reiterar que algunos actos de agresión infligidos a una persona pueden calificarse como torturas psíquicas, particularmente los actos que han sido preparados y realizados deliberadamente contra la víctima; para suprimir su resistencia psíquica y forzarla a auto inculparse o a confesar determinadas conductas delictivas o someterla a modalidades de castigos adicionales a la privación de libertad en sí misma. En este sentido, la tortura no se limita a la violencia física, pues también se puede infligir mediante sometimiento a sufrimiento psicológico o angustia moral”. NOVENO.- DEFINICIÓN DE ODIO Y VIOLENCIA.- De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, la palabra “odio” proviene del latín odium. “Antipatía y aversión hacia alguna cosa o persona cuyo mal se desea”. En este sentido, como señalaba Ortega y Gasset: “Odiar a alguien es sentir irritación por su simple existencia. Sólo satisfaría su radical desaparición. [...] Odiar es anulación y asesinato virtual –pero no un asesinato que se ejecuta una vez, sino que estar odiando es estar sin descanso asesinando, borrando de la existencia al ser que odiamos”. Fernando Yávar, señala que la psicología define el odio como: “un sentimiento profundo y duradero, intensa expresión de animosidad, ira, hostilidad hacia una persona, grupo u objeto. En cuestiones jurídicas los delitos de odio son motivados por prejuicios y se traslucen en ataques físicos, destrucción de la propiedad, insultos, etc, siendo la discriminación la antesala del odio”. “La violencia psicológica sobre los mismos tipos que refleja en razón de su nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad o estado de salud, en ocasiones es mucho más difícil de detectar en la práctica ya que las ofensas sobre estas manifestaciones no son visibles. Así, la agresión psicológica de un jefe a un empleado con menor poder, de un vecino a otro (s), de una nacional aun extranjero, etc, siempre pasan desapercibidas en el momento pero los efectos que generan en la persona pueden ser mucho más duraderos y dolorosos que la violencia física. Lo que intuye que los delitos de odio pueden establecerse en forma de violencia física o psicológicamente”. La Guía para la Solidaridad con las Víctimas de Odio y la Intolerancia, respecto a dicho tema, señala: “La INTOLERANCIA se puede mostrar a través de actitudes y comportamientos, activos o pasivos, que violan y atacan los derechos fundamentales que todos tenemos reconocidos, hechos que tiene su origen en los PREJUICIOS ante las DIFERENCIAS de las personas, en atención a su etnia, orientación sexual, nacionalidad, religión, ideología, o simplemente por el aspecto físico o social. Estos prejuicios alimentan el ODIO, que es un sentimiento de antipatía o aversión hacia personas, colectivos o cosas cuyo mal se desea, sentando la base para manifestaciones ulteriores de intolerancia. Muchas veces esos comportamientos de odio e intolerancia pueden concretarse en AGRESIONES VIOLENTAS que atentan contra la integridad física o la vida de las personas. Otras muchas veces esos comportamientos, sin manifestarse mediante violencia física o verbal, pueden consistir en ACTITUDES DISCRIMINATORIAS difusas o no aparentes que niegan sus derechos a determinadas personas por considerarse “diferentes” a las demás. Al referirse a los crímenes y delitos por odio e intolerancia, indica: “Cualquier delito o falta, incidente o crimen, realizado contra personas, colectivos sociales y

bienes, cuando la víctima, las instalaciones o el objetivo de su acción hayan sido seleccionados por prejuicios o animadversión social, por su condición, vinculación, pertenencia o relación con un grupo social definido por su origen nacional, étnico o racial, su idioma, color, religión, género, edad, discapacidad mental o física, orientación sexual, indigencia, enfermedad o cualquier otro factor heteróforo. Los incidentes y crímenes de odio violan los derechos fundamentales de las víctimas. Las víctimas pueden sufrir miedo, degradación y sentirse estigmatizadas y sin defensa. Además, cuando atacan a una persona por su condición social aterrorizan a todo el colectivo de pertenencia”. Diremos entonces, que el término odio es la antipatía y aversión hacia algo o hacia alguien cuyo mal se desea, produciendo una discriminación negativa hacia una persona, afectándose la integridad personal y moral. El odio exteriorizado y manifestado en actos, constituye un delito contra las personas, y el bien jurídico protegido es la dignidad humana e igualdad ante la ley, garantizado por la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 66.4, al establecer: Se reconoce y garantiza a las personas: “...4.- Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”, en concordancia con el artículo 66.3 literal c): “3... El derecho a la integridad personal, que incluye: c)...La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes”, derechos reconocidos también en los tratados y convenios internacionales, los cuales prevalecen sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público, conforme reza el Art. 424 de la Carta Magna, que determina: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”. Igualmente, el Art. 426 ibídem, señala: “Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.” Los delitos de odio son: “manifestaciones violentas de intolerancia y tienen un profundo impacto no sólo sobre la víctima inmediata sino sobre el grupo con el que la víctima se identifica”. “Los delitos de odio violan el ideal de igualdad entre los miembros de una sociedad (...) y causan un mayor daño que los delitos comunes porque el objetivo se selecciona por la identidad de la persona. La víctima inmediata puede experimentar una lesión psicológica mayor y un sentimiento agravado de vulnerabilidad porque él o ella es incapaz de cambiar la característica que le convierte a él o ella en víctima. Los delitos de odio tienen un impacto psicológico significativamente más profundo sobre sus víctimas, derivando a sentimientos de depresión y ansiedad” . El verbo rector del tipo penal establecido en el Art. 512.5 del Código Penal, aplicable al caso, es cometer “actos de violencia moral o física”, impulsado el sujeto activo de la infracción a realizar estos actos, por motivos de odio o desprecio contra una o más personas en razón del color de la piel, raza, religión, origen

nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad, afectándose el bien jurídico protegido como es la igualdad, ya que se viola el ideal de igualdad que debe coexistir entre los miembros de una sociedad, así como el derecho a la dignidad o integridad personal como producto de los actos de violencia moral o física, acarreado como consecuencia una afectación a normas constitucionales y de derechos humanos. Violencia, “es el uso intencional de la fuerza o intimidación, para conseguir un propósito, para dominar a alguien o para imponer una voluntad”, citado por el Dr. Vicente Robalino. A la vez, la violencia puede ser física, psicológica, sexual, patrimonial. La Organización Mundial de la Salud clasifica la violencia en tres categorías según el autor del acto violento: violencia dirigida contra uno mismo, violencia interpersonal y violencia colectiva. Joaquín Escriche, en su obra Diccionario de Legislación y Jurisprudencia, define el término violencia, como: “la fuerza de que se usa contra alguno para obligarle a hacer lo que no quiere por medios que no puede resistir. Hay verdadera violencia cuando es capaz de hacer impresión a una persona razonable inspirándole temor, bajo el concepto de que para graduar el efecto de la violencia se ha de tomar en consideración la edad, sexo y condición de las personas”. Violencia Psicológica, de acuerdo con el Glosario de Términos y Conceptos Jurídicos, es un “patrón de conducta constante ejercida en deshonra, descrédito o menosprecio al valor personal”. Según el tratadista Eugenio Raúl Zaffaroni, <http://www.iestudiospenales.com.ar/parte-general/doctrina/44-daumier.html> al referirse a los delitos de odio, señala: “En el delito por odio, el odio a la víctima está motivado por el odio a un grupo de pertenencia, que está fundado en un prejuicio. Se ha caracterizado el crimen por odio como un acto ilegal que importa una selección intencional de una víctima a partir del prejuicio del infractor contra el estatus actual o percepción de esta. Así es como la doctrina lo ha definido. No se pena el prejuicio, que es una mera actitud, sino la conducta que, además de lesionar el correspondiente bien jurídico, resulta más reprochable por ser discriminatoria y por implicar un mensaje para todos los que se ven afectados por el prejuicio”. Por tanto, al poner en peligro los bienes protegidos, lo que se criminaliza no son los pensamientos, que corresponden al fuero interno, sino a la conducta del sujeto activo cuando es lesiva y genera violencia moral o física a la víctima. Al respecto, “esto se discutió en Estados Unidos en dos casos resueltos por la Corte Suprema. Uno, contra la ciudad de St. Paul (1992) y el otro, Wisconsin contra Mitchel (1993). En el primero, la Corte dice claramente que no se pueden penar crímenes del pensamiento. En el segundo, estableció una barrera entre el pensamiento y la conducta agresiva motivada. Mientras la cuestión sea mera expresión de pensamiento, la Corte de EE.UU. dice que la conducta no se puede penar. Pero cuando pasa a ser lesiva, se puede valorar la motivación como en cualquier delito”. Sobre este mismo tema, el Dr. Ernesto Albán Gómez, en su obra Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, señala: “Obviamente no se sanciona el solo sentimiento, por reprochable que sea. Siempre se sanciona actos, aunque sean puramente verbales, tipificados como delitos; pero hace falta para que estos delitos se produzcan que tales actos estén motivados por estos sentimientos: odio o desprecio a un grupo humano”. DÉCIMO.- ANÁLISIS DE LAS FUNDAMENTACIONES EN RELACIÓN A LA PRUEBA Y SU VALORACIÓN.- El artículo 250 del Código de Procedimiento Penal, con el que se tramitó esta causa, puntualiza que en la etapa del juicio se practicarán los actos procesales necesarios para comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado, para que según corresponda condenarlo o absolverlo; por consiguiente, “la prueba solo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de este Código ...”; de la misma manera al tenor del

artículo 84 ejusdem: “se deben probar todos los hechos y circunstancias de interés para el caso...”; en concordancia con su artículo 85 que señala: “La prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado”; y el artículo 252 ibídem, que establece: “la certeza de la existencia del delito y de la culpabilidad del acusado se obtendrá de las pruebas de cargo y de descargo que aporten los sujetos procesales en esta etapa, sin perjuicio de los anticipos jurisdiccionales de prueba que hubiesen practicado en la etapa de instrucción fiscal”. Con relación a la prueba material, conforme lo determina el artículo 91 del Código de Procedimiento Penal, consiste en los resultados de la infracción, en sus vestigios, en los instrumentos con los que se la cometió, todo lo cual debe ser recogido y conservado, con la debida cadena de custodia, para ser presentados en juicio y valorados por una Jueza o Juez o un Tribunal; principios procesales que son concordantes con lo que establece el artículo 76, número 7, letras a, b, c, d, e, g, h, j y k de la Constitución de la República. En el caso subjuice, luego de la revisión del expediente, se desprenden que fiscalía y acusación particular acusan al procesado Fernando Mauricio Encalada Parrales, por el delito de odio tipificado y sancionado por el Art. 212.5 del Código Penal, dirigido en contra de Michael Andrés Arce Méndez, a quien por su color de piel se le ha discriminado hasta culminar con su petición de baja de las filas de las Fuerzas Armadas, a la que ingresó en calidad de cadete y el acusado fue su instructor. Los recurrentes manifiestan que la sentencia dictada por el Tribunal Aquo no cumple con el principio de congruencia ya que no existe una correlación necesaria entre la prueba que se practicó en la audiencia de juzgamiento, la acusación que se formuló y la decisión que se emitió, por lo que no existe una correcta valoración de la prueba introducida y practicada, omitiéndose tomar en cuenta elementos probatorios que demuestran la existencia de actos constitutivos del delito de odio y la responsabilidad del procesado. Es deber de este Tribunal de Alzada realizar un examen integral de los hechos contrastados y el derecho, en función de la prueba actuada y su valoración, siendo necesario no solo el análisis respecto al tipo penal acusado, sino también la revisión y análisis de disposiciones constitucionales y normativa internacional. Sobre este particular, la Corte Constitucional del Ecuador, dentro del caso No. 0148-11-EP, Sentencia No. 136-14-SEP-CC, de 17 de septiembre de 2014, Pág. 17, señala: “Es muy importante que los jueces y juezas analicen estos temas de modo integral, tomando en consideración todos los elementos del caso puesto a su consideración; y en ese marco, toda la normativa vigente aplicable al caso”. Continúa el fallo, Pág. 18, “Esta Corte considera que para determinar si había o no delito de violencia moral de odio o de desprecio contra el señor Mina Bonilla en razón del color de su piel o su raza, la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas debió realizar un examen integral de los hechos y el derecho; siendo en ese marco necesaria no solo la ponderación antes señalada respecto al tipo penal, sino también la revisión y análisis de disposiciones constitucionales y normativa internacional vigente en el país, que desarrolla ampliamente el tema puesto a consideración de los juzgadores y que obliga al Estado, por cuanto son parte de él, a los organismos de la función judicial, a adoptar las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento. Al no haber considerado todos los elementos inherentes al caso, esta Corte considera que la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho consagrado en el artículo 75 de la Constitución”. El Art. 79 del Código Adjetivo Penal, señala que: “las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales de garantías penales correspondientes, salvo el caso de las pruebas testimoniales urgentes, que serán practicadas

por los jueces de garantías penales. Las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción Fiscal alcanzaran el valor de la prueba una vez que sean presentadas y valoradas en la etapa del juicio". Por lo tanto, el deber de este Tribunal Ad quem es expresar el fundamento de la decisión a la que se ha llegado en forma oral, en la respectiva audiencia que tuvo lugar para conocer sobre las razones fácticas y jurídicas del recurso de apelación interpuesto por los recurrentes, expresando con compleción los motivos que los jueces han tenido para la decisión final, habiéndose dado cumplimiento además al principio de contradicción establecido en la ley procesal penal. En consecuencia, una vez revisada la sentencia se observa que durante la Audiencia de Juzgamiento, Fiscalía y Acusación particular para justificar la existencia material de la infracción así como la responsabilidad penal del procesado, introdujo varias pruebas, que no fueron valoradas de manera integral por el Tribunal Aquo, así: El informe de investigación realizado por Defensoría del Pueblo, en el cual se llega a la conclusión a través de la Resolución Defensorial que a la víctima Michael Arce Méndez, se le vulneró el "derecho a la integridad personal y moral, derecho a la igualdad y no discriminación racial y el derecho a la educación, al recibir actos discriminatorios, de odio y menosprecio en su contra, tales como: "negro vago, hediondo, negro hijo de puta, inútil eres menos que las mujeres, ningún negro será oficial", cuyo informe fue introducido como prueba documental, y respaldado o validado con los testimonios de los autores, es decir los investigadores del caso de la Defensoría del Pueblo; por lo que, a criterio de este Tribunal debe ser tomado en cuenta y valorado no solo como la "noticia criminis" por la cual se puso en conocimiento de Fiscalía General del Estado los hechos denunciados e investigados por Defensoría del Pueblo, cumpliendo con su rol de organismo estatal, siendo "la Institución Nacional de Derechos Humanos que promueve, divulga y protege los derechos de las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos que habitan en el país, de las ecuatorianas y ecuatorianos en el exterior, y los Derechos de la Naturaleza, así como impulsar la construcción de una cultura que los reconozca y promueva en todos los ámbitos de la vida nacional para propiciar la vida digna y el Buen Vivir..."<http://www.dpe.gob.ec/que-hacemos/>. Informe que se ha basado en información recabada y culmina con la investigación, concluyendo con la Resolución Defensorial, como era su obligación jurídica, conforme atribuciones dadas por mandato constitucional en el numeral 2) del artículo 215, 2. Emitir medidas de cumplimiento obligatorio e inmediato en materia de protección de los derechos, y solicitar juzgamiento y sanción ante la autoridad competente, por sus incumplimientos

en concordancia con los artículos 2 literal b), 14, 16, 19, 20 y 21 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, que permiten a dicha institución realizar una investigación sumaria e informal, admitiéndose cualquier medio de prueba conforme a derecho, amparándose en los artículos 19, 22 y 25 del Reglamento de Quejas de la Defensoría del Pueblo, cuya Resolución Defensorial No. 006-DPE-DINAPROT-54708-HJCA-2012, en lo principal señala: "1.- Aceptar la queja presentada por el señor Michael Andrés Arce Méndez en contra del Teniente Fernando Mauricio Encalada Parrales, Instructor Oficial de la Escuela Superior Militar "Eloy Alfaro; 2.- Declarar que el señor Teniente Fernando Mauricio Encalada Parrales, Instructor Oficial de la Escuela Superior Militar "Eloy Alfaro" vulneró el derecho a la integridad personal, el derecho a la igualdad y no discriminación racial y el derecho a la educación que constitucionalmente le son reconocidos al señor Michael Andrés Arce Méndez, 3.- Exhortar al Ministerio de Defensa Nacional y a la Escuela Superior Militar que se inicie un proceso interno correspondiente en

contra del Teniente Fernando Mauricio Encalada Parrales, Instructor Oficial de la Escuela Superior Militar "Eloy Alfaro", para que por ser vulneraciones a derechos humanos sea sancionado de manera razonable y proporcionalmente. Esta Dirección recomienda que por dichas violaciones sea separado de las Fuerzas Armadas Ecuatorianas. 4.- Declarar que la Defensoría del Pueblo realizará vigilancia al debido proceso del proceso interno sancionatorio. 5.- Declarar a la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro por intermedio de sus Directivos como responsables de las vulneraciones de los derechos del señor Michael Andrés Arce Méndez por la omisión de procesos internos de respeto y sanción oportunos. 6.- Exhortar a la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro y al Ministerio de Defensa Nacional que en cumplimiento de las disposiciones constitucionales e internacionales implementadas en programas y políticas tendientes a erradicar la discriminación dentro de las Escuelas Militares del país y garantizar el respeto a los derechos humanos, para lo cual la Defensoría del Pueblo se pone a su disposición para cualquier sustento técnico que sea requerido para brindar el apoyo en la construcción e implementación de las mismas. 7.- Remitir la investigación al Ministerio Público por existir indicios y evidencias de actos delictivos que implican violación en materia de derechos humanos, en este caso por el cometimiento de actos de tortura, trato cruel e inhumano y degradante por parte del Teniente Fernando Mauricio Encalada Parrales, Instructor en contra del señor Michael Andrés Arce Méndez. 8. Reservar el derecho de la Dirección Nacional para continuar trámites defensoriales en relación a posibles vulneraciones a derechos al interior de la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro en contra de otros y otras estudiantes en relación a la información obtenida mediante entrevistas directas y reservadas. 9.- Dejar a salvo el ejercicio de los derechos y acciones administrativas y/o judiciales de las que se crean asistidas las partes". Resolución Defensorial, que se encuentra suscrita por Carla Patiño Carreño, Directora Nacional de Protección de Derechos Humanos y de la Naturaleza, Defensoría del Pueblo (fs. 391 a 397), debiendo aclarar que dicha Resolución Defensorial fue ratificada a través del recurso de Revisión, por parte del Defensor del Pueblo Adjunto (fs. 431 a 440), conforme mandato del Art. 26 del Reglamento de Trámite de Quejas, debiendo dársele plena validez procesal como elemento probatorio, siendo introducido como prueba documental para probar los hechos acusados, tomando en cuenta como se manifestó que a la audiencia de juicio comparecieron los funcionarios de la Defensoría del Pueblo, encargados de recabar información y realizar la investigación, a través de entrevistas y testimonios de varios cadetes, funcionarios que bajo juramento rindieron sus testimonios en audiencia de juicio, entre ellos: 1.- Carla Gabriela Patiño Carreño, Directora Nacional de Protección de Derechos Humanos, quien en lo principal manifiesta que se emitió la Resolución Defensorial, en la cual se establecieron que existían vulneraciones a los derechos humanos del señor Michael Arce Méndez; que se iniciaron las investigaciones en base a la denuncia presentada y se hicieron entrevistas a las personas que estudiaron ese mismo año en la ESMIL, que se pidió información documental a la institución militar, emitiendo finalmente la resolución Defensorial donde se determinó la vulneración de derechos a la integridad personal de Michael Arce. 2.- Testimonio de Haydee Jacqueliene Cáceres Alarcón, quien relata que se presentó la queja en la Defensoría del Pueblo el 4 de diciembre de 2012, que acudieron a la ESMIL para realizar un trabajo de investigación de campo, que se formaron grupos de trabajo para las entrevistas a los cadetes; que la entrevista fue neutra y tenía como objetivo conocer la vida militar del cadete Arce, que todos colaboraron y la mayoría indicó que sí le castigaban al señor Arce, que el instructor Teniente Fernando Encalada se le "cargoseaba", le castigaba o le insultaba en forma exagerada

y agresiva al cadete Arce, que le quitaba el derecho a la alimentación, que a veces le daba medio minuto para que almuerce y a veces le tentaba con una funda de tostado y si comía le castigaba; que dentro de la investigación de campo, de su conversación con los cadetes de primer año fue su trabajo no preguntar nombres, ni apellidos ni características de los otros cadetes. 3.- Testimonio de Edith Annabel Ortega Mendoza, quien señala que realizaron una entrevista a 184 cadetes de la ESMIL, que entrevistó a 14 cadetes, que se organizaron grupos de trabajo entre dos compañeros y que lo hizo con Javier Morales; que en el caso de Arce los compañeros comentaron que hubo excesos en el trato, que a él no le daban de comer que no le servían carne o pollo, que lo llamaban vago inútil que tenían esa disposición porque si no lo hacían, a todos los castigaban y que habían recibido disposición de que a él lo querían fuera, que le habían dado trato diferentes, que había otros compañeros que tenían las mismas condiciones de Arce, pero no les habían hecho eso; que uno de ellos narró que una mañana despertó y lo habían encontrado a Arce con la ropa mojada como ido y luego de que ya había pedido la baja el Teniente Encalada le hizo pasar al frente de la compañía y le hizo leer una carta que era privada de su madre donde le decía que siga siendo el mejor como en el colegio, ellos también querían llorar y que el joven Arce también lloraba, eso le impactó porque era un acto privado; que los cadetes señalaron que en relación a la Base Pucará requerían mayor esfuerzo físico, que no hubo un trato discriminatorio por ser afro sino porque le habían encontrado caramelos y chocolates y que seguramente hizo que Encalada le haya visto mal; que los jóvenes manifestaron que no existe discriminación en el caso afro, excepto en el caso de Arce y Encalada. 4.- Testimonio de Wilton Vicente Guaranda Mendoza, quien manifiesta que el grupo a entrevistar fue de seis a siete cadetes, quienes indicaron situaciones como que había una actitud particular respecto del señor Arce, entre ellos se le “cargoseaban”, que siempre le daban las sanciones de manera desproporcionada como no se los daba a los otros cadetes; que eventualmente escucharon algún tipo de insultos o tratos descomedidos al señor Arce sobre todo en la Base de Pucará, ahí hubo los momentos más tensos, cuestiones como que se le permitía comer medio minuto y que las otras personas lo hacían en mayor tiempo, y que alguna oportunidad también le escucharon decir del propio Arce que le habían insinuado los instructores que mejor se acoja a la baja porque no iba a rendir para la actividad que estaba en ese momento formándose; que una de las metodologías era no preguntar los nombres de los cadetes para no comprometer alguna situación posterior de ellos, sino recabar información de lo que estaba ocurriendo. Los testimonios propios antes referidos, al ser valorados guardan relación y son concordantes entre sí, así como con el contenido de la Resolución Defensorial, que se basa en la información documental recabada, cuya investigación se la realizó a base de entrevistas directas, informales y reservadas a cerca de 180 estudiantes pertenecientes a la ESMIL, precisamente por la delicadeza del tema y las consecuencias que podían traer a los estudiantes entrevistados, si se identificaban, donde efectivamente varios de los cadetes y compañeros de Michael Arce Méndez señalan y confirman que habían prácticas discriminatorias en contra de Arce por parte del Teniente Fernando Encalada. Por lo tanto, a criterio de este Tribunal de Alzada, debe dársele el valor probatorio correspondiente a la Resolución Defensorial y a los testimonios rendidos por los funcionarios de la Defensoría del Pueblo para demostrar el hecho acusado y la responsabilidad del procesado, como en efecto lo hacemos. En cuanto a los testimonios propios rendidos por los peritos psicólogo social de grupos vulnerables, Gino Grondona Opazo, y el sociólogo John Antón Sánchez, PHD en Antropología, los cuales a criterio de la acusación particular y Fiscalía

no han sido valorados por el Tribunal a quo. Al respecto, el primero de ellos, en lo principal señala que: “básicamente se encarga de conocer las relaciones sociales, los impactos de las estructuras sociales y de conducta; agregó que el estereotipo de los afros, es que son vagos, sucios, delincuentes e irresponsables; cuando hay políticas de discriminación positiva hay un rechazo de la sociedad, que conlleva a la indiferencia, a la burla, a la exposición del racismo simbólico, al rechazo, al aislamiento; en el Ecuador el racismo siempre ha existido; se presenta en las Fuerzas Armadas porque tienen una alta jerarquía, en las Universidades e Instituciones Públicas”. Por otro lado, el sociólogo John Antón Sánchez, PHD en Antropología y profesor del IAEN, quien ha realizado estudios sociológicos sobre la raza, el racismo, la evaluación de políticas públicas sobre inclusión de los grupos minoritarios, en su testimonio señala que: “el delito de odio es una infracción generada por un individuo que tiene el complejo sobre superioridad racial. Este delito tiene origen en la ideología del racismo, se cree que hay personas superiores e inferiores, donde el concepto de raza ha sido mal asimilado, siendo eliminado por la Unesco este concepto, los individuos generan diferentes rasgos, pero el concepto de raza se desvirtúa; que el delito de odio en el Ecuador funciona cuando un individuo tiene en su mente el complejo de superioridad, en el Ecuador las personas que más han sentido la discriminación son las personas afrodescendientes; que realizó un estudio, que lo plasmó en un libro donde se mide el grado de percepción de la discriminación en el Ecuador, los negros son las mayores víctimas; que las personas blancas son las que cometen más este delito, según su estudio las Fuerzas Armadas es la institución donde más se comete este delito; que el racismo es un fenómeno global que no se cambia de la noche a la mañana, la iglesia genera esta discriminación y la esclavitud fue el efecto de esta discriminación; que la violencia simbólica no es agredirle, está impregnada por una serie de actitudes, este utiliza todo su poder para apabullarle, decir que el negro es sucio, decir que las negras sirven para calentar los riñones, decirles que pasan en un árbol como un mico, eso es discriminación; que en los informes que realizó encontró que estas declaraciones están en el proceso de discriminación racial, no porque sean blancas, sino porque es jerárquicamente superior; que sí se violan estos derechos amparados internacionalmente, la responsabilidad es por un lado del Estado; que no es necesaria una violencia física, no se comete solamente con pegarle, es un perjuicio de superioridad jerarquizada preconcebida; que en una institución jerarquizada de tipo vertical, se forma a través de principios, es decir quiénes son las personas que están en la posesión de poder ese es el punto más importante como operan las Fuerzas Armadas; que las instituciones se reproducen generando una significancia de jerarquización. Que llega a estas conclusiones, luego de revisar el informe y expediente de la Defensoría del Pueblo. Los testimonios rendidos, provienen de profesionales expertos en temas psicosociales y sociológicos de grupos vulnerables y racismo, sin que sea aceptable la alegación de la defensa del procesado de que no deben considerarse sus testimonios porque no son peritos acreditados al Consejo de la Judicatura, y que desconocen la realidad ecuatoriana por ser extranjeros, cuando justamente el titular de la acción penal recurre a ellos, por ser expertos en temas de derechos humanos y discriminación, quienes tienen vasta experiencia en estos temas, aportando conocimientos específicos sobre la materia, explicando el contexto en el que se produce el delito de odio, en forma general, pero clara y precisa, cumpliendo con el artículo 133.1 del Código de Procedimiento Penal, sin que deba desmerecerse su condición de extranjeros, tanto más que fueron sometidos a contrainterrogatorio por la contraparte procesal, cuyas experticias en la materia sobre grupos vulnerables, afirman que persiste en la sociedad ecuatoriana

estereotipos en contra de grupos minoritarios, como los afrodescendientes, indicando que se les conoce como “vagos, sucios, delincuentes, irresponsables, micos”, existiendo rechazo y discriminación general hacia ellos, y que dichos eventos discriminatorios se dan a nivel jerárquico de las instituciones militares, así como también en universidades y entidades públicas, pese a las políticas de acción afirmativa existentes, denotándose claros signos de discriminación y odio hacia grupos vulnerables como los afrodescendientes y al entorno al cual pertenece el sujeto activo. Actos que a criterio de este Tribunal son precisamente los actos realizados por el Teniente Mauricio Encalada Parrales en contra del cadete Michael Arce Méndez, denotándose actos de discriminación y tratos degradantes hacia el sujeto pasivo, demostrándose con dichos testimonios que existen y perduran en nuestra sociedad ecuatoriana patrones de discriminación y exclusión hacia diferentes grupos sociales, entre ellos los afrodescendientes, afectando claramente sus derechos humanos, protegidos por la Constitución del República y Tratados y Convenios Internacionales, lo cual se corrobora con el examen psicológico practicado al procesado por parte de la perito Dra. Barbarita Miranda, quien establece que el examinado presenta poca flexibilidad frente al medio y busca la aprobación, con sentimientos de inferioridad, que tiene una actitud de agresión reprimida y narcisista frente al medio, con tendencias de vanidad y sobre valoración frente al medio; determinándose para este Tribunal conductas de superioridad del instructor Teniente Encalada respecto del cadete Michael Arce, al humillarle y menospreciarle claramente por su condición de afrodescendiente, en frente de todos sus compañeros cadetes de la ESMIL Eloy Alfaro, conforme lo antes testimoniado. Del análisis y valoración del testimonio rendido por Michael Andrés Arce Méndez, se desprende que el Teniente Fernando Encalada constantemente lo llamaba “vago, sucio, inútil muérgano” y otros términos denigrando su persona y dirigidos solamente a él; siendo obligado en las prácticas acuáticas a entrar a la fosa de bajas temperaturas hasta que su cuerpo no resistía; en las prácticas de boxeo y defensa personal, la hacía pelear contra varios cadetes a la vez y les decía el Teniente que tenían que masacrarlo sino recibirían castigo, y su vez, le hacía pelear con las mujeres, lo que devino a la final en una fractura de nariz; que le hizo boxear contra el cadete haitiano Olivier Dorvay, y que Encalada le dijo que si le ganaba iba a dejar de acosarlo; que a la hora de la comida, cuando todos estaban en el comedor, le mandaba a trotar por alrededor de la base, quedándole un minuto para comer y que en muchas ocasiones comió afuera en el suelo; que cuando practicaban canciones militares, el Teniente Encalada le obligaba a que haga el puño coreano, consistente en apoyar sus puños sobre piedras por un tiempo indefinido, lo que le llevó a perder el movimiento en sus manos hasta el día en que salió y no pudo escribir el informe y lo escribió su madre, ya que no sentía las manos, lo único que hizo fue firmar el informe; que en la práctica de disparos, se le dio un fusil que estaba dañado, que se encasquillaba, que le indicó a Encalada que se lo cambie pero no lo hizo y dijo “dégale a este hijo de puta para que se largue de la Escuela” y que el Brigadier Mayor le cambio de fusil y continuó con la práctica; que le obligaban a realizar guardias por una semana cuando no era lo usual con sus otros compañeros; que cuando solicitó la baja por primera vez y regresó a la base, el teniente Bayas le puso boca abajo y pisándole la espalda le dijo: “ahora por sapo te fregaste” y le hizo subir a la base con una roca enorme en la maleta y cuando llegó estaba formada toda la compañía y vio al Teniente Encalada riéndose y ese día le tuvieron haciendo varios ejercicios con la roca, para posteriormente pedir nuevamente la baja. Respecto a los “teques” ejercicios físicos de castigo, le ordenaba a sus compañeros que le tengan haciendo

alguna actividad porque era un “vago, ocioso”; que en alguna ocasión Arce le preguntó qué le disgustaba de su persona y Encalada le dijo que “él no quería ver gente como yo en el Ejército”; y, en otra ocasión le dijo, “podrás terminar esta fase pero en la Escuela me las veré como te va y que él se iba arreglar para que yo me marchara de la escuela”; que siempre trató de poner a sus compañeros en su contra, y que a diario utilizaba palabras denigrantes como: “vago, ocioso, muérganos personas como tú no deben estar aquí”, dirigidas solo a él; que las estaciones eran calificadas por el Brigadier, solo había una materia que calificaba el Teniente Encalada y tiene cero; con los demás brigadieres tenía buenas calificaciones; que para salir de la escuela hay ciertos trámites que toca realizar, entre ellos el chequeo médico, señala: “yo fui al policlínico de la Escuela y me chequearon me dijeron que estaba bien y me dijeron vaya no más”; que al ingreso a la Escuela fue sometido a las pruebas psicológicas y médicas, si no hubiera estado bien medicamente no hubiera pasado a las físicas; que acudió al policlínico dos o tres veces porque tuvo un problema en el brazo, la nariz y otro más que le dolía el estómago. Del testimonio de Lilian Oliva Méndez, madre de Michael Arce, se aprecia principalmente que su hijo ingreso a la ESMIL como aspirante a cadete, para ello, aprobó todos los requisitos; que una noche recibió una llamada telefónica a su casa, donde le indicaron que su hijo estaba sufriendo maltratos; que cuando su hijo pidió la baja, lo primero que hizo fue hablar con el señor Argoti, indicando que podía regresar a la Escuela, que su hijo estaba con la cara hinchada, sus manos no estaba en buenas condiciones; no pasó mucho tiempo y su hijo le llamó por teléfono nuevamente y le dijo que acababa de pedir la baja de manera irrevocable porque él ya no quería saber nada; que acudió nuevamente a la ESMIL pidió hablar con el señor Pastor, que su esposo le dijo que le habían dado un trato diferenciado a su hijo, y el señor Pastor no le tomó en cuenta y más bien dijo que el Teniente Encalada era un buen instructor, que su hijo tenía buenas notas, no tenía problemas de disciplina, por eso le dijo Pastor que nuevamente le pueden recibir el próximo año, que luego les llevaron al Departamento Jurídico, en donde les hicieron firmar un documento notariado; que bajó un brigadier y dijo que realmente como jefe de los muchachos le daba pena por Arce porque sí se le había pasado la mano al Teniente Encalada y a los compañeros de él; que luego se vio obligada a poner un reclamo en la Defensoría del Pueblo, dejando sentado su rechazo por las agresiones que sufrió su hijo, en el momento que fueron a hacer la mencionada queja, su hijo tenía inflamadas las manos por falta de tratamiento porque Encalada le había obligado a su hijo a que haga el puño coreano, por esto él perdió la sensibilidad en los dedos, por esto su hijo no pudo escribir la queja y lo único que pudo hacer es firmar el mismo, con mucha dificultad; que el Dr. Lázaro, le mandó a que le haga un reconocimiento a su hijo porque tenía su tabique desviado, para las manos le mandó medicamentos para que le baje la inflamación de los nudillos de las manos; su hijo le dijo que él, había aguantado más que los otros muchachos. Del testimonio propio del Dr. Marcelo Antonio Arcos López, psicólogo de la Escuela Militar Eloy Alfaro; quien realizó la evaluación psicológica al cadete Arce, atendiéndole durante los primeros quince minutos de la entrevista, se conoce que luego le dio sus impresiones de lo que le había dicho Arce, al psicólogo Rúales; que el reconocido se encontraba orientado en tiempo y espacio, presentaba cierta inestabilidad emocional, que se reflejaba en tristeza, propia de los cadetes que salen de la ESMIL; que la tendencia de esa inestabilidad de Arce al inicio de la entrevista es hacia la tristeza; que a Arce se le dijo que reconsidere su decisión de salir de la ESMIL; que cuando un cadete en las primeras semanas no coge el ritmo de las prácticas militares, presenta ansiedad; que en el caso del cadete Arce, le

refirió que no se adapta, que se siente como perseguido, que le hacen a un lado, que no le quieren, que le presionan mucho, que le hacen comer afuera, pero no le dio los nombres de los superiores. Del testimonio de la Dra. Mónica Sofía Ortega Dávila, psicóloga clínica, se conoce que Michael Arce, ha tenido experiencias de discriminación relacionadas a la etnia afro pero su capacidad de adaptación le ha permitido vivir; que dentro del relato se podría decir que él menciona circunstancias por parte de una figura de autoridad en el lugar donde se encontraba y que esta figura también utilizando la autoridad que tiene hace que otras personas que son en menor jerarquía realicen acciones de caracteres psicológicas que implica la relación física, hay amenazas y abuso de poder. Se pudo determinar que existe una afectación importante ya que el relato emocional y el discurso es extenso y permanece corporalmente la afectación esto a través de temblor de llanto fácil, cuando una persona miente generalmente el relato emocional no es coherente con el discurso, en este caso se presentaba con un llanto fácil y al no describir cantidad de detalles en este caso él describe todas las acciones y dinámicas que se fueron en la ESMIL, hay situaciones que él las tiene presentes como por ejemplo de comer en el piso a diferencia de los compañeros, el permanecer de guardia en vigilancia sin relevo; situaciones como hacerle ejercicios si bien eran ejercicios que se realizan a todos y él decía que en él se hacía con mayor intensidad o pelear donde las otras personas eran varias personas contra él y principalmente mujeres, y situaciones como que mientras esta persona que es la figura de autoridad, éste no va a poder permanecer y no va a poder seguir, son algunas de las circunstancias; que el hecho de la piscina, permaneció en la piscina de menor tiempo y él solicita salir, no hay ninguna acción y se desmaya en la piscina, son cosas que a él le impactaron y hay situación que él no recuerda pero le manifestaron los compañeros y que le bañaron y le hacían revolcar en el lodo esas son las que recuerda; que menciona al Teniente Cevallos, al Teniente Encalada y Bayas, pero principalmente a Encalada; que tiene un trastorno por estrés post traumático y su alteración en su activación, el desarrollo, llanto fácil, hay temblor en sus manos, hay pérdida de apetito, no poder conciliar el sueño; que hay dos fases, en una los síntomas son más claros y hay pesadillas de los hechos especialmente del hecho de la piscina y hay situaciones como el aislamiento. Como conclusión afirma que Arce ha atravesado una situación en la que se genera procesos de estigmatización que se dan cuando hay una diferenciación hacia las otras personas del mismo grupo, hay abuso de poder la figura de autoridad utiliza su figura para establecer tanto hacia la presunta víctima y demás situaciones que también determinan rechazo en el sentido de que realizan acciones o actos hacia los demás con la situación de generar una situación de humillación, en relación hacia sus pares de comer en el piso y sus pares no, esta situación crea una condición de vulnerabilidad y se ha mantenido hasta el punto de generar un punto fuerte y hace que salga de lo que estaba formando y evitar cualquier situación relacionada; que desarrolla un estado de estrés post trauma; que se evidencia maltrato psicológico y de manera indirecta maltrato físico, pero que considera que el maltrato directo es el físico. Y, “cuando bajamos procesos de autoestima y desvalorizamos las acciones y que implican su esfuerzo y al desvalorizar creó un maltrato psicológico y con todas las acciones hago que esta persona se aisle del grupo nosotros la denominamos una violencia psicológica”. Recomienda tratamiento psicológico urgente para el señor Arce a fin de que supere la situación traumática y disminuya la sintomatología. Del testimonio de la Dra. Barbarita Miranda, psicóloga clínica perito de la fiscalía, quien realizó la entrevista al procesado Fernando Encalada, se obtiene que al principio de la entrevista la actitud del entrevistado es de reserva, luego confianza y luego en el test psicológico una actitud

de mayor colaboración, determinando que el examinado tiene gran rigidez, sin embargo este dato tiene que ver un rasgo de insinceridad, poca flexibilidad frente al medio; que en cuanto al aspecto emocional informa que hay alguna situación y nuevamente se repite la condición de poca flexibilidad y la búsqueda de aprobación, hay una tendencia de ansiedad que a veces torna en el manejo de las decisiones una conducta a veces o una reacción impulsiva frente a la resolución y actitudes frente a la vida; que vuelve a mostrar esta actitud de rigidez, que es un descriptivo de su personalidad, y muestra normalidad; que en cuanto a la conciencia hay sentimientos de inferioridad y una actitud de agresión reprimida frente al medio y hay una actitud narcisista, con tendencias de vanidad y sobrevaloración frente al medio. Del testimonio de la Dra. Linda Mena, perito médico legal, se conoce que Arce le refirió que lo ponían a boxear no uno contra uno y que producto de eso había tenido una fractura; que él fue con una placa de rayos X realizada el 1 de abril del 2013 y firmada por el Dr. Gómez Jurado, el informe indicaba la presencia de una fisura antigua con una desviación hacia la derecha, al coger la placa sí se observaba la presencia de que hubo una fractura, se tomó fotos del señor Arce de frente y de perfil y se comparó con unas fotos, concluyendo que Arce presentaba una fractura antigua de huesos propios de la nariz y se sugería una revisión de la historia clínica del señor Arce cuando ingresó a la Escuela Militar para determinar esa lesión de nariz; que en las instituciones les que hacen exámenes para confirmar su estado físico; que no se puede establecer la fecha de cuando se produjo la fractura de nariz; que la incapacidad va de 9 a 30 días; que no hay huella externa de trauma a esa fecha, inclusive dice que: “hice relación de las fotos a ver si se encontraba diferencia macroscópica y no se nota diferencia”; que externamente en piel lo que existe es un edema y depende del tratamiento; que físicamente no se le encontró golpes, pero con dicho examen se prueba que sufrió una agresión anterior; que es un certificado con un médico radiólogo y una lesión antigua; que es callo óseo, los huesos de la nariz son pequeños y frágiles. El proceso inflamatorio dura 48 horas; que el señor cambió su estado emocional, no entró en detalles, él se puso muy sensible, pero no le preguntó porque tenía que revisar su estado físico. Respecto a la carta suscrita por Michael Arce Méndez, por la cual solicitó irrevocablemente la baja voluntaria de la ESMIL, y que fuese solicitada por el Brigadier Tomás Cevallos, a fin de deslindar responsabilidades de la institución militar, dicha elaboración y contenido no ha sido negado por Fiscalía y acusación particular, pero de ésta se infiere evidentemente el grado de afectación psicológica y física al que fue sometido el cadete Arce hasta último momento en la institución militar, puesto que se le hizo leer en público, previo a su salida, ante todos los compañeros en el Teatro de la ESMIL, lo cual no fue desmentido por los sujetos procesales, constituyendo para este Tribunal un nuevo acto de menosprecio hacia el cadete Michael Arce, afectando aún más su integridad física y moral. De los testimonios antes citados, y realizada la valoración de los mismos de una manera integral, y conforme las reglas de la sana crítica, se llega a la certeza de que el cadete Michael Arce Méndez, recibió y sufrió actos discriminatorios de odio y desprecio en contra de su integridad personal y moral en la Base Pucará, perteneciente a la ESMIL, por parte del Teniente Fernando Encalada Parrales, quien era instructor del referido cadete, recibiendo tratos como “vago, sucio, inútil, muérgano, menos que las mujeres, negro hijo de puta, ningún negro será oficial”, así como actos humillantes y degradantes como ser humano, al servirse los alimentos fuera del comedor y en el piso, cargar una maleta con piedras por toda la base, estar por largos períodos de tiempo en la fosa a bajas temperaturas, realizar guardias por largos períodos de tiempo, sin relevos; ser sometido a prácticas de boxeo contra varias personas al

mismo tiempo, lo que le produjo una lesión en su nariz; realizar el famoso puño coreano, que le produjo lesiones en sus manos, etc, siendo sometido continuamente por el Teniente Fernando Encalada a constantes maltratos, presión psicológica y humillaciones, así como también por parte de sus compañeros de pelotón, so pena de ser castigados por el Teniente Encalada; hechos probados más allá de toda duda razonable, sin que puedan escudarse dichos maltratos y humillaciones, en la rigurosidad de las prácticas de formación militar hacia los aspirantes a oficiales, puesto que dichos actos se apartan de principios constitucionales intrínsecos a la calidad de ser humano y su dignidad. Así encontramos que “La protección de la integridad personal incluye la prohibición de “los castigos corporales, incluidos los castigos excesivos impuestos por la comisión de un delito o como medida educativa o disciplinaria (...) considerando todo tipo de castigo corporal como una grave violación de la dignidad (...) El uso de castigos corporales per se implica un trato o pena cruel, inhumano y degradante, independientemente de que sea aplicado en delitos graves o reconocido por la legislación del Estado”.- Sobre la “Relación de Castigados” que obran aparejados al expediente, de la revisión no consta el nombre del cadete Michael Arce Méndez, donde obligatoriamente debía constar el motivo del castigo disciplinario y la aceptación del cadete infractor con su firma, lo cual es contradictorio, con lo aseverado en sus testimonios por el Subteniente Tomás Cevallos Domínguez, Subteniente Carla Calapi Mena, Juan Francisco Romero Toro, entre otros, de que todo castigo o falta disciplinaria se hacía constar por escrito. Todos estos actos, llevaron a que Michael Arce, solicite la baja de la ESMIL, presentando una lesión antigua en la nariz por fractura; y cuadro de estrés postraumático, corroborado con los exámenes médicos y psicológicos sustentados en la audiencia de juicio por las peritos doctoras Mónica Ortega Dávila y Linda Mena, existiendo contradicciones en el testimonio del psicólogo de la Escuela Militar, Marcelo Antonio Arcos, respecto a la realización de la evaluación psicológica de Michael Arce, así como también de los testimonios de Juan Francisco Romero Toro, Carla Jacqueline Calapi Mena, Antonio Muñoz Guerra, Richard Cevallos, David Freire Coba, rendidos a favor del procesado, quienes realzan la incapacidad física de Arce para las prácticas militares en general, de su incapacidad para la vida militar, indicando que era “sucio, vago, perezoso, que no se bañaba, incumplido, deficiente”, por lo que era castigado constantemente, lo cual se anotaba en la relación de castigados, que fue incorporada al expediente, pero como se señaló anteriormente, del proceso no consta el nombre de Michael Arce Méndez, cuyos testimonios denotan también ciertos tintes de discriminación en su contra por parte de sus ex compañeros e instructores. Es de concluir, que los testimonios rendidos a favor de Fiscalía y acusación particular no son contradictorios, sino más bien claros, coherentes, lógicos, creíbles, se basan en hechos reales, los cuales son concordantes con los otros medios de prueba incorporados, desprendiéndose de ellos validez y eficacia probatoria, conforme lo preceptúa el artículo 124 del Código de Procedimiento Penal. En el presente caso, estamos frente a un delito de odio por el cual el sujeto activo debe cometer actos de violencia moral o física o de desprecio contra una o más personas en razón del color de su piel, raza, etc, vulnerándose los derechos a la igualdad e integridad moral o personal, como manifestación directa de la dignidad humana. La integridad moral, por una parte conlleva la prohibición de humillaciones o degradaciones del ser humano, de tratarlo como un animal o una cosa. El sujeto activo está en una situación de superioridad o jerarquía respecto del ofendido. Es decir que en su condición de instructor, el Teniente Fernando Encalada se aprovechaba de la situación de inferioridad del cadete Michael Arce, de modo consciente y voluntario, existiendo un dolo directo, siendo un delito de

resultado, ocasionando en la víctima sufrimiento físico o mental, atentando directamente contra su integridad moral y personal al decirle “vago, sucio, inútil, muérgano, menos que las mujeres, negro hijo de puta, ningún negro será oficial”, realizando acciones degradantes contra su persona, al ordenar que se sirva los alimentos fuera del comedor y en el piso, estar por largos períodos de tiempo en la fosa a baja temperaturas, cargar una maleta con piedras por toda la base, realizar guardias por largos periodos de tiempo, sin relevos; ser sometido a prácticas de boxeo contra varias personas al mismo tiempo, lo cual le produjo una fractura en su nariz; realizar el puño coreano, que le produjo lesiones en sus manos, etc, recibiendo un trato totalmente diferenciado respecto de sus demás compañeros de pelotón, siendo sometido por el Teniente Fernando Encalada a constantes maltratos, ataques, presión psicológica y humillaciones y tratos degradantes, y en uso arbitrario y abusivo de la fuerza por su condición de instructor militar. Es decir, que la conducta realizada por el sujeto activo Teniente Fernando Encalada, no solo constituye delito de odio y discriminación por la condición de afrodescendiente del sujeto pasivo, sino también trato inhumano o degradante, que atenta contra la integridad moral y personal por su condición de ser humano, derechos recogidos en el Art. 5 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, Art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Art. 3 del Convenio de Roma, entre otros. Cabe indicar también, que las acciones de odio y discriminación en contra del cadete Michael Arce Méndez, no solo afectaron su indemnidad moral y dignidad de la víctima como sujeto pasivo de la infracción, (dolores o sufrimientos graves, físicos o psíquicos), como consecuencia de la conducta del autor, sino también, que en esta clase de delitos, afecta al colectivo al que pertenece la víctima, evidenciándose en el presente caso, un claro menosprecio y prejuicios contra el pueblo y la raza afrodescendiente. El Art. 1.1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, define el término tortura como “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”, violentando la voluntad de la víctima mediante el sufrimiento físico o mental, degradándola y afectado su integridad, constituyendo en una tortura que afecta la integridad moral. Sobre este tema, Vicente Grima Lizandra, señala: “Se incluyen los casos en los que se utilizan condiciones o procedimientos con finalidad no indagatoria ni punitiva, como puede ser la intimidatoria o la simplemente vejatoria, por ejemplo obligar a la persona a permanecer desnuda todo el tiempo en que está en las dependencias policiales”. Con sujeción a lo establecido en el Art. 76.7.I de la Constitución de la República del Ecuador, analizada la fundamentación de los recurso de apelación y contrastada con la sentencia recurrida y el derecho, este Tribunal de Alzada observa que el Tribunal de mérito incurrió en un error de juicio al no haber apreciado y valorado adecuadamente la prueba aportada por la acusación particular y Fiscalía General del Estado, ya que del universo probatorio no tomó de manera integral todos los elementos probatorios del caso puestos a su consideración y la normativa vigente aplicable al mismo, conforme así lo ha dispuesto la Corte Constitucional en sentencia

136-14-SEPCC caso 148-11-EP para el tratamiento de los delitos de odio, debiendo recalcar que dicha resolución constituye precedente jurisprudencial obligatorio para los juzgadores. El Art. 252 del Código de Procedimiento Penal, establece: “La certeza de la existencia del delito y de la culpabilidad del acusado se obtendrá de las pruebas de cargo y descargo que aporten los sujetos procesales en esta etapa, sin perjuicio de los anticipos jurisdiccionales de prueba que se hubiesen practicado en la etapa de instrucción Fiscal”; y, el Art. 304-A, del citado cuerpo legal, dispone: “La sentencia debe ser motivada y concluirá declarando la culpabilidad o confirmando la inocencia del procesado; en el primer caso, cuando el tribunal de garantías penales tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo; y en el segundo caso, si no se hubiere comprobado la existencia del delito o la responsabilidad del procesado, o cuando existiere duda sobre tales hechos”. El tratadista Jairo Parra Quijano, expresa: “Debe quedar claro que la valoración conjunta viene después del estudio individualizado de cada medio o elemento probatorio. Nadie puede olvidar que, en materia penal el encartado tiene virtual y realmente a su favor la “presunción de inocencia” y ella obliga en todo momento que se haga valoración de la prueba con un estudio analítico de cada medio en particular (casi diríamos pedagógico) y, una vez hecho, se razone sobre la influencia que cada una ejerce en la conclusión a que se ha llegado” En este sentido, el tratadista Fernando Quiceno Álvarez, en su obra Valoración Judicial de las Pruebas, expresa: “...En su acepción común, la prueba es la acción y el efecto de probar, y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación...”. De los elementos probatorios analizados en su conjunto por este Tribunal de Alzada, existe la certeza, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, esto es, la lógica, el conocimiento y la experiencia, conforme a lo dispuesto en los Arts. 86 y 88 del Código de Procedimiento Penal, que se encuentra debidamente probada y conforme a derecho, con prueba testimonial, documental y pericial válida, la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado Teniente Fernando Encalada Parrales, esto es, la existencia del nexo causal entre la infracción y el responsable de la misma, quien cometió actos de violencia moral o física de odio o de desprecio en contra del cadete Michael Arce Méndez, afectando los bienes jurídicos protegidos como el derecho a la igualdad y no discriminación, integridad personal (física, psíquica, moral) y dignidad humana por su condición de ser afrodescendiente, cuyas manifestaciones y actos discriminatorios se han manifestado en vejámenes, insultos, trabajos físicos forzados, humillaciones y otros tratos degradantes, en contra del cadete Michael Arce; por lo tanto, el principio constitucional de presunción de inocencia, que se encuentra consagrado en el Art. 76.2 de la Constitución de la República del Ecuador, e instrumentos internacionales de derechos humanos, del universo probatorio incorporado en la audiencia de juicio, queda totalmente enervado. RESOLUCIÓN.- Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala Penal de Garantías Penales de la Corte Provincial de justicia de Pichincha, de conformidad en los artículos 250, 252, 304-A y 312, del Código de Procedimiento Penal, aplicables al caso, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, en forma motivada y razonada, resuelve: Aceptar los recursos de apelación interpuestos por los recurrentes Michael Arce Méndez y Fiscalía General del Estado, en consecuencia, se revoca la sentencia dictada por el Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha y declara la culpabilidad del ciudadano Fernando Mauricio Encalada Parrales, cuyas generales obran del proceso, como autor y responsable del delito tipificado y sancionado en el Art. 212.5 del Código Penal, en

concordancia con el Art 42 ibídem, en calidad de autor, imponiéndole la pena de un año de prisión correccional y en razón de haberse justificado circunstancias atenuantes establecidas en los numerales 6 y 7 del Art. 29 del Código Penal, y no existiendo circunstancias agravantes, se modifica la misma, **imponiéndole la pena de cinco meses y veinticuatro días de prisión correccional, pena que de conformidad con la revisión del expediente se encuentra cumplida.** Se declara procedente la acusación particular presentada por Michael Arce Méndez.- De conformidad con el Art 78 de la Constitución de la República del Ecuador, en concepto de reparación integral se dispone: 1) Publicación de la presente sentencia en los medios de difusión oficial de las Fuerzas Armadas del Ecuador, tanto escritas, como en los portales institucionales; 2) Disculpas públicas por parte del sentenciado a favor de Michael Arce Méndez en una ceremonia militar en la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro; 3) Tratamiento psicológico tanto del ofendido Michael Arce Méndez como del hoy sentenciado Fernando Mauricio Encalada Parrales; 4) Con daños y perjuicios que deberá ser cancelados por el sentenciado a favor de la víctima, de conformidad con el Art. 31 del Código de Procedimiento Penal. Con costas procesales. Para cumplir con lo dispuesto en los artículos 82 y 172, inciso segundo, de la Constitución de la República, que garantizan la seguridad jurídica y el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia, se dispone que a través de Secretaría de esta Sala, una vez ejecutoriada esta resolución, se devuelva inmediatamente el expediente al Tribunal de origen, para los fines legales consiguientes.- Notifíquese y Cúmplase.

CASACIÓN

SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO

15/07/2016 16:02

VISTOS: El Dr. Franz Valverde Gutiérrez, Juez Sexto de Garantías Penales de Pichincha (E), el 26 de noviembre de 2013, las 12h31, de conformidad con lo establecido en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal (CPP), dicta auto de llamamiento a juicio en contra del procesado Fernando Mauricio Encalada Parrales, por considerarlo presunto autor del delito tipificado y sancionado en el artículo 212, del segundo innumerado del Código Penal (CP), en concordancia con el artículo 42 ibídem. Este auto tiene como antecedente la resolución de inicio de instrucción fiscal, de fecha 03 de julio de 2013, dictada por el Juez Sexto de Garantías Penales de Pichincha (E), de la que se desprende que el señor Michael Andrés Arce Méndez, fue cadete de la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro, durante su entrenamiento en la fase Pucará, ha sido víctima de un trato humillante, de odio y de acoso personal. Hechos que han sido denunciados inicialmente al interior de la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro y luego en la Defensoría del Pueblo, que en uso de sus facultades constitucionales y legales, realizó una investigación bajo el principio de la informalidad, habiendo sido designados varios funcionarios de tal institución para el cumplimiento de esta investigación dentro de la cual se entrevistaron con varios cadetes de la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro, quienes confirmaron los hechos denunciados por el ciudadano Michael Andrés Arce Méndez, verificándose que recibió un trato discriminatorio, degradante y prejuiciado en su instrucción militar ya que debía realizar ejercicios físicos excesivos, en muchas ocasiones no le permitían comer o le impedían que lo haga dentro del comedor, conjuntamente con sus compañeros, además le ordenaban que realice turnos a semana seguida, sin relevo y sin descanso, era calificado como inútil, sucio, vago, inservible, debía cargar por mucho tiempo una piedra grande en su maleta, le obligaban salir de la ducha para que repte y se revuelque en la tierra, le hacían que permanezca más tiempo que el resto de cadetes en la piscina de agua fría, lo que le causó hipotermia. En horas de la madrugada le obligaban a ducharse en agua fría y le aplicaban gas picante, era obligado a boxear hasta en 10 peleas con tres compañeros al mismo tiempo, producto de esto le habían ocasionado una fractura en la nariz y un esguince en el brazo derecho impidiéndole salir al policlínico, siendo también obligado a pelear con mujeres como una manera de desvalorizarlo; habiéndosele dotado de un fusil en mal estado, hechos que finalmente provocaron que Arce Méndez solicite la baja de esta institución. Promovida la acción penal, y radicada la competencia para la etapa de juicio, el Séptimo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, mediante sentencia de fecha 27 de marzo de 2014, las 11h14, ratifica el estado de inocencia del ciudadano Fernando Mauricio Encalada Parrales, disponiéndose su inmediata libertad y el cese de las medidas cautelares dictadas en su contra. No se califica como maliciosa ni temeraria a la acusación particular presentada por el señor Michael Andrés Arce Méndez. Sin costas. Dentro de término legal, Fiscalía General del Estado y el acusador particular Michael Andrés Arce Méndez, interponen nulidad y apelación. Radicada la competencia para fines de la impugnación mediante recurso de nulidad y apelación, El Tribunal de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, con fecha 24 de julio de 2014, las 08:20, declara la validez

de todo lo actuado; y, “desecha los recursos de apelación interpuestos por los señores Michael Andrés Arce Méndez, en su calidad de acusador particular y Gina Gómez De la Torre, en representación de la Fiscalía General del Estado y confirma la sentencia subida en grado”. (Sic) De esta sentencia, Fiscalía General del Estado y el acusador particular, interponen sendos recursos de Casación. Radicada la competencia para el conocimiento y resolución del recurso extraordinario de casación, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, mediante resolución de fecha 19 de agosto de 2015, las 15:30, por unanimidad, declara la nulidad constitucional por inmotivación de la sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha (24 de julio de 2014, las 08:20), disponiéndose en el efecto rescisorio la realización de audiencia de fundamentación de recursos y la dictación de sentencia por Tribunal competente. Mediante autos de 12 de octubre y 05 de noviembre de 2015, las 11h51 y 09h40, respectivamente; el Tribunal La Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, acepta los desistimientos de los recursos de nulidad planteados por Fiscalía General del estado y el acusador particular. La Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha, con fecha 09 de marzo de 2016, las 12:07, resuelve los recursos de apelación interpuestos, y, en lo principal revoca la sentencia dictada por el tribunal aquo y declara a Fernando Mauricio Encalada Parrales, autor y responsable del delito tipificado y sancionado en el Art. 212.5 CP, en concordancia con el Art 42 íbidem, , imponiéndole la pena de un año de prisión correccional y en razón de haberse justificado circunstancias atenuantes establecidas en los numerales 6 y 7 del Art. 29 CP, y no existiendo circunstancias agravantes, se modifica la misma, imponiéndole la pena de cinco meses y veinticuatro días de prisión correccional, que se estima cumplida, declarándose procedente la acusación particular, disponiéndose por concepto de reparación integral: 1) Publicación de la sentencia en los medios de difusión oficial de las Fuerzas Armadas del Ecuador, tanto escritas, como en los portales institucionales; 2) Disculpas públicas por parte del sentenciado a favor de Michael Arce Méndez en una ceremonia militar en la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro; 3) Tratamiento psicológico tanto del ofendido Michael Arce Méndez como del hoy sentenciado Fernando Mauricio Encalada Parrales; 4) Con daños y perjuicios que deberá ser cancelados por el sentenciado a favor de la víctima, de conformidad con el Art. 31 CPP. Con costas procesales. Dentro de término legal, Fernando Mauricio Encalada Parrales, interpone recurso de casación para ante esta Corte Nacional de Justicia. COMPETENCIA Y VALIDEZ PROCESAL La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión penal, según los artículos: 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE); 349 y siguientes del Código de Procedimiento Penal (CPP), vigente a la fecha del procesamiento; 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) y Segunda Disposición Transitoria, en concordancia con la Ley reformativa al Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial nro. 38 de 17 de julio de 2013; y, las resoluciones números 1 y 2 de 2015, dictadas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia que disponen la conformación de las diferentes Salas de esta alta Corte. Por lo expuesto, integran Tribunal de Casación, los señores Conjuces Nacionales, doctores: Richard Villagómez Cabezas (Ponente), Edgar Flores Mier y Zulema Pachacama Nieto, considerándose además que ninguna de las partes procesales, ya sea a través de medio escrito u oral ha cuestionado, mediante excusa, la integración de este órgano jurisdiccional pluripersonal, asegurándose de esta manera la garantía del juez imparcial declarada en los artículos: 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), 8

de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CADH), y, 76.7.k CRE. Este recurso de casación ha sido tramitado conforme los artículos 352-354 CPP (vigente a la fecha del procesamiento), en concordancia con el artículo 76.3 CRE, sin que exista omisión sustancial que constituya error in procedendo que pueda influir en la decisión de la causa, por lo que se declara la validez de lo actuado con ocasión de este medio impugnatorio.

FUNDAMENTACIÓN Y DEBATE DEL RECURSO El señor doctor Miguel Antonio Arias, defensor técnico de Fernando Mauricio Encalada Parrales, al fundamentar el recurso de casación expresa que: (...) “el Tribunal de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en sentencia de fecha 09 de marzo de 2016, las 12h07, ha violado la ley, en base de indebida aplicación, conforme la causal segunda del artículo 349 CPP. Al tratarse de un sistema constitucional de derechos y justicia, los derechos fundamentales son el más alto deber del Estado y los juzgadores tienen la obligación de tutelar los mismos y que se hallan establecidos en la Constitución e Instrumentos Internacionales de derechos humanos como se encuentra señalado en el artículo 172 CRE, argumentando que la Corte Provincial de Justicia de Pichincha ha violado esos principios y específicamente la norma violentada es la del artículo 76.7 CRE, que trata sobre el debido proceso (da lectura del artículo), centrando el cuestionamiento en la presunta existencia de prueba ilícita ya que se ha tomado como prueba un informe Defensorial, vulnerando el derecho a la defensa, mismo que se encuentra analizado en las páginas. 44 y 45 de la sentencia. Al momento de realizarse el informe Defensorial se ha violado el derecho a la defensa, toda vez que se ha entrevistado a personas inexistentes y que la defensa no pudo ejercer la contradicción y no se ha podido ejercer el derecho a la defensa; y que a su vez ha sido considerado como elemento relevante para determinar responsabilidad. Se ha violentado el artículo 83 CPP, insistiendo que se habría valorado única y exclusivamente como prueba de cargo el informe Defensorial, prescindiéndose de formalidades en la realización de la prueba, evitándose de esa manera el debate y contradicción de la información recogida por Defensoría del Pueblo, lo que habría generado la vulneración y la posibilidad de que el recurrente ejerza defensa en contradicción, considerando igualmente que, la Corte Nacional de Justicia, dictó sentencia de inmotivación constitucional, en orientación de que los juzgadores no aplicaron los instrumentos internacionales. La actual sentencia impugnada en su fundamentación y motivación hace únicamente una enumeración de los instrumentos internacionales previstos para erradicar la discriminación. Solicita que se case la sentencia y se confirme el estado de inocencia de Fernando Mauricio Encalada Parrales”. (Sic) De su parte, la señora doctora Paulina Garcés Cevallos, delegada del señor Fiscal General del Estado, al ejercer el contradictorio señala: “La naturaleza del recurso de casación y de su aplicación; de conformidad con lo establecido en el artículo 349 CPP; y que el recurso propuesto no cumple con lo anteriormente establecido. Manifiesta que el recurso propuesto no cumple con lo determinado con la norma, pues se ha señalado que el recurso casacional, es un recurso de control de legalidad, y el recurrente ha impugnado la sentencia de la Corte Provincial, basado en la causal segunda por indebida aplicación; sin que se indique de que norma se trata y como se produjo esa indebida aplicación y, que norma debía ser aplicada al caso en concreto. Sobre la violación del artículo 76 CRE, en todas las etapas procesales el recurrente ha ejercido todos los derechos otorgados en el artículo mencionado, pues habido ejercicio de defensa, los sujetos procesales han presentado prueba, ha contradicho la misma, y se ha respetado el principio de concentración. Señala que también se ha ejercido el derecho a recurrir en las diferentes etapas procesales. Sobre el contenido y cuestionamiento del informe Defensorial,

se pretende que se reexamine esa prueba por parte del Tribunal de casación; se considera que no existe prueba ilícita, puesto que a la audiencia de juicio concurrieron todos y cada uno de los funcionarios que elaboraron el informe; y, la prueba fue judicializada en la etapa de juicio a través de dos vías, como documento pero principalmente como testimonio, en tal virtud no existe prueba ilícita ya que el informe Defensorial se realizó en referencia a las facultades competenciales atribuidas tanto la Constitución de la República del Ecuador, cuanto la Ley de la Defensoría del Pueblo. Resalta que existe contradicción en la fundamentación del recurso cuando se dice que se ha dictado sentencia única y exclusivamente sobre la base del informe Defensorial, para luego señalar que si han existido otras pruebas; y que básicamente la acción casacional se basa en una nueva revalorización probatoria. Sobre la violación del principio de inocencia, de conformidad con lo que la norma y la lógica constitucional relacionan, el señor Fernando Mauricio Encalada Parrales, aún mantiene el estado de inocencia, hasta que se resuelva el recurso de casación interpuesto. Concluye que la sentencia de segundo nivel se encuentra debidamente motivada, por cumplir el estándar de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, parámetros establecidos en jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador. Solicita que se declare improcedente el recurso de casación por no haberse fundamentado de conformidad con lo establecido en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal y señala que la sentencia de Corte Provincial contiene la respectiva reparación integral y, que de igual manera sea ratificada la misma”. (Sic) El señor doctor Juan Pablo Albán, defensor técnico del acusador particular Michael Andrés Arce Méndez puntualiza que: “no ha existido una debida fundamentación de la segunda causal establecida en el artículo 349 CPP, esto es, una indebida aplicación del ordenamiento jurídico penal ecuatoriano. Se advierte con precisión que se trata de un argumento de inconformidad y de tercera instancia, en donde se ha camuflado la decisión de revaluación de la prueba circunscrita específicamente sobre el valor del informe Defensorial; y, de las tablas procesales constan todos los escritos y actuaciones realizadas por el acusado; mismo que ha sido suficientemente debatido tanto en Defensoría (parte de investigación), incluso llegándose a apelar del informe, y que la resolución respectiva consta en la página institucional de la Defensoría del Pueblo, ejerciendo la respectiva defensa por parte del procesado, consecuentemente esta prueba no tiene cargos de ilicitud; Señala que en el considerando Decimo de la sentencia del A-quem, se explica el valor sustancial que le atribuye el Tribunal al informe Defensorial, específicamente a través de los testimonios rendidos por parte de los funcionarios que elaboraron el mencionado informe, exponiendo las conclusiones de manera oral ante el Tribunal de juicio; y que no es la única prueba aportada y valorada dentro del proceso judicial; Sobre la Sentencia de nulidad declarada por el Tribunal de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, no tiene que ver que se incorpore como exigencia esa única prueba (informe Defensorial), para determinar responsabilidad, ni con la falta de consideración de estándares internacionales en materia de prevención, erradicación y sanción de la discriminación, la sentencia dictada por unanimidad que declara la nulidad constitucional es por violación del principio de congruencia, por no existir correlación entre lo que se acusó y lo que se probó; Manifiesta que la sentencia impugnada está apegada a derecho, que no se ha señalado una sola norma del ordenamiento jurídico que haya sido indebidamente aplicada y, consecuentemente solicita que se deseche el recurso de casación interpuesto”. (Sic) En ejercicio de su derecho a ser escuchado, Michael Arce Méndez, solicita que se haga justicia, que se reconozca la falta cometida contra su persona y que se cumplan sus derechos En uso de

derecho a réplica, la defensa técnica del acusado Fernando Mauricio Encalada Parrales, precisa que: “la norma violentada es la del artículo 76.7.l CRE, conjuntamente con el artículo 83 CPPP, norma penal que el Tribunal de apelación viola porque no permite que ese informe sea sometido a una contradicción para que sea valorado como prueba. El informe no tiene valor probatorio y que no es suficiente para establecer responsabilidad penal y obtener una condena. Alega que el artículo 119 CPP, señala que los partes informativos, informes periciales, no serán admitidos como prueba; que el informe Defensorial es pericial, por lo tanto no debió otorgársele valor probatorio a ese documento al momento de dictarse sentencia. En el caso concreto a las FF.AA., se las ha condenado sin ser parte de proceso penal, lo que se expresa a fs. 56 de la sentencia cuando se dispone una ceremonia militar como parte de la reparación inmaterial al presente ofendido; cuando la responsabilidad penal es personal, individual, el procesado es Fernando Mauricio Encalada Parrales; y que la institución militar no es parte del proceso y se la incluido en la reparación integral, sin que haya podido ejercer derecho a la defensa y que se encuentra condenada. Concluye que si no hay certeza de responsabilidad no se puede condenar a una persona porque eso afecta los principios del derecho penal; principalmente del Estado constitucional de derechos y justicia”. (Sic) ANÁLISIS DEL TRIBUNAL La casación es un medio impugnatorio extraordinario que se focaliza en la existencia de un error in iudicando que se genera por una de las causales del artículo 349 CPP. Supuestos que se refieren a la manera en la que el órgano jurisdiccional aplica el ordenamiento jurídico vigente para resolver el caso concreto, circunscribiéndose a dos áreas de esta actividad. La primera de estas áreas es la subsunción, que consiste en la adaptación del relato fáctico obtenido de la valoración probatoria que ha efectuado el órgano jurisdiccional, al supuesto de hecho que requiere una norma jurídica para su aplicación. De lo cual, son dos los errores que pueden devenir de la subsunción: 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. La segunda área del error in iudicando, tiene que ver con las consecuencias jurídicas que son previstas por la norma, en aquellos casos en los que efectivamente corresponde su aplicación. En esta área solo puede presentarse la errónea interpretación, y exige de parte de quien lo propone, la aceptación de que la norma utilizada para resolver es la correcta, ya que la impugnación que se hace sobre el fallo se dirige únicamente al sentido y alcance que el órgano jurisdiccional le ha dado a las consecuencias jurídicas que devienen de las normas utilizadas para resolver. La casación es un instrumento protector de los derechos humanos y de las garantías constitucionales de los sujetos procesales, que procura alcanzar la justicia y recuperar la paz social a través del ejercicio del derecho de impugnación, garantizado en el artículo 76.7.m CRE, en relación con el artículo 8.2.h CADH, norma que guarda concordancia con el artículo 14.5 PIDCP. A través de casación corresponde el examen de la sentencia recurrida, para determinar posibles violaciones a la ley, ya por contravención, indebida aplicación o errónea interpretación, conforme el artículo 349 CPP. La casación, principalmente, tiene función nomofiláctica, para asegurar la aplicación uniforme del principio de legalidad (sustantiva-adjetiva), para evitar la disparidad o divergencia de criterios interpretativos entre los diversos órganos jurisdiccionales, correspondiendo tal facultad a la Corte Nacional de Justicia (órgano jurisdiccional de cierre) en el que la defensa del derecho objetivo (ius constitutionis) tiene preferencia sobre la justicia del caso concreto (derecho subjetivo de las partes, ius litigatoris). Es por ello que cuando se casa una sentencia,

su efecto rescisorio realiza el derecho subjetivo derivado del ius constitutionis (derecho objetivo). En la especie, la sentencia cuestionada es la dictada por La Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el día 9 de marzo de 2016, las 12:07, que en lo principal revoca la sentencia dictada por el tribunal aquo y declara a Fernando Mauricio Encalada Parrales, autor del delito tipificado y sancionado en el Art. 212.5 CP, en concordancia con el Art 42 ibídem, , imponiéndole la pena (privativa de libertad) de un año de prisión correccional y en razón de haberse justificado circunstancias atenuantes establecidas en los numerales 6 y 7 del Art. 29 CP, y no existiendo circunstancias agravantes, se modifica la misma, imponiéndole la pena de cinco meses y veinticuatro días de prisión correccional, que se estima cumplida, declarándose procedente la acusación particular, disponiéndose por concepto de reparación integral: 1) Publicación de la sentencia en los medios de difusión oficial de las Fuerzas Armadas del Ecuador, tanto escritas, como en los portales institucionales; 2) Disculpas públicas por parte del sentenciado a favor de Michael Arce Méndez en una ceremonia militar en la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro; 3) Tratamiento psicológico tanto del ofendido Michael Arce Méndez como del hoy sentenciado Fernando Mauricio Encalada Parrales; 4) Con daños y perjuicios que deberá ser cancelados por el sentenciado a favor de la víctima, de conformidad con el Art. 31 CPP. Con costas procesales. Respecto de esta sentencia, el señor casacionista Fernando Mauricio Encalada Parrales, en lo principal, acusa, mediante error in iudicando, indebida aplicación del artículo 76.7 CRE al no haberse permitido, a su parecer, ejercer el derecho a la defensa respecto del Informe (resolución) de la Defensoría del Pueblo en que aparecen personas fantasmas, inidentificadas, lo que ha imposibilitado el debate, y, luego cuando el tribunal adquem toma este informe como única prueba (documental) sobre la cual dicta condena conforme consta de fs. 44 y 45 de la sentencia, vulnerándose así la legalidad de la prueba prevista en el artículo 83 CPP, esto pese a que Fiscalía General del Estado pudo ingresar a los testigos en el Programa de Protección de Víctimas y Testigos. Finalmente, en la réplica introduce (sin causal de casación) la violación del inciso segundo del artículo 119 CPP. Desde la técnica jurídica, la articulación del recurso de casación obliga inicialmente a identificar el agravio para lo cual es indispensable la correcta escogencia de la causal, de entre las previstas en el artículo 349 CPP (errónea interpretación, contravención expresa o indebida aplicación) La indebida aplicación, para su eficaz articulación exige que el casacionista, señor Fernando Mauricio Encalada Parrales, esboce una proposición jurídica completa por la que debe señalarse: a. la norma (sustantiva, adjetiva) incorrecta; y, b. la norma (sustantiva, adjetiva) que a su parecer es la correcta para dar solución al conflicto penal. En la especie, la defensa técnica del casacionista Fernando Mauricio Encalada Parrales, acusa la violación (por indebida aplicación) de los artículos: 76.7 CRE, 83 CPP, y, luego en réplica, introduce, sin causal, la violación del inciso segundo del artículo 119 CPP. El recurrente al formular oralmente el agravio por indebida aplicación, no cumple con articular una proposición jurídica completa, exigencia, sinequanon de esta causal, puesto que no identifica cuál es la norma incorrecta (indebidamente aplicada) y luego la correcta. Además este recurso es sui géneris en su planteamiento cuando se acusa de forma simultánea la presunta violación de dos normas de distinto raigambre, ya que se ataca inicialmente norma constitucional (art. 76.6 CRE) y luego se la enlaza, bajo la misma causal, con normas procesales (arts. 83 e inciso segundo del art. 119 CPP), que generalmente conducen al error in procedendo, y no al in iudicando que es la razón de ser de la casación. En suma, el recurso propuesto por el ciudadano Fernando Mauricio Encalada Parrales, no contiene sustancia casacional, puesto que al sostener indebida

aplicación no cumple con una proposición jurídica completa que se exige técnicamente para su sustento válido, encaminando el agravio hacia el error in procedendo y no in iudicando que es propio de este medio impugnatorio extraordinario que tiene por misión el control de legalidad en el caso concreto, de forma que esta deficiencia en la articulación y fundamentación oral del recurso llevan, de modo inequívoco, a su improcedencia. Debiéndose considerar además que se ha solicitado a través de un alegato característico de tercera instancia, la revaloración del acervo probatorio actuado en etapa de juicio al cuestionarse la licitud de la prueba, particularmente del Informe (resolución) Defensorial que sería la base única de la sentencia de condena. En este sentido, el principal reproche del casacionista radica en el valor atribuido por el tribunal adquem al Informe (Resolución) Defensorial siendo, a su parecer, el único medio de prueba que ha servido para dictar condena, a lo que suma cargos de ilicitud de este medio de prueba por no haber podido debatirlo inicialmente en Defensoría Pública y luego al momento de su introducción en audiencia de juicio. De ahí que, las normas que estima vulneradas se enlazan con los artículos 76.7 CRE, 83 CPP, y, luego en réplica con el artículo 119 CPP. Al respecto, este tribunal de Casación considera que el Informe (Resolución) Defensorial no constituye, de modo alguno, un informe pericial en los términos que plantea el casacionista, por lo que no es aplicable el inciso segundo del artículo 119 CPP. La Resolución Defensorial tiene naturaleza jurídica específica que no puede asimilarse, mediante analogía, al informe pericial. La Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo (LODP), establece la facultad ex officio o a petición de parte (art. 13 ibídem) para que el Defensor del Pueblo investigue hechos presumiblemente constitutivos de infracción a derechos humanos, y producto de tal investigación se dicten medidas de protección dentro del ámbito de sus facultades competenciales, sin que aquello sea requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal por el directamente afectado. (art. 25 ibídem). La investigación que desarrolla Defensoría del Pueblo (y que luego se convierte en Resolución) se subordina a las reglas del debido proceso y consecuentemente, prevén: a. la notificación a los presuntos responsables (art. 19 LODP), b. el ejercicio de derechos que forman el núcleo esencial del debido proceso previstos a nivel constitucional en los artículos 76, 77 CRE, en que se incluyen el de defensa y el derecho a recurrir, contar con el tiempo y los medios necesarios para ejercer defensa sin ser privado de este derecho en ninguna etapa o grado del procedimiento; el derecho a ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones; presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra; además de los determinados en instrumentos internacionales de derechos humanos. Por tanto, la investigación Defensorial es un procedimiento que se subordina a los estándares normativos y jurisprudenciales internacionales y constitucionales de derechos humanos. La Resolución Defensorial, en lo judicial puede inicialmente constituir notitia criminis, para dar inicio a un proceso penal, y luego ser medio de prueba dentro de proceso en que se discute la comprobación conforme a derecho de delito y responsabilidad penal, siendo obligación de quienes se presentan en calidad de testigos, esto es, los funcionarios de la Defensoría Pública, que lo elaboran, acudir a declarar en juicio conforme así lo exige el artículo 76.7.j CRE que dice que quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo. En este punto, cabe precisar que el sistema procesal penal ecuatoriano, tanto en ley procesal penal anterior (art. 84 CPP) como en ley posterior (art. 454.4 COIP) se rigen por el principio de numerus apertus, esto es, el de

libertad probatoria por el que las partes tienen iniciativa para: 1. Investigar; y, 2. Probar, de modo amplio y suficiente en tanto no se contravenga el ordenamiento jurídico interno e internacional de los derechos humanos. De esta manera, las partes dentro de un proceso penal pueden tanto investigar y probar (en igualdad de armas). El cuestionamiento del casacionista se centra en una presunta vulneración del derecho a la defensa dentro de esta investigación Defensorial, lo cual carece de fundamento si se tiene que en el considerando décimo de la sentencia del adquem consta (del razonamiento judicial) que la investigación desarrollada por la Defensoría del Pueblo ha sido realizada dentro del ámbito de sus facultades competenciales dadas por la CRE y el ordenamiento jurídico interno, habiendo Fernando Mauricio Encalada PARRALES, comparecido dentro de tal investigación y ejercido medios de defensa e incluso el derecho a recurrir, de lo cual el avance de la investigación y los resultados de la misma han sido de su conocimiento, particularmente las conclusiones que dicen: Aceptar la queja presentada por el señor Michael Andrés Arce Méndez, en contra del señor Teniente FERNANDO MAURICIO ENCALADA PARRALES, Instructor Oficial de la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro. Declarar que el señor Teniente FERNANDO MAURICIO ENCALADA PARRALES, Instructor Oficial de la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro, vulneró el derecho a la integridad personal, el derecho a la igualdad y no discriminación racial y el derecho a la educación que constitucionalmente le son reconocidos al señor Michael Andrés Arce Méndez. Exhortar al Ministerio de Defensa Nacional y a la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro que se inicie el proceso correspondiente en contra del señor teniente FERNANDO MAURICIO ENCALADA PARRALES, Instructor Oficial de la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro, para que por serias vulneraciones a derechos humanos sea sancionado de manera razonable y proporcionalmente. Esta Dirección recomienda que por dichas violaciones sea separado de las Fuerzas Armadas ecuatorianas. Declarara que la Defensoría del Pueblo realizará vigilancia al debido proceso del proceso interno sancionatorio (Sic) Declara a la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro por intermedio de sus directivos como responsables de las vulneraciones de los derechos del señor Michael Andrés Arce Méndez por la omisión de procesos internos de respeto y sanción oportunos. Exhortar a la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro y al Ministerio de Defensa Nacional que en cumplimiento de las disposiciones constitucionales e internacionales implementen programas y políticas tendientes a erradicar la discriminación de las escuelas militares del país y garantizar el respeto a los derechos humanos, para lo cual la Defensoría del Pueblo se pone a su disposición para cualquier sustento técnico que sea requerido para brindar apoyo a la construcción e implementación de las mismas. Remitir la investigación al Ministerio Público por existir indicios y evidencias de actos delictivos que implican violación en materia de derechos humanos, en este caso por el cometimiento de actos de tortura, trato cruel e inhumano y degradante de parte del señor teniente FERNANDO MAURICIO ENCALADA PARRALES, Instructor en contra del señor MICHAEL ANDRES ARCE MENDEZ. Reservar el derecho de esta Dirección Nacional para continuar trámites Defensoriales en relación a posibles vulneraciones a derechos en el interior de la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro en contra de otros y otras estudiantes en relación a la información obtenida mediante entrevistas directas y reservadas. Dejar a salvo el ejercicio de los derechos y acciones administrativas y/o judiciales de las que se crean asistidas las partes. (Sic) Como se ha precisado, esta mera disconformidad propuesta por el señor Fernando Mauricio Encalada PARRALES, carece de sustancia casacional. No obstante, se ha de insistir que este medio impugnatorio es extraordinario y técnico porque acusa el error in iudicando, esto es la aplicación de la ley en la

sentencia del Tribunal de apelación, yerro que puede suscitarse sobre la base de tres causales: errónea interpretación, contravención expresa; e/o, indebida aplicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 349 CPP, ultractivo para esta causa. El recurrente ha escogido la causal de indebida aplicación, que, desde la técnica jurídica, exige una proposición jurídica completa, conforme la doctrina y la jurisprudencia reiterativa de la Corte Nacional de Justicia; significando que el recurrente al momento de formular el agravio (la base del recurso), tiene que establecer dos premisas: por un lado, la norma jurídica incorrecta, y, por otra parte, cuál es la norma correcta. En la especie, el recurrente no ha señalado esta proposición jurídica completa, se ha limitado a expresar una vulneración (genérica) de los artículos: 76.7 CRE, 83 CPP; y, en la réplica, vulneración del inciso segundo del artículo 119 CPP. En suma, el recurso de casación planteado por señor doctor Miguel Arias en defensa de los intereses del señor Fernando Mauricio Encalada Parrales, carece de sustancia, por deficientemente articulado conforme los considerandos expuestos ut supra; tratándose de una mera disconformidad carente de causal, carente de norma, ya sea sustantiva, adjetiva o constitucional válida; convirtiéndose en un alegato propio de tercera instancia ya que se ha pretendido soterradamente una revaloración de prueba, proposición que está proscrita por el artículo 349 CPP, que impide que el Tribunal de casación revalore la prueba, ya que es el Tribunal de juicio el que, por el principio de soberanía, el que tiene la capacidad de decidir la causa porque ante él se practica la prueba, ergo, en casación no se practica prueba, por lo tanto este Tribunal no tiene facultad competencial para tal actividad valorativa. El informe (resolución) Defensorial no constituye, de forma alguna, un informe pericial, por lo tanto no es aplicable el inciso segundo del artículo 119 CPP, que ha sido fundamentado e introducido por la defensa del recurrente, mediante réplica, como sustento de la casación. El informe Defensorial, conforme consta del razonamiento judicial, expresado en el numeral décimo de la sentencia del Tribunal adquem (intitulado: Análisis de las fundamentaciones en relación a la prueba y su valoración), en lo procesal, ha ingresado en el debate por dos vías: a. como documento; y, b. principalmente como prueba testimonial a partir de las atestaciones de los funcionarios que lo elaboraron, quienes han comparecido a juicio y han sido examinados y contra examinados por las partes procesales. Del mismo modo, se ha de considerar que el informe (resolución) Defensorial ha sido ampliamente debatido, tanto en Defensoría del Pueblo y dentro de este proceso penal, habiendo sido sometido a examen y contra examen en audiencia de juicio en que el acusado ha ejercido todos los medios que han estado a su alcance para defenderse y debatir, habiendo sometido dicho informe a impugnación, tanto en Defensoría y también en juicio. El sistema procesal penal del Ecuador, mantiene el principio de “numerus apertus” conocido también como “principio de libertad probatoria”, que significa que se puede probar a través de cualquier medio en tanto no esté prohibido o sea contrario a instrumentos internacionales de derechos humanos, Constitución de la República del Ecuador y las leyes. En el caso concreto, no se evidencia elementos constitutivos de prueba ilícita. Por tanto no hay infracción al artículo 76.4 CRE, artículo 83 CPP; consecuentemente no amerita el argumento propuesto por el recurrente, señor Fernando Mauricio Encalada Parrales. La conducta que ha sido atribuida en condena al justiciable, por la fecha de su perpetración, se encuentra descrita en el artículo 212.5 CP y actualmente en el artículo 177 COIP Superado este requisito previsto en la primera disposición transitoria del COIP, corresponde establecer si existe condiciones de favorabilidad, ya en el tipo o en la medida de la pena, y en prescindencia de alegato de parte, este Tribunal de casación, ex officio, se pronuncia al respecto, y considera que la conducta que

se le ha atribuido al justiciable, prevista en el artículo 212.5 CP, no ha sido suprimida del catálogo de delitos del COIP, encontrándose en la descripción típica del artículo 177 que dice: Actos de odio.- La persona que cometa actos de violencia física o psicológica de odio, contra una o más personas en razón de su nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad, estado de salud o portar VIH, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Si los actos de violencia provocan heridas a la persona, se sancionará con las penas privativas de libertad previstas para el delito de lesiones agravadas en un tercio. Si los actos de violencia producen la muerte de una persona, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años. La descripción penal actual y la consecuencia en la determinación en abstracto de la medida de la pena, trae tres supuestos de hecho: Actos de violencia física o psicológica de odio, contra una o más personas en razón de su nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad, estado de salud o portar VIH, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Si los actos de violencia provocan heridas a la persona, se sancionará con las penas privativas de libertad previstas para el delito de lesiones agravadas en un tercio. Si los actos de violencia producen la muerte de una persona, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años. El asambleísta al elaborar el tipo penal considera que los motivos de perpetración del delito radica en la discriminación que realiza el sujeto activo en contra del pasivo ya por su nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad, estado de salud o portar VIH, detrás de lo cual existe una clara afectación al principio de igualdad (material y formal) previsto en el artículo 66.4 CRE que dice: Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación. (...) La igualdad formal es la igualdad ante la ley, en tanto que la igualdad material se asume como el derecho a la igualdad en la ley sin que sea, por tanto, legítima la discriminación en las relaciones sociales, ya sea por razones étnicas, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad, estado de salud o portar VIH. De modo que, para el tipo penal in comento, el núcleo que describe la discriminación es amplio y prevé razones: Étnicas Lugar de nacimiento Edad (condición etaria. P.e. niños, ancianos, etc.) Sexo Identidad de género u orientación sexual Identidad cultural Idioma Religión Condición económica Condición migratoria Discapacidad Estado de salud o portar VIH Corresponde al Estado (constitucional de derechos y justicia conforme el art. 1 CRE) promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los colectivos sean reales y efectivas; debe por tanto remover los obstáculos que impidan o disminuyan su ejercicio, debiendo facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. En tal sentido, la igualdad material tiene dos dimensiones: a. como punto de partida, entendida como la no discriminación del individuo en el ejercicio y desarrollo de sus derechos en la organización social; y, b. como punto de llegada o una meta de realización de la calidad de vida y de igual satisfacción de las necesidades humanas básicas. La igualdad ante la ley exige el reconocimiento en las normas jurídicas del principio de no discriminación, lo que opera de dos formas, ya sea: a. implícita, a

través de fórmulas repetidas en los textos de instrumentos internacionales de derechos humanos y en los textos constitucionales ; y, b. explícita, cuando se prohíbe cualquier forma de discriminación. En el tipo penal, en análisis, el principio de no discriminación es amplio al prever una gran gama de factores que no solo se reducen a lo étnico. No obstante, el tipo, para la determinación de la medida la pena en abstracto se subordina a resultados lesivos, previéndose: en el primer inciso (supuesto de hecho) actos de violencia física (sin lesiones) y psicológica; en tanto que en el segundo supuesto, se relaciona con las lesiones físicas ocasionadas al sujeto pasivo; y, finalmente, en el tercer supuesto, se lo relaciona con el resultado muerte ocasionado a la víctima del delito. El artículo 212. 5 CP, ultractivo para este caso y atribuido judicialmente a Fernando Mauricio Encalada Parrales, dice: “Será sancionado con prisión de seis meses a dos años el que cometer actos de violencia moral o física de odio o desprecio contra una o más personas en razón del color de su piel, raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad. Si de los actos de violencia a que se refiere este artículo resultare herida alguna persona, los autores serán sancionados con prisión de dos a cinco años. Si dicho actos de violencia, produjeran la muerte de una persona, sus autores serán sancionados con reclusión de doce a dieciséis años”. Este tipo penal describe tres supuestos de hecho y construye escala penal diferenciada, considerando: Actos de violencia moral o física por odio (sin resultado) punido con prisión de seis meses a dos años. Actos de violencia por odio con resultado lesiones, punido con prisión de dos a cinco años. Actos de violencia por odio con resultado muerte, punido con reclusión de doce a dieciséis años. En la parte resolutive de la sentencia del adquem, se declara a Fernando Mauricio Encalada Parrales, autor del delito tipificado y sancionado en el artículo 212.5 CP, precisándose que por subsunción le corresponde la conducta determinada en el inciso primero cuya punición oscila entre seis meses (piso) y dos años de prisión (techo). Del cotejo entre ley penal anterior (inciso primero del art. 212.5 CP) y ley penal posterior (inciso primero art. 177 COIP) se establece que la medida de la pena (en abstracto) ha aumentado, con un piso de un año y un techo de tres años. Por lo que, de esta comparación de leyes penales, se determina un aumento en la medida de la intervención penal. Consecuentemente no hay condiciones de favorabilidad, sobre el tipo y la pena, no obstante, se advierte yerro, al momento de fijar judicialmente la pena congrua ya que el Tribunal Adquem, estima que se encuentran comprobados conforme a derecho los elementos constitutivos del tipo penal (art. 212.5 CP) y que además concurren las circunstancias atenuantes de los numerales 6 y 7 del artículo 29 CP, fijándose la pena en cinco meses y veinticuatro días, cuando de este cálculo, en los términos planteados en sentencia, el marco legal posibilitaba que la pena pueda ser rebajada hasta ocho días. Al respecto se ha de considerar que la pena en abstracto está dada por el asambleísta que la plasma en la ley y que la noción de lesividad le ha llevado a definir su cantidad adecuada (quantum) que sirve de límite para la imposición por el juzgador en el caso concreto a partir de las normas jurídicas dadas por el asambleísta que consagra el principio de legalidad a partir del cual el órgano jurisdiccional juez lo aplica caso a caso, con sus particularidades fácticas y jurídicas propias, que diferencian un caso de otro, por lo que no cabe la aplicación de la analogía porque las leyes penales no pueden ser aplicadas a supuestos distintos de aquellos para los que están previstos. La medida de la pena es parte del debido proceso y se desarrolla a partir del artículo 76.6 CRE que dice: En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las

infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza... Esta limitación constitucional al ius puniendi luego se desarrolla en el esquema normativo legal sustantivo que es la base para la dictación de la justa medida de la pena por el órgano jurisdiccional en el caso concreto. Por tanto, la proporcionalidad de la pena tiene una doble dimensión: ya como una técnica legislativa (pena en abstracto) o como una facultad jurisdiccional (pena en concreto). La Corte Constitucional (para el período de transición) en la sentencia número 006-12-SCN-CC, caso número 0015-11-CN considera que la proporcionalidad de la pena es una técnica legislativa que determina la medida de la sanción privativa de la libertad mediante la norma sustantiva penal, y dentro de éstos parámetros se debe determinar la medida de la pena considerando un mínimo (piso) y un máximo (techo) que el Juez debe determinar y motivar en el caso concreto. www.corteconstitucional.gob.ec La jurisprudencia reiterativa de Corte Nacional de Justicia, sobre la determinación judicial de la pena (en concreto) ha establecido que para la atribución de responsabilidad es necesario, y la fijación de la pena, se requiere, en su orden: La comprobación conforme a derecho del delito (art. 212.5 CP, primer inciso). La concurrencia de circunstancias atenuantes (art. 29 CP) y/ o agravantes (art. 30 CP) La determinación del grado de participación penal individualizada (autor, cómplice, encubridor) Al primer requisito se lo denomina juicio de tipicidad, cuando para fines del reproche penal al sujeto activo, el tribunal debe justificar (de modo razonable, lógico y comprensible) la forma en que se ha probado conforme a derecho los elementos constitutivos del tipo penal previsto en el primer inciso del artículo 212.5 CP, conclusiones a las que se llega luego de aplicar la subsunción en el caso concreto, tal y como se evidencia en el numeral décimo de la sentencia. No obstante, el tribunal adquem pasa por alto la existencia de enañamiento, circunstancia agravante genérica prevista en el numeral primero del artículo 30 CP, cuando este no es constitutivo o modificadorio de la infracción. De modo que, en concurrencia de las circunstancias atenuantes de los numerales 6 y 7 del artículo 29 CP, éstas se neutralizan en su efecto pro reo, en concurrencia de una agravante genérica, (ensañamiento) impidiendo la aplicación del artículo 73 CP, y la modulación de la pena privativa de libertad en los términos fijados en la sentencia del tribunal adquem, que sin mayor análisis llega a la conclusión de pena cumplida, por ser ese el tiempo de duración de la medida cautelar dispuesta en contra de Fernando Mauricio Encalada Parrales, hasta el momento de realización de la audiencia de juicio, en que se ratificó su inocencia por el tribunal aquo y recobró su libertad. Por tanto, se evidencia error in iudicando por contravención expresa de los artículos 30.1 y 73 CP y 76.6 CRE por lo que la pena congrua en el caso concreto, atribuida a Fernando Mauricio Encalada Parrales, en calidad de autor del delito tipificado y sancionado en el primer inciso del artículo 212.5 CP es la de seis meses de prisión. No obstante, por efecto de la garantía de non reformatio in pejus, prevista en el artículo 77.14 CRE, que obliga a no empeorar la situación jurídica del recurrente, la medida de la pena no se modifica en peor. Finalmente, ex officio este Tribunal considera que la persona que ha sido procesada en esta causa penal es el ciudadano Fernando Mauricio Encalada Parrales, a quien se le ha atribuido condena, siendo que las personas jurídicas de derecho público, en este caso las Fuerzas Armadas del Ecuador, no han sido sujetos de procesamiento penal por no posibilitarlo la ley penal anterior (CP) que mantenía un esquema de responsabilidad personal individual entre autoría, complicidad y encubrimiento. Mientras que ley penal posterior (art. 49 COIP) no permite el procesamiento de personas jurídicas de derecho público sino de derecho privado. Por tanto, se advierte que un rasgo característico del derecho penal liberal es la determinación por la que la pena es

personal, de lo cual la reparación inmaterial derivada de este proceso, es de responsabilidad de Encalada Parrales quien ha de ofrecer disculpas a Michael Andrés Arce Méndez en un acto público de amplia difusión y no en ceremonia militar. En conclusión, la sentencia del adquem, contiene un juicio de tipicidad que motiva (sostiene) su decisión de condena, cumpliendo con la exigencia del artículo 76.7.I CRE y el principio de razón suficiente por el que se ha analizado:

- a. el material probatorio en que se fundan las conclusiones de condena, describiendo el contenido de cada elemento de prueba relevante sin (requisito descriptivo) sin que el informe (resolución) Defensorial sea el único medio de prueba sino los testimonios de los funcionarios que lo elaboraron y luego comparecieron a juicio a declarar bajo examen y contra examen; y,
- b. se ha valorado este acervo probatorio para ligarlo con las afirmaciones o negaciones que se incorporan en el fallo (requisito intelectual), principalmente considerando el principio de numerus apertus por el que las partes tienen libertad probatoria, siendo que el delito de odio (inciso primero, art. 212.5 CP) se puede probar a través de cualquier medio en tanto éste no sea contrario al ordenamiento jurídico. Por tanto, la decisión judicial del adquem supera el test de motivación, al ser razonable, lógica y comprensible.

RESOLUCIÓN Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, por unanimidad declara improcedente el recurso de casación formulado por la defensa técnica de Fernando Mauricio Encalada Parrales. Ex officio se declara error in iudicando por errónea interpretación de los artículos 29.6 y 7, 30.1 y 73 del Código Penal en relación con el artículo 76.6 de la Constitución de la República del Ecuador al fijarse la medida de la pena congrua en el caso concreto, cuando en concurrencia de dos circunstancias atenuantes y una agravante, se impedía de la modificación de la pena, de lo cual la justa medida es la de seis meses de prisión correccional; más por efecto de la garantía de non reformatio in pejus, se deja la pena en el orden de cinco meses, veinticuatro días que ha sido fijada por el tribunal adquem. La reparación inmaterial consistente en las disculpas que debe ofrecer Fernando Mauricio Encalada Parrales a Michael Andrés Arce Méndez, se ha de realzar en acto público y no en ceremonia militar, conforme se deja explicado infra. De esta manera se atiende también el pedimento realizado el día 5 de julio de 2016, las 14:51 por Fernando Mauricio Encalada Parrales. Devuélvase el proceso al órgano jurisdiccional de origen, para los fines de ley. NOTIFÍQUESE.-