



REGISTRO OFICIAL

ÓRGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

Administración del Sr. Ec. Rafael Correa Delgado
Presidente Constitucional de la República

EDICIÓN ESPECIAL

Año IV - Nº 400

**Quito, jueves 21 de
febrero de 2013**

Valor: US\$ US\$ 1.25 + IVA

**ING. HUGO ENRIQUE DEL POZO
BARREZUETA
DIRECTOR**

Quito: Avenida 12 de Octubre
N 16-90 y Pasaje Nicolás Jiménez

Dirección: Telf. 2901 - 629
Oficinas centrales y ventas:
Telf. 2234 - 540

Distribución (Almacén):
Mañosca Nº 201 y Av. 10 de Agosto
Telf. 2430 - 110

Sucursal Guayaquil:
Malecón Nº 1606 y Av. 10 de Agosto
Telf. 2527 - 107

Suscripción anual: US\$ 400 + IVA
para la ciudad de Quito
US\$ 450 + IVA para el resto del país
Impreso en Editora Nacional

44 páginas

www.registroficial.gob.ec

**Al servicio del país
desde el 1º de julio de 1895**

SUMARIO:

Págs.

**FUNCIÓN JUDICIAL Y
JUSTICIA INDÍGENA**

**CORTE NACIONAL
DE JUSTICIA:**

PRIMERA SALA DE LO PENAL:

**Recursos de casación en los juicios seguidos en
contra de las siguientes personas:**

335-2008	Señor Luis Abelardo Criollo Puma y otros	1
185-2009	Doctor Delfín Olmedo Bermeo Idrovo	10
822-2009	Señor Ernesto Rivadeneira García y otros	20
1378-2009	Doctor Robert Tyrone Guevara Elizalde y otro	24
127-2010	Señor Miguel Angel Guamán Guambo	32
240-2010	Doctor Jenner Franco Mora y otro	35
319-2010	Señor Víctor Hugo Serrano Duque	38

No. 335-2008

JUEZ PONENTE

**DR. JAIME PAZMIÑO
PALACIOS (ART. 185 DE LA
CONSTITUCION LA
REPUBLICA)**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA - PRIMERA SALA DE LO
PENAL:** Quito, 3 de agosto de 2010; a las 11h00.

VISTOS: Mediante sentencia expedida el 21 de septiembre de 2006, la Segunda Sala de lo Penal de la ex Corte Suprema de Justicia dicta sentencia condenatoria contra Luis Abelardo Criollo Puma, William Renso Chango Colina, Edison Quinga, Luis López Guachi por considerar al primero y segundo de los nombrados autores y a

los otros cómplices de los delitos de: detención ilegal y arbitraria tipificado en el artículo 183; de tormentos corporales tipificado y reprimido en el inciso primero del artículo 187 y asesinato tipificado en el artículo 450 circunstancias 1, 7 y 9 del Código Penal y les impone la pena de dieciséis años de reclusión mayor extraordinaria al autor del delito y ocho años de reclusión mayor ordinaria a cada uno de los cómplices; así como al pago de costas procesales, daños y perjuicios.- De la referida sentencia con fecha 7 de febrero del 2008, William Renso Chango Colina, 27 de mayo del 2008 Luis Abelardo Criollo Puma; el 4 de junio de 2008 Luis López Guachi; y, Edison Rafael Quinga Pilataxi el 10 de junio del 2008, interponen recurso de revisión, William Chango Colina, por la causal 4 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, el segundo y el tercero al amparo de las causales 3, 4 y 6 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, mientras que Edison Quinga invoca las causales 1, 2, 4 y 6 de la misma disposición legal. Siendo el estado procesal el de resolver, para hacerlo, se considera: **PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.**- En virtud de lo dispuesto en el Art. 11 de la Resolución Sustitutiva dictada por la Corte Nacional de Justicia el 22 de diciembre del 2008 y publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de enero del 2009 y providencia de 27 de abril y 31 de mayo del 2010 dictada por los señores Jueces Nacionales de esta Sala, en nuestras calidades de Conjueces Nacionales de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento de la presente causa. **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.**- Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad, por lo que este Tribunal declara la validez procesal de esta causa penal. **TERCERO: ACUMULACION DE JUICIOS.**- A fñ 93 del Juicio 160-08 consta la acumulación del juicio No. 335-08 al juicio penal No 160-08, por cuanto contiene los mismos hechos que recoge la denuncia presentada por Carmen Imelda Velastegui Ramos al señor Comandante de la Policía de Tungurahua, dando a conocer la desaparición y detención de su marido Elías Elint López Pita, el día Lunes 6 de noviembre del 2000, que dieron origen al juicio penal No 335-08 que se encuentra en esta Sala por el recurso de revisión presentado por Luis Geovanny López Guachi, Edison Rafael Quinga Pilataxi y Luis Abelardo Criollo Puma y, a fin de no dividir la continencia de la causa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil, como norma supletoria del procedimiento penal, se dispuso la acumulación del juicio penal No. 335-2008 al Juicio penal No 160-08, al tenor del artículo 112 ibidem **CUARTO.- ALEGACIONES DE LOS RECURRENTES.**- **A) LUIS ABELARDO CRIOLLO PUMA** alega que por el hecho de pertenecer al grupo antidelincuencial de la Policía Nacional se le involucra en los hechos acusados cuando ha demostrado que ese día se encontraba en la ciudad de Guayaquil; que en la presente causa no se ha probado la existencia material de la infracción ni su responsabilidad penal al no existir la identificación, reconocimiento externo y autopsia del cadáver, conforme lo establecen los artículos 61, 66, 69, 157, 159, 215 Y 326 del Código de Procedimiento Penal de 1983; así como no se la ha logrado establecer algún vínculo entre el compareciente con los hechos acusados, que nunca intervino directa ni indirectamente en los hechos que se le imputan,

constituyéndose en un "chivo espiatorio", y que la sentencia recurrida se ha basado en conjeturas y elucubraciones, presupuestos que no permiten llegar a la verdad histórica de la supuesta desaparición de Elías López Pitay que en el operativo de detención no intervinieron directamente todos los integrantes del grupo antidelincuencial; que no se ha cumplido con lo que disponen los artículos 65, 66 y 326 del Código de Procedimiento Penal vigente a la época del cometimiento del delito. Con los argumentos señalados al amparo de lo dispuesto en los artículos 359, 360 numerales 3, 4 Y 6 del Código de Procedimiento Penal, interpone recurso de revisión; **B) WILLIAM RENSO CHANGO COLINA**, manifiesta en su recurso de revisión que el día de los hechos aquella noche se encontraba desde la 19H00 realizando una comisión a la ciudad de Quito, conjuntamente con el Cabo primero de Policía Luis López Guachi, a dejar un vehículo recuperado en la Policía Judicial de Pichincha, retornando a la ciudad de Ambato a eso de las 03H00 aproximadamente del día 7 de noviembre del 2000, situaciones que se encuentran demostradas a fs 4669 a 4674, el cumplimiento de la comisión, que fueron registrados tanto a la llegada de Quito, como la salida (fs. 4680) y oficio de la referida comisión. Que la sentencia viola lo establecido en los numerales 7 y 10 del artículo 24 de la Constitución Política vigente a la fecha de los hechos, se atenta el derecho humano de inocencia consagrado en la Convención Americana, artículo 8.2.; además, los artículos 61, 64, 65, 66, 127, 326, 333 del Código de Procedimiento Penal del año 1983; que las versiones dadas por el chofer JORGE ALBERTO SANCHEZ, fs. 47, 48, como el controlador SEGUNDO NUÑEZ PALACIOS fs. 48 ,49 del bus CITA No 50, en ninguna parte se refieren al compareciente haya participado en los hechos, lo cual demuestran su inocencia; no está establecido el nexo causal entre la infracción y la responsabilidad del compareciente, por lo que amparado en lo dispuesto en el ordinal 4 del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal interpone el recurso de revisión. **C) LUIS LÓPEZ GUACHI**, luego de realizar un análisis de los antecedentes que motivan la presentación del recurso de revisión en los que alega que los juzgadores han hecho una interpretación extensiva en su fallo, fuera del contexto legal y de la sana crítica, porque ha demostrado con documentos públicos y testimonios propios y no coartadas como se señala en el fallo del Presidente de la Corte Superior de Ambato, que el día lunes 6 de noviembre del 2000, fecha de la supuesta captura de Elías López Pita, se trasladó a la ciudad de Quito junto con el señor Policía Nacional William Renso Chango Colina, cumpliendo una orden superior, de trasladar la camioneta doble cabina de color blanco que fue recuperado en otro operativo, camioneta que fue entregada en la Policía Judicial de la ciudad Quito; así como consta en el libro de registro de la salida de miembro de la policía, la salida de comisión y el retorno al Comando de la Policía de Tungurahua, y no como falsamente aduce el juzgador, contradiciendo de esta manera el principio universal del in dubio pro reo, violándose con ello los artículos que van del 145 al 156 del Código de Procedimiento Penal hoy artículos 145 al 158, documentos públicos que no han sido impugnados o existen informe pericia les que demuestren o justifiquen su falsedad; que se ha hecho una interpretación diferente a lo que manda el artículo 148 ibidem cuando se sostiene que

“Luis López Guachi ha demostrado pertenecer al grupo antidelinquencial de-Tungurahua”, que por el contrario ha demostrado no pertenecer al mencionado grupo; y al no haberse demostrado en el proceso el nexo causal entre la infracción y la participación del compareciente, no se le podía juzgar como cómplice por lo que de conformidad con lo previsto y fundamentado en lo dispuesto en los numerales 3, 4, Y 6 del artículo 360 y siguientes del Código de Procedimiento Penal interpone recurso de revisión. Señala también que no se ha tomado en cuenta el informe No. 2001-001-IGNP-DAI que corre de fs.128 a 142 del proceso, donde se hace constar que el recurrente Luis Geovanny López Guachi y Willian Chango estuvieron de comisión en la ciudad de Quito desde las 19h30 del día 6 de noviembre del 2000 hasta las 00h30 del día 7 de noviembre del 2000, habiendo ingresado a la Policía de Tungurahua a las 02h45. Por lo que nunca tuvo conocimiento de la supuesta detención del ciudadano Elías López Pita el día 6 de noviembre del 2000 y que por versiones del ex Fiscal Distrital de Tungurahua Marco Felix Vargas Zuñiga, quien intervino en este juicio, el supuesto desaparecido Elías López Pita se encuentra en España; que existe una relación sentimental entre el ex Fiscal Distrital de Tungurahua Marco Felix Vargas Zuñiga y la señora Carmen Imelda Velastegul acusadora particular en esta acción y cónyuge de Elías López Pita los mismos que han procreado un hijo, y a quienes les interesa la desaparición de Elías López Pita; **D) Rafael Quinga Pilataxi**, alega que en el presente caso no se ha demostrado la existencia material de la infracción, violentándose los artículos 61, 65, 66, 69, 157, 159, 215 Y 326 del Código Adjetivo Penal y que sobre la responsabilidad de quienes aparecen como involucrados en la desaparición de Elías López Pita, no existen elementos de convicción que los involucren; así como los informes presentados son contradictorios unos a favor y otros en contra de los acusados y que dentro de las investigaciones no se le nombra; que el chofer del vehículo donde probablemente viajaba López Pita señala únicamente que personas abordaron el auto, que jamás se le ha nombrado ni identificado dentro de alguna diligencia para vincularle con este hecho, no habiéndose considerado el principio universal del indubio pro reo. En merito de lo expuesto fundamenta su recurso en los artículos 359 Y 360 numerales 1, 2, 4 Y 6 del Código de Procedimiento Penal.- **CUARTO: DICTAMEN DEL MINISTERIO PÚBLICO.-** El doctor Washington Pesantez Muñoz, Fiscal General del Estado, en su dictamen contra Luis López Guachi, Edisón Quinga Pilataxi, y Luis Criollo Puma, en lo principal señala: Que los documentos presentados por los recurrentes en el término de prueba, no constituyen elementos probatorios que lleven a la convicción de que los acusados no son responsables del delito por el cual fueron condenados, pues no se ha probado que López Pita o López Pata Elías, esté vive; como tampoco existen dos sentencias contradictorias, ya que la dictada por el Tribunal Penal de Bolívar, el 28 de abril del 2003, corresponde a la desaparición y asesinato de Luis Alberto Shinin Lazo, testigo que estuvo detenido junto con López Pita en la ciudad de Ambato; así como no se ha comprobado que la sentencia haya sido dictada en base de documentos o testigos falsos o de informes maliciosos o errados.- Que en relación al numeral 6 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, que se refiere a que no se ha probado la existencia del delito,

señala el funcionario de la Fiscalía que la misma se halla justificada con la prueba practicada en la etapa del sumario en el que si bien no se ha recuperado el cadáver, existen testimonios rendidos por personas imparciales respecto a la extraña desaparición en las circunstancias determinadas en el sumario; se han agregado las copias certificadas de la partida de nacimiento de López Pita; así como los informes Nos. 2001-001- IGPN-DAL, de Asuntos Internos de la Inspectoría General de la Policía Nacional; y No 2001-001-DNP-JET de la Comisión Investigadora de la Dirección Nacional de la Policía Nacional, a lo que se suman los testimonios de Jorge Orlando Pérez Zamora, propietario del vehículo marca CITA No 50, quien observó que al llegar al control norte de Ambato, se "hizo bajar a un individuo que ocupaba el asiento No 28"; Jorge Alberto Sánchez indica que estaba conduciendo el bus, siendo detenida su marcha por orden de un policía con chaleco fosforescente, que dos personas subieron al vehículo y detuvieron a un hombre al que sacaron con la cara cubierta con su camiseta, luego se llevaron el equipaje del detenido consistente en una mochila color negro, reconociendo entre los policías a Yolanda, quien posteriormente le pidió que concurreniera a la Policía Judicial a realizar una declaración, pero cambiando la versión original y sosteniendo que no habían bajado nada del vehículo, sin embargo que él conversó con el Gerente de la Empresa quien habló con el Coronel Ávila, habiéndole recomendado ceñirse a la verdad de los hechos; Ángel Enrique Pilacúan Viteri, afirma haber visto a Elías López, en la bodega de la Policía, que tenía su cara golpeada, y que estuvo en ese lugar también un señor de apellido Shinin; Jorge Orlando Pérez Zamora, manifiesta haber visto a la persona que fue bajada del vehículo en el Control Norte de Ambato, por dos personas vestidas de civil, luego de que un policía hiciera parar el bus para averiguar si los pasajeros portaban armas de fuego, que un civil dijo que "hay que llamar por radio"; Segundo Wilfrido Núñez Palacios era el controlador del bus, quien sostiene que al llegar al Control Norte de Ambato, fue detenido el vehículo al que subieron dos ciudadanos vestidos de civil, indicando que iban a realizar una revisión, solicitaron las cédulas e hicieron bajar a una persona que llevaba una chompa, le cubrieron la cabeza y lo llevaron a la caseta policial que existía en dicho lugar, que bajaron una mochila color negro, luego continuaron el viaje. Que se ha efectuado el reconocimiento del lugar y una inspección judicial al Cuartel de Policía de Ambato al cuarto que se le conoce con el nombre de “el aula”. Que se ha receptado el testimonio de Carmen Imelda Velasteguí Ramos, quien manifiesta que el día 6 de noviembre del 2000, acompañó a su esposo Elías López Pita al terminal terrestre de Ambato quien iba a viajar a la ciudad de Esmeraldas donde trabajaba como pescador, en el bus de la empresa CITA No 50, que al día siguiente lo llamó su cuñado Luis López quien reside en Esmeraldas para indicarle que su esposo no había llegado, cuando debió haber arribado a las 05h00 que inmediatamente llamó a CITA a averiguar lo sucedido y le indicaron que su esposo fue bajado en el control Norte de Ambato a las 10h15 aproximadamente, cubriendo su cara con la camiseta, que actuaron dos civiles y un uniformado de tránsito. Manifiesta el señor Fiscal General que en la sentencia de la Segunda Sala de la Corte Superior de Ambato, se han analizado también los testimonios rendidos por Álvaro Alfonso Sánchez López y Luis Abelardo Criollo Puma, quienes la noche del día lunes 6 de

noviembre del 2000, fueron abordados por dos policías, que no se identificaron, quienes les pidieron colaboren ya que tenían que detener a un delincuente peligroso, por lo que viajaron hasta el control policial Norte ubicado en el sector del Parque Industrial de Ambato, en dos camionetas la una marca Mazda color blanco en la que se encontraban los dos policías y la de color plomo conducida por Luis Abelardo Criollo Puma; que al llegar al control solicitaron al Policía de servicio que haga parar el bus de la empresa CITA que iba con destino a Esmeraldas; testimonios que con los rendidos por el chofer y controlador y del Cabo Vinicio Enrique Trujillo que hacía el servicio en el control de Tránsito Norte, sin lugar a dudas determinan que efectivamente fue bajado López Pita y su mochila del bus; que según las declaraciones de Ángel Enrique Pilacuan Viteri, Blanca Ana Masth Manobanda y Luis Alberto Shinín Lazo, obtenidas por el Agente Fiscal doctor Fernando Fabara y su propia declaración sobre los datos proporcionados por Shinín se establece que el martes 7 de noviembre del 2000, a medio día en el Cuartel de Policía de Tungurahua, en la bodega conocida como "el aula" fue visto Elías López Pita, tapado la cabeza con una tela blanca y que habló con Shinín a quien le dio un número telefónico para que llamara a su mujer Carmen Velasteguí u otro familiar y le comunique que había sido detenido y bajado del bus Cita cuando viajaba a Esmeraldas. Que la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia en ese entonces, en la sentencia de casación en el considerando cuarto hace un análisis sobre la sentencia emitida por el Tribunal de Apelación, para concluir que de la prueba se determina que existió la intención de ocasionar la muerte de López Pita, por lo que casa la sentencia estableciendo que Elías López Pita fue detenido arbitrariamente, torturado y asesinado; por lo que, las pruebas aportadas por los recurrentes, no han enervado ninguno de los fundamentos de la sentencia, ni prueban la inocencia de los sentenciados, razón por la cual considera que no procede el recurso de revisión interpuesto por Luis Geovanny López Guachi, Edison Rafael Quinga Pilataxi y Luis Abelardo Criollo Puma.- En relación al dictamen contra WILLIAM RENSO CHANGO COLINA el señor Ministro Fiscal General del Estado, sostiene que la noche del 6 de noviembre del 2000, en que Elías López Pita, estuvo viajando a la ciudad de Esmeraldas, en la Cooperativa de Transporte CITA, del que fue bajado a esos de las 22H30 en el control norte de la ciudad de Ambato, por ciudadanos que cubrieron su rostro, fecha a partir de la cual no se conoce de su existencia, él compareciente estuvo desde las 19h00 realizando una comisión en la ciudad de Quito, conjuntamente con el Cabo Primero de Policía Luis Geovanny López Guachi, relacionado con la entrega de un vehículo recuperado en la Policía Judicial de Pichincha, retornando a la ciudad de Ambato a eso de las 03h00 del día 7 de noviembre del 2000, lo que está demostrado en el proceso, ya que fueron registrados tanto a la salida como a la llegada, con lo que demuestran su total inocencia en el caso. En el término de prueba a fs 4 de cuaderno de la sala se han evacuado lo siguiente a) de fs. 11 a 24 copias certificadas remitidas por el Comandante Provincial de Policía de Tungurahua No 9, correspondiente al Libro de Registro de la Prevención del Comando Provincial de Policía de Tungurahua No 9, de fechas 6, 7, 8 y 9 de Noviembre de 1999, del que se desprende de que el día sábado 6 de noviembre de 1999, a las 19h00 no se registró ninguna salida el cabo Chango Colina William Renso,

pues en el libro no existe anotación alguna sobre que el recurrente haya sido comisionado para ir a la ciudad de Quito, ni consta que a las 03H00 se haya registrado su ingreso tanto el día sábado como domingo, como lo afirma el impugnante, documentos que por otra parte ya fueron analizados y valorados por el Tribunal juzgador en el momento procesal oportuno, y difieren en las fecha en que sostiene en su escrito de interposición del recurso, ocurrieron los hechos y las constantes en el libros de prevención precitado. Que las exigencias del Art. 360 del Código Procesal Penal, para que proceda la revisión es la necesidad de nuevas pruebas, de aquellas que no han merecido valoración por parte del juzgador, pero en la especie si bien se han presentado los documentos que se han detallado en líneas anteriores, estos no constituyen elementos probatorios que lleven a la convicción de que el acusado no es responsable del delito por el que fue condenado, y a no existir prueba alguna que demuestre que el sentenciado no es responsable del hecho, queda claro que no se configura ningún error de hecho que deba ser subsanado mediante el recurso interpuesto. En consecuencia las pruebas aportadas por el recurrente, no enervan ninguno de los fundamentos de la sentencia, ni prueban la inocencia del sentenciado, razón por la cual no procede el recurso de revisión interpuesto por William Renso Chango Colina. **QUINTO: APRECIACION DOCTRINARIA SOBRE LA REVISION.-** El procedimiento penal tiene como finalidad llegar a la imposición de una pena respetando la verdad procesal, si esto es así resulta razonable la legitimidad de la sanción por un acto adecuadamente típico y antijurídico. Frente a la posibilidad de un error judicial en la apreciación correcta de los hechos, surge la necesidad de la reparación mediante el mecanismo de un recurso de excepción como es la revisión, asumiendo el riesgo de la vulnerabilidad de la cosa juzgada, de la que el maestro uruguayo, don EDUARDO J. COUTURE, expresara que es: "la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla". En virtud de la *cosa juzgada*, la sentencia en firme es generalmente inatacable e impugnabile cuando se han agotado los términos para la interposición de los recursos, o cuando habiendo sido interpuestos, el Tribunal de Alzada ha ratificado la resolución del juez *a- qua*. Para el profesor CLARIA OLMEDO en su *Derecho Procesal Penal*, es objetable considerar a la revisión como un recurso en sentido estricto expresando que: "mejor parece considerarlo como una acción impugnativa que persigue la revocación de una sentencia firme y anulación del proceso en que se pronunció, fundándose en circunstancias nuevas para la causa por ser recién conocidas o haberse presentado con posterioridad". Por su lado, el profesor Jorge Vásquez Rossi, enseña: "*Es un recurso excepcional, verdaderamente extraordinario, que tiende a palear injusticias notorias y que aparece justificado por los valores en juego dentro del proceso penal*" (Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Rubinzal Curzoni Editores, Tomo 11, 2004, página 499).- Esta característica excepcional puede contraerse a dos situaciones: a) En primer lugar y conforme a las distintas legislaciones, la revisión se produce cuando aparecen del proceso contradichos o incongruencias entre la conducta declarada y su real situación; y, b) Cuando no se han observado algunos presupuestos del delito, como las causas de justificación, el principio de proporcionalidad de la pena o

la condición más favorable o benigna de la norma penal, así como las circunstancias eximentes o excluyentes y atenuantes de la conducta y de la pena.- La jurisprudencia tradicional ha sostenido que no es posible la modificación de la pena mediante este recurso extraordinario, sino únicamente la absolución, lo cual no es correcto, pues el Art. 416 de la Código de Procedimiento Penal prevé expresamente la reforma de la sentencia recurrida, reforma que implica modificar la misma aplicando los principios antes invocados (admisión de circunstancias eximentes, excluyentes y atenuantes de la conducta, y proporcionalidad de la pena). La norma procesal señalada como no puede ser de otra manera guarda estrecha relación con el artículo 11, numerales dos, cuatro, cinco y nueve de la Constitución de la República. Al respecto, el ilustre profesor argentino, Lino Enrique Palacio, sostiene que: *"el denominado recurso de revisión puede definirse como el remedio procesal que, dirigido contra las sentencias condenatorias, pasadas en autoridad de cosa juzgada tiende, en un aspecto, a demostrar, mediante la alegación de circunstancias ajenas al proceso fenecido por ser sobrevinientes o desconocidas al tiempo de dictarse la sentencia final, que el hecho no existió o no fue cometido por el condenado o encuadra en una norma más favorable y, en otro aspecto, a lograr la aplicación retroactiva de una ley más benigna que la aplicada en el fallo. Funciona, pues, por una parte para invalidar, frente a la concurrencia de motivos de excepción, la sentencia que condenó a un inocente, o para obtener la morigeración de la pena aplicada al culpable..."* (Los Recursos en el Proceso Penal, Buenos Aires, Abeledo - Perrot, Segunda Edición actualizada, 2001, pp. 209 - 210).- Nuestra legislación, como característica exclusiva, ha previsto además de los presupuestos universales, una revisión in iure al establecer en la regla 6 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal como una causa más para la procedencia de este recurso, el "no haberse comprobado conforme a derecho la existencia de la infracción"; esto implica que para la imposición de una pena, se ha de establecer formalmente la existencia de todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo del delito, para lo cual, es preciso tener presente que delito en una acepción moderna, implica un comportamiento humano dirigido hacia la consecución de un fin o contrario al deber objetivo de cuidado, realizado con el conocimiento de los factores de riesgo y con un resultado dañoso.- En el primer caso, cuando la voluntad del agente está dirigida hacia un fin específico, su proceder es doloso. "El dolo, en su relación con el delito, es la dirección de la voluntad a la comisión de una de las acciones previstas en las leyes penales; por lo tanto, la comisión dolosa de un delito supone la efectuada voluntaria de los caracteres constitutivos de ese delito..." (Adolf Merkel, Derecho Penal - Parte General, Buenos Aires, Editorial B de F, traducción de Pedro Dorado Montero, reimpresión 2006, p. 82). En el segundo caso, la infracción del deber de cuidado, supone una acción u omisión que se proyecta en el resultado, vinculando la conducta a la voluntad. Entre el delito doloso y el delito imprudente conocido como culposos, existe un paralelismo y una diferencia trascendental; en el primer caso, existe este paralelismo porque en las dos clases de delito debe mediar la voluntad, la que se diferencia por el grado de conciencia y comprensión de la conducta; y en el segundo caso, porque además del querer o poder proceder de otra manera, busca un resultado u

objetivo específico, esto es, aquella dirección de la voluntad tendiente a incursionar en una norma prohibitiva.- Participamos de considerar a la **revisión** como un verdadero recurso, que permite rever una sentencia condenatoria que se encuentra en firme y que no puede ser impugnada por medios normales. En cuanto a los efectos, una vez sustanciado el recurso si se lo declara procedente, se revoca la sentencia y anula el proceso en el que se hubiere dictado la condena. Esta excepcional institución pretende la reivindicación del reo y el restablecimiento de la justicia, mediante la reparación del error judicial.

SEXTO: ANÁLISIS DE LA SALA.- UNO.- El recurso de revisión es un mecanismo legal para dejar sin efecto una sentencia condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada, para lo cual, la Ley determina que se deben aportar nuevas pruebas, excepto si se alega que no se hubiere comprobado conforme a derecho la existencia del delito. La Constitución vigente, nos obliga a una nueva lectura del derecho, y de manera especial del derecho penal, ámbito en el cual los derechos fundamentales se encuentran especialmente en peligro por lo que se torna necesario recurrir a éste como última opción para la protección de bienes jurídicos tutelados. Al respecto, el tratadista español Santiago Mir Puig, señala: "El derecho penal de un estado social y democrático debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que ha de tender a la prevención de delitos (Estado Social), entendidos como aquellos comportamientos que los ciudadanos estimen dañosos para sus bienes jurídicos (Estado Democrático). Un derecho penal de esta raleza debe, pues, orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad". (El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático, Pág. 36). Las características enunciadas, así como el carácter fragmentario, subsidiario y residual del derecho penal, nos obligan a un entendimiento del mismo, desde la protección de la libertad como derecho fundamental. Es por ello, que la dogmática penal se convierte en una herramienta imprescindible para la racionalización de las decisiones judiciales, así como para la adecuada actuación de los demás operadores jurídicos.- Con la imputación objetiva y el concepto social de la acción, se niega el carácter causal de la adecuación del tipo y sobre todo su responsabilidad consecuente, y se exige una concepción teleológica vinculada entre el hecho y la culpabilidad, que la causalidad adecuada, se sustituya por una causalidad objetivamente imputable, lo que implica que el autor de un proceder humano debe haber previsto el resultado o haya podido prever con sus actitudes individuales, generando así una imputabilidad subjetiva insita que permita atribuir un resultado típicamente antijurídico siempre que no figure fuera de lo razonablemente culpable. Lo trascendental de esta teoría es que se niega la existencia de la acción y se contrae a juzgar un resultado fruto de una concepción racional y socialmente afectada; por fin, aparece la teoría final de la acción que descansa en dos principios: la acción humana "no es un proceso causal ciego, sino un acontecimiento dirigido planificadamente por la voluntad y la necesidad de "la lesión de un bien jurídico", pues sin estos presupuestos, la conducta es atípica como afirma el profesor Gibernau, la atipicidad de las acciones inadecuadas se apoyaba en los dos principios que se ha mencionado. Lo anotado refieren a dos elementos: una acción previsible y un resultado, incluyendo la propia

imputación objetiva, pero además, la causa del resultado o de la lesión al bien o interés jurídico tutelado por la ley penal. El fin del recurso de revisión es obtener una sentencia justa, esto implica que se debe juzgar y sancionar a quién es penalmente responsable, pues si bien existe de por medio una vida, no se le puede atribuir ese resultado a quién no ha sido responsable. El juzgar de otra manera sería desplazar el objeto del Derecho penal, desconocer la responsabilidad de todos los ciudadanos y mirar los hechos por el sólo resultado y la presión ciudadana ciega. En el caso sub júdice, mediante providencia el 16 de febrero del 2009, se abrió el término de prueba y en lo que respecta al recurrente: **LUIS ALBERTO CRIOLLO**, con el fin de justificar las causales tercera, cuarta y sexta del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal y por las cuales interpuso su recurso, señaló: **causal tercera.-** Si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales les maliciosos o errados-o Testimonio de LUIS ALBERTO SHININ y ANA MATSHA, quienes señalan haber visto al supuesto desaparecido ELIAS ELINT LOPEZ PITA, en el "aula"; testimonio de JAIME PATRICIO BONILLA ACOSTA (fojas 2757), quien señala que se encontraba en ese mismo lugar ("aula") y no vio nada, contradiciendo a los primeros; testimonio de CECILIA MARISOL VILLACIS TORRES (fojas 2672, 2673 Y 4872), que en lo pertinente manifestó: Acompañé a la señora CARMEN VELASTEGUI (acusadora particular), al Centro de Rehabilitación Social de Ambato, provincia de Tungurahua, el 8 de noviembre del 2000, con la finalidad de buscar a su esposo, y en la cárcel encuentro entre otros delincuentes al señor a LUIS ALBERTO SHININ, quien dijo no saber sobre el paradero del señor Pita y la señora CARMEN VELASTEGUI le ofreció dinero al señor SHININ, para que declare que le había visto al señor Elías Pita en la policía y que de las fotos solicitadas por el policía Alvaro Sánchez reconoce al señor JULIAN HERRERA, que es uno de los señores que colabora en la detención del día 6 de noviembre del 2000, en el Control Norte de Ambato, es decir, en la supuesta desaparición del señor ELIAS ELINT LOPEZ PITA. **Causal cuarta.-** Cuando se demostrare que el sentenciado no es responsable del delito por el que se lo condenó. Con respecto a esta causal lo presentado por el recurrente no merece ser tomado en cuenta por este tribunal por carecer en absoluto de valor probatorio alguno, pues es contradictorio e inverosímil lo sostenido por él. **Causal sexta.-** Cuando no se ha comprobado conforme a derecho la existencia del delito a que se refiere la sentencia. Examinado la prueba aportada en el proceso y la normativa legal constitucional, tratados internacionales y de manera especial lo relacionado con los derechos humanos, encontramos que la Segunda Sala de lo Penal de la ex Corte Suprema de Justicia, en efecto violó la ley al expedir el fallo de fecha 21 de septiembre del 2006, a las 11h00, por los siguientes motivos: **A)** La sentencia de condena se basa en los artículos. 183, 187 Y 450, numerales 1, 7 Y 9 del Código Penal, es decir, por concurrencia de infracciones; **B)** Del proceso no consta una sola evidencia ni de la tortura, ni de la muerte de Elías Elint López Pita, lo que si obra del proceso es la detención ilegal de López Pita, por lo que resulta evidente que el tribunal juzgador se extralimitó en la apreciación de la prueba e hizo una interpretación extensiva de la norma, violando con ello lo previsto en el Art. 4 del Código Penal, pues para imputarle a una persona la comisión de un ilícito penal debe estar

probado de manera fehaciente la existencia material de la infracción y en el presente caso no aparece evidencia alguna de la tortura y peor aún de las agravantes contempladas en los numerales 1, 7 y 9 del Art. 450 del Código Penal por la presunta muerte de López Pita, delitos por los cuales también se le sentencio al recurrente. Al efecto, para determinarse la muerte presunta de una persona y por la cual fue condenado Criollo Puma se debió haber seguido el trámite previsto en el parágrafo III de la presunción de muerte por desaparecimiento, que es lo que se está juzgando en este caso y de manera especial lo puntualizado en el Art. 67 del Código Civil, lo que en el caso sub júdice, no acontece y mal podía el tribunal juzgador condenar a una persona solo por presunciones, violando con ello lo previsto en el Art 86 del Código de Procedimiento Penal relativo con las reglas de la sana crítica y que el presente caso no han sido aplicadas; **C)** El Art. 304 A del Código de Procedimiento Penal, dice: "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 la existencia del delito y de que el procesado es el responsable del mismo; y en el segundo caso, si no se hubiera probado la existencia del delito o la responsabilidad del procesado, o cuando existiere duda sobre tales hechos". Por su lado, el Art. 157 del Código de Procedimiento Penal de 1983 y que en el actual consta en el Art. 312, que en lo pertinente, preceptúa: "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 ...". Por su parte, el Art. 11, numeral quinto de la Constitución de la República, manifiesta: "En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia"; y el Art. 76, numeral quinto ibídem expresa: "En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora". Del texto legal y constitucional invocado y de los informes policiales que obran de autos se desprende, que si bien es verdad que el día lunes 6 de noviembre del 2000 a eso de las diez y media de la noche, en el Control de Tránsito Norte, sector del Parque Industrial de Ambato fue detenido Elías López Pita y bajado del bus CITA No. 50 y conducido a la bodega "aula", ubicado en las instalaciones de la Policía de Tungurahua No. 9, lugar donde es visto el día 7 de noviembre, según lo afirmado por SHINIM, tampoco es menos cierto que del proceso exista prueba fehaciente de que en la detención ilegal, así como en la desaparición de LOPEZ PITA haya tenido participación alguna el recurrente LUIS ALBELARDO CRIOLLO PUMA, pues así se desprende de los informes policiales y de los testimonios de Alvaro Alfonso Sánchez López (Fs. 1108) quien manifiesta que fue él quien pidió ayuda al Cabo LUIS ALBELARDO CRIOLLO PUMA y que éste no intervino en la detención de LOPEZ PITA por cuanto se regresó a la ciudad de Ambato haber que es lo que pasaba con el bus CITA que se demoraba en llegar al Control

Norte de la ciudad, por lo que es evidente que no estuvo presente en el momento de la supuesta detención ilegal de LOPEZ PITA; así como del testimonio del **CABO VINICIO ENRIQUE TRUJILLO SANCHEZ (Policía de Control Norte de Ambato)**, quien a fs. 9 dice que el 6 de noviembre del 2000, estaba de servicio en el Control Norte de Ambato y que no observó la presencia del Policía CRIOLLO PUMA; **D)** Según lo señala Francisco Muñoz Conde, en su obra *"Teoría General del Delito"*, página 182, **"dolo es la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo del delito"**, de lo cual se desprende que el dolo se encuentra constituido de dos elementos, esto es, el elemento intelectual o conocimiento, es decir, el saber; y, el elemento volitivo o voluntad, esto es el querer, este conocimiento y voluntad hacen relación o referencia a las circunstancias del tipo penal. En definitiva, la conducta del procesado no es antijurídica porque al momento de los hechos y actos (6 de noviembre del 2000) no estuvo presente y por tanto su accionar no lesionó ningún bien jurídico tutelado por el derecho penal, ni típica porque no corresponde a los elementos de desaparición ni arresto arbitrario y peor aún al de asesinato, por lo que este Tribunal no puede realizar un juicio jurídico de reproche. La responsabilidad penal es personalísima y a nadie puede condenarse por actos antijurídicos en los que no ha intervenido como equívocamente ha procedido la Segunda Sala de lo Penal de la ex Corte Suprema de Justicia, por lo que no se justifican los elementos del tripartito penal que son: conducta típica, antijurídica y culpable. Por otra parte, la sentencia judicial debe ceñirse a lo pedido por las partes en el proceso, lo que se concreta en la prescripción de la institución de la *ultra petita*. En el área penal, la sentencia judicial sólo puede imponer penas previstas por la ley, por delitos también contemplados previamente en la misma norma penal. En términos generales, el principio de legalidad en un Estado constitucional de derecho vincula a las autoridades e instituciones públicas con el ordenamiento jurídico, a partir de su definición básica, según la cual toda autoridad o institución pública lo es y solamente puede actuar en la medida en que se encuentre facultada para hacerlo por la normativa constitucional y legalmente autorizado en forma expresa, y todo lo que no le esté autorizado le está vedado; así como sus dos corolarios más importantes, todavía dentro de un orden general: el principio de regulación mínima, que tiene especiales exigencias en materia procesal, y el de reserva de ley, consagrado en el Art. 76.3 de la Carta Política. En la especie, se encuentran demostradas las causales tercera y sexta del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, por lo que es procedente el recurso de revisión formulado por LUIS ABELARDO CRIOLLO PUMA. Por su parte, el recurrente **WILLIAM RENSO CHANGO COLINA**, a fin de justificar la causal cuarta del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal señaló: **a)** De fs 42 de proceso, existe copia del libro de la prevención de las entradas y salidas del personal uniformado del Comando Provincial de la Policía de Tungurahua No 9, donde se establece que el Policía Nacional William Chango Colina sale de comisión a la ciudad de Quito en la camioneta Chevrolet Luv doble cabina de placas PPH-693, conjuntamente con el cabo Luis López Guachi, esto es ratificado con los documentos que obran a fs. 52, 53 y 54 el parte informativo de fecha 8 de enero del 2001, suscrito por el Capitán de Policía P-I Carlos Alulema Miranda, de la Policía Judicial de Pichincha, dirigido al Jefe Provincial

de la Policía Judicial de Pichincha donde se hace conocer que en el libro de novedades del día 6 de noviembre del 2000, a las 24H10 consta la presentación del capo Luis López y Policía William Chango, conduciendo un vehículo Chevrolet Luv doble cabina, igualmente a las 00H30 consta la salida de los mencionados clases con destino a la ciudad de Ambato, **b)** Mediante telegrama No. 2000-64S-PJP de 7 de noviembre del 2000, con el cual se comunica al señor jefe de la Policía Judicial de Tungurahua sobre la presentación de los dos Miembros Policiales. Esto hace fe con los documentos que obran a fs. 52 a 54 (juicio 160-2008) que contiene copias del libro de la prevención de la Policía Judicial de Pichincha en el cual consta el ingreso y salida del recurrente William Chango Colina junto con el cabo Luis López Guachi, **c)** De fs. 38 y 42 (juicio No 160-2008) obra el oficio Nro. 2001-0016-CP9 suscrito por el Coronel de Policía, Comandante Provincial de Policía de Tungurahua, Juan Ávila Hidalgo, dirigido al Coronel de Policía de E.M Abg. Felipe Moncayo Mejía, Director Nacional de la Policía Judicial, donde remite copias certificadas de los libros y listados del personal que se encontraba en servicio los días 6, 7, y 8 de noviembre del 2000, en la guardia de prevención, centinelas de vehículos de la Policía Judicial, nómina del personal de servicio de la Policía Judicial y personal de guardia en el C.D.P, en el referido libro aparece en servicio de comisión a la ciudad de Quito el policía nacional William Chango Colina, junto con el Cbop Luis López Guachi en la camioneta Chevrolet doble cabina de placas PPO-693 de la P.J.T. **d)** Constituye prueba plena a favor del recurrente el testimonio propio que obra a fs. 55, del señor WILLIAM ROLANDO AULESTIA FRANCO, (propietario del vehículo Chevrolet Luv) testimonio que lo rinde el 27 de marzo del 2001 ante el señor Capitán de Policía Rubén Alarcón Ramírez Jefe de la Unidad de Asuntos Internos en calidad de oficial investigador, quien expresa: "que el día 6 de noviembre del 2000, me encontraba en compañía de los señores cabo Primero Luis López Guachi y Policía William Chango Colina, desde las 06h30 por cuanto me encontraba realizando gestiones de retiro de la camioneta de mi propiedad (...), lo cual prácticamente lo realicé todo el día y a eso de las 21h30, después de que el Crnel. Francisco Ramírez, ordeno que se me devuelva mi automotor, así mismo dispuso que el señor Cbop. Luis López, en calidad de conductor me llevara hasta la ciudad de Quito, como así aconteció y a su vez el Policía William Chango, nos escoltó durante todo el trayecto en el recorrido hasta la ciudad de Quito a las 12H00 aproximadamente llegamos a la Policía judicial de Pichincha, los señores policías se registraron y se presentaron en la prevención, con los respectivos documentos, elaborando el respectivo parte y dejando la camioneta de mi propiedad a ordenes de la Policía judicial de Pichincha, despidiéndonos de mi persona a eso de las 00H30 del siguiente día. **e)** La declaración que rinde el señor Patricio Javier Campaña Torres, ante los oficiales investigadores Doctor Angel Gabriel Varela Bárcenas y Subteniente de Justicia Doctor Carlos Julio Ordoñez, fiscal del Juzgado Tercero del Primer Distrito de la Policía Nacional, quien manifiesta que el día 6 de noviembre del 2000 a las 19: 30 sale de comisión los señores cabo primero Luis López y el Policía William Chango. Así mismo de la declaración que rinde Patricio Javier Campaña Torres (fs. 4200 a 4202), ante el doctor Raúl Gómez Orquera, Presidente de la H. Corte Superior de Justicia del Distrito de Tungurahua, quien al

contestar la pregunta 8 que textualmente dice: "Diga porque razón usted siendo jefe de guardia en la prevención, no registraba ni la salida ni la entrada de los miembros de este grupo? Respondió: ese día, específicamente el 6 de noviembre está registrada la salida de López Luis y William Chango a la ciudad de Quito en comisión y luego el ingreso de los mismos de la ciudad de Quito; f) De lo expuesto, se deduce fácilmente que el recurrente CHANGO COLINA en el día y hora en que sucedieron los hechos no estuvo en el Control Norte de la ciudad de Ambato, ya que físicamente le era imposible estar en dos partes, por lo que no se le puede imputar ningún juicio de reproche, ya que no ha lesionado ningún bien jurídico tutelado por el derecho penal, por lo que el recurrente ha justificado la causal 4 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, en el que fundamento su recurso. Por su parte, el recurrente **LUIS GEONNY LOPEZ GUACHI**, con el fin de justificar las causales tercera, cuarta y sexta del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal y por las cuales interpuso su recurso, señaló: a) De fs. 24 a 25 vta. del proceso consta, una copia de la hoja del libro de la prevención del Comando de Policía Tungurahua No 9, en donde aparece que el recurrente se encontraba en comisión de servicio a la ciudad de Quito el día 6 de noviembre del 2000, este documento es ratificado por los que obran a fs. 4680 en la cual consta el Oficio 3190-PJT-CP9, dirigido al señor Coronel Mario Albarracín Jefe de la Policía Judicial de Pichincha, mediante el cual se le autorizó presentarse ante dicho oficial en la ciudad de Quito, de igual manera el contenido del Informe constante a fs. 4681 a 4700, que contiene el informe policial que el recurrente junto con el ex policía William Chango presentaron sobre las investigaciones de la camioneta Chevrolet Luv de Placas PPH-693 la misma que había sido sustraída mediante asalto y robo en la ciudad de Quito y recuperada en la ciudad de Ambato, concuerda también con lo constante a fs. 3236, de la cual aparece el comprobante de salida del vehículo recuperado de los patios de la Policía Judicial de Tungurahua, en el cual consta que la persona que retira es Aulestia Franco William Rolando (Propietario de vehículo) y Cbop. Primero López Luis, documentos que son ratificados con el telegrama que obra a fs. 4444 No 2000-64S-PJP de fecha San Francisco de Quito, 7 de noviembre del 2000, enviado desde la Policía Judicial de Pichincha al Jefe de la Policía Judicial de Tungurahua, en el que consta la presentación del cabo primero Luis López; B) En el documento que obra a fs. 1738 consta el parte informativo al señor Jefe de la Policía Provincial de Pichincha, firmado por el señor Capitán de Policía Carlos Alulema Miranda en donde dice textualmente "que revisados los libros de novedades de la prevención de esta Unidad en la hoja, el día 6 de noviembre del 2000 a las 24: 10 consta la presentación de los agentes cabo primero **LUIS LÓPEZ** y **WILLIAM CHANGO**, conduciendo un vehículo Chevrolet Luv doble cabina. De la misma forma a las 00h30 consta la salida de los mencionados clases con destino a la ciudad de Ambato"; b) Mediante telegrama No. 2000-64S-PJP de 7 de noviembre del 2000, con el cual se comunica al señor jefe de la Policía Judicial de Tungurahua sobre la presentación de los dos Miembros Policiales. Esto hace fe con los documentos que obran a fs. 690 Y 691 que contiene copias del libro de la prevención de la Policía Judicial de Pichincha en el cual consta el ingreso y salida del recurrente Luis Geovani López Guachi junto con el

policía William Chango, que es ratificado con el documento que obra a fs. 4438 en la cual consta el memorándum 004-PJT de 7 de enero del 2002, firmado por el señor Doctor Jorge Guerrón Salazar TCrnel. de Policía de EM Jefe de la Policía Judicial de Tungurahua, que señala que mediante oficio 3190 PJT-CP9 dirigido al Comandante Provincial de Tungurahua se ha solicitado la autorización para que viaje el señor Luis López a la ciudad de Quito; c) De fs. 4439 a 4442 obra el oficio 3178-PJT-CP9, de 6 de noviembre del 2000, enviado por el señor Francisco Ramírez Herrera, TCrnel de Policía de EM Jefe de la Policía Judicial de Tungurahua donde consta que el Cabo Primero Luis López se encontraba como personal operativo de la Policía Judicial de Tungurahua, y más no como maliciosamente al momento de sentenciarlo se dice que era Miembro del Grupo Anti delincuencia CP9 de la Provincia de Tungurahua. Lo expuesto se vule a ratificar a fs. 4676 a 4679 que contienen el parte informativo No 2000-4177-PJP, de fecha Quito 7 de noviembre del 2000, firmado por el señor Cabo de Policía Luis Pachacama, Licenciado Polivio Vinuesa, Capitán de Policía y Licenciado Horacio Tamayo, Mayor de Policía Jefe de la Brigada de Automotores de la PJP, que en la parte de antecedentes consta el oficio 3190 PJP-CP9 de fecha 6 de noviembre del 2000 en el que se indica la presentación ante estas oficinas del señor Cabo Primero Luis López, conduciendo en calidad de retenido el vehículo tipo camioneta marca Chevrolet Luv, color blanca de placas PPH-693; d) Constituye prueba plena a favor del recurrente el testimonio propio que obra a fs. 4219 a 4220, del señor **WILLIAM ROLANDO AULESTIA FRANCO**, (propietario del vehículo Chevrolet Luv) testimonio que lo rinde el 27 de marzo del 2001 ante el señor Capitán de Policía Rubén Alarcón Ramírez, Jefe de la Unidad de Asuntos Internos en calidad de oficial investigador, quien expresa: "que el día 6 de noviembre del 2000, me encontraba en compañía de los señores cabo Primero Luis López Guachi y Policía William Chango Colina, desde las 06h30 por cuanto me encontraba realizando gestiones de retiro de la camioneta de mi propiedad (...), lo cual prácticamente lo realicé todo el día y a eso de las 21h30, después de que el Crnel. Francisco Ramírez, ordeno que se me devuelva mi automotor, así mismo dispuso que el señor Cbop. Luis López, en calidad de conductor me llevara hasta la ciudad de Quito, como así aconteció". Reforzando este testimonio y que consta a fs. 4882 el testimonio propio rendido por el señor **AULESTIA FRANCO WILLIAM ROLANDO** el 10 de enero del 2002 ante el Abogado Fredy San Martín Jordán, Juez Décimo Quinto de lo Penal de Pichincha, quien actúa en función de la comisión enviada por la Corte Superior de Justicia de Tungurahua, a la pregunta 3 el testigo responde "Sí es verdad vine con el Cabo López quien conducía la camioneta y el Policía Chango quien nos escoltaba y mi esposa Flor María Zambrano, refuerzan estos dos testimonios, aquel, que consta a fs. 530 a 532 la declaración que rinde el señor Patricio Javier Campaña Torres, ante los oficiales investigadores Doctor Angel Gabriel Varela Bárcenas y Subteniente de Justicia Doctor Carlos Julio Ordoñez, fiscal del Juzgado Tercero del Primer Distrito de la Policía Nacional, quien manifiesta que el día 6 de noviembre del 2000 a las 19: 30 sale de comisión los señores cabo primero Luis López y el Policía William Chango. Así mismo de la declaración que rinde Patricio Javier Campaña Torres (fs. 4200 a 4202), ante el doctor Raúl Gómez

Orquera, Presidente de la H. Corte Superior de Justicia del Distrito de Tungurahua, quien al contestar la pregunta 8 que textualmente dice: "Diga porque razón usted siendo jefe de guardia en la prevención, no registraba ni la salida ni la entrada de los miembros de este grupo Respondió: ese día, específicamente el 6 de noviembre esta registrada la salida de López Luis y William Chango a la ciudad de Quito en comisión y luego el ingreso de los mismos de la ciudad de Quito; e) De lo expuesto, se deduce fácilmente que el recurrente LOPEZ GUACHI en el día y hora en que sucedieron los hechos no estuvo en el Control Norte de la ciudad de Ambato, ya que físicamente le era imposible estar en dos partes, por lo que no se le puede imputar ningún juicio de reproche, ya que no ha lesionado ningún bien jurídico tutelado por el derecho penal, por lo que el recurrente ha justificado las causales 3, 4 Y 6 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, en el que fundamento su recurso. Por su parte, el recurrente **EDISON RAFAEL QUINGA PILATAXI**, con el fin de justificar las causales uno, dos, cuarta y sexta del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal y por las cuales interpuso su recurso, presento las siguientes pruebas: **a) Causal primera.-** "Si se comprueba la existencia de la persona que se creía muerta". Al respecto, del proceso no existe prueba alguna que justifique la causal aludida por el recurrente; **b) Causal segunda.-** "Si existen, simultáneamente, dos sentencias condenatorias sobre un mismo delito contra diversas personas, sentencias que, por ser contradictorias revelen que una de ellas está errada". En efecto, el recurrente ha reproducido en la etapa de prueba las sentencias condenatorias expedidas tanto por la Presidencia como por la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia del Tungurahua, así como por la ex Segunda Sala de la Ex Corte Suprema de Justicia, en la que se contradice todas ellas. Así pues, la sentencia dictada por el Presidente de la Corte Provincial del Tungurahua condenó al recurrente como cómplice del delito de homicidio culposo previsto en el Art. 455 del Código Penal, a la pena de tres años de reclusión menor. En tanto, que la Segunda Sala de la Corte Provincial del Tungurahua le absolvió por no existir pruebas en su contra. Por su parte, la sentencia expedida por la Segunda Sala de lo Penal de la ex Corte Suprema de Justicia le condenó al recurrente como cómplice de los delitos previstos en los artículos 183, 187 Y 450, numerales 1, 7 y 9 del Código Penal, le impuso al recurrente por considerarlo cómplice la pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria. De lo manifestado se deduce que en efecto la causal invocada por el recurrente se encuentra justificada. En lo relacionado con las causales cuatro y seis no es necesario volverlas a transcribir, toda vez que ya se lo hizo precedentemente; e) El recurrente con el fin de justificar la causal cuarta, ha presentado las siguientes pruebas: **1)** En el libro de prevención del Comando de Policía de Ambato, consta que el día 6 de noviembre del 2000 el recurrente QUINGA PILATAXI salió de comisión a la ciudad de Quito, de manera concreta a la Ensambladora Maresa, conforme consta del documento que obra a fs. 25 vta. y que a la hora de la comisión del presunto ilícito de encontraba en la ciudad de Pelileo, lugar de residencia según lo señalan los testigos Orley Chaguamate Aguaguiña; Bolívar Tite y Dimas Belisario Sánchez; **2)** A fs. 449 y 450 obra la declaración de Martha Manobamba, quien señala que el día 7 de noviembre del 2000 le vio al señor Elías López en el lugar denominado "El Aula" y que estaba junto al señor Shinín;

3) A fs. 2672 obra la declaración de Cecilia Marisol Villacís Torres, quien en su largo relato jamás señala que el recurrente haya tenido participación alguna en la captura y desaparición del señor López Pita; **4)** Del informe presentado ante la Dirección Nacional de la Policía judicial que obra de fs. 127 a 142, de manera concreta a fs. 138 consta lo manifestado por el Cabo Vinicio Trujillo Sánchez, quien señala que se encontraba en el control norte de la ciudad de Ambato, ante lo cual el policía Alvaro Sánchez y otro cuya identidad desconoce pidió la colaboración a fin de que como agente de tránsito haga parar al bus interprovincial de la Cooperativa CITA No. 50 por cuanto iban a realizar una detención a eso de las 22H10 y en ninguna parte de su versión señala que haya estado presente o haya tenido participación alguna el policía Edison Rafael Quinga Pilataxi ni tampoco del referido informe aparece que el policía Quinga Pilataxi haya conocido o tenido participación en la detención del señor López Pita; **5)** A fs. 41 y 42 obran las versiones del chofer y controlador de la unidad de transporte CITA No. 50 de las que se desprende que el policía Quinga Pilataxi no estuvo en el operativo llevado a efecto el día lunes 6 de noviembre del 2000; **DOS.-** Es evidente que la sentencia dictada por la Ex Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia por su sentido y desarrollo es eminentemente legalista, fundamentada en preceptos legales, olvidando preceptos constitucionales, es decir, que no hace una correcta ponderación entre una norma de menor jerarquía y la norma constitucional que es de mayor jerarquía. Por ello, la interpretación que realiza la Ex - Segunda Sala de lo Penal de la Ex - Corte Suprema de Justicia es inconstitucional y reiteramos, en su fallo someramente señala disposiciones contempladas en el Código Penal y Código de Procedimiento Penal, por lo que se puede argumentar que es una sentencia simplista y no integradora, careciendo en todo sentido de sustento constitucional. Cabe añadir que toda interpretación debe hacérsela respetando los preceptos constitucionales. Al efecto, Antonio Enrique Pérez Nuño, dice: *"La interpretación no se realiza en el vacío, sino que se trata de una actividad contextualizada, esto es, se lleva a cabo en condiciones social e históricamente determinadas que generan los usos lingüísticos de los que debe partir cualquier atribución de significado"* y agrega que *"la contextualización en que se produce cualquier proceso interpretativo determina su carácter limitado y controlado"*. Es por ello, que en la actividad del juzgador, así como en la del jurista esta función interpretativa siempre se halla sujeta a límites. En conclusión los juzgadores han violado flagrantemente el Art. 24 numerales 10 y 14 de la Constitución Política del Estado (1988), han hecho caso omiso del principio de legalidad de la prueba, es decir, que han valorado como idónea y plena una prueba "inutilizable" como suele llamar la doctrina. Así mismo, al juez de garantías le corresponde para resolver aplicar el principio constitucional de la concordancia práctica, según el cual los bienes constitucionales protegidos deben ser balanceados y ponderados en un momento dado y frente a un caso concreto tiene que establecer prioridades, porque a veces entran en conflicto derechos fundamentales previstos en normas ordinarias y en normas constitucionales. Si una ley admite dos interpretaciones o más debe escogerse aquella que sea conforme con la constitución y/o con los instrumentos internacionales referentes a los derechos

fundamentales del hombre. Argumento que no ha entrado dentro del análisis de la Sala de Casación. De la misma manera, estimamos pertinente consignar lo que sostiene Arturo Hoyos y otros tratadistas citados por Fernando Panchano Ordóñez: *"La Constitución no es un pacto suicida sino, por el contrario un pacto que hace posible la convivencia social y, por ello, la interpretación constitucional para mantener vigencia y utilidad social debe permitir la supervivencia y la prosperidad de la sociedad Pérez Royo, por su parte, sentencia: La Constitución no puede ser un obstáculo insoportable para el proceso político a través del cual la sociedad se auto dirige"*. Con todos los razonamientos esgrimidos, la sentencia dictada por la ex - Segunda Sala de lo Penal de la ex - Corte Suprema de Justicia, al subsumir una supuesta conducta en un tipo penal determinado, aplicando solo el articulado contenido en el Código Penal y abstraerse de sustentar y anteponer normas constitucionales y tratados internacionales, resulta en definitiva, uno de los tantos ejemplos que desgraciadamente priman en nuestra jurisprudencia de fallos en los cuales continúa incólume el viejo y caduco axioma "el juez es la boca de la ley".- **SEPTIMO: RESOLUCION.-** Como se manifestó anteriormente, el recurso de revisión es un mecanismo legal para dejar sin efecto una sentencia condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada, para lo cual, la Ley determina que se deben aportar nuevas pruebas, lo que precisamente en el caso materia de juzga miento acontece, pues en el caso de los recurrentes LUIS ABELARDO CRIOLLO PUMA Y LUIS GIOVANNY LOPEZ GUACHI, interpusieron su recurso de revisión en las causales 3, 4 Y 6 del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal y en lo que respecta a EDISON RAFAEL QUINGA PILATAXI, lo hizo en las causales 1, 2, 4 Y 6 del Art. 360 ibidem y WILLIAM CHANGO COLINA interpuso el recurso de revisión basado en la causal 4, del Art. 360 ibidem. Del estudio de los autos consta que los recurrentes han aportado prueba suficiente que justifica fehacientemente las causales por ello invocadas. En definitiva, el recurso de revisión esta contemplado en el Código de Procedimiento Penal como un recurso extraordinario que ataca a la cosa juzgada y cuya finalidad es reexaminar una sentencia cuando se cumplen los presupuestos que establece el Art. 360 del referido cuerpo de leyes, con el ánimo de que no se sacrifiquen los sagrados intereses de la justicia, y de esta forma enmendar los errores judiciales de haberlos, pues el objetivo fundamental del derecho penal es sancionar a quien ha incurrido en un juicio de reproche y reafirmar el derecho a la libertad cuando éste ha sido vulnerado, de tal manera que no se afecte el estado de inocencia de un ser humano, a quien por error de hecho se le haya condenado, pero para su admisión se exige demostración plena del error judicial, es decir, demostrar en que consistió el error, esto es, aportando en el término de prueba que los conductos que sirvieron para dictar el fallo incriminatorio fueron falsos y que por ende no tuvieron el sustento jurídico adecuado. En definitiva y de los recaudas procesales incorporados al expediente de revisión, se concluye que los recurrentes no participaron en el ilícito penal por el que fueron sentenciados. La revisión es un recurso especial y extraordinario que lo puede interponer el procesado en cualquier tiempo luego de haberse ejecutoriado la sentencia de última instancia, y para cuya procedencia exige se encuadre dentro de las causas

contempladas en el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal. Valorada la prueba aportada en su conjunto se desprenden elementos de juicio suficientes que demuestran la inocencia de los recurrentes. Por lo expuesto; esta Primera Sala de la Corte Nacional de Justicia, con sujeción a lo dispuesto en el Art. 367 del Código de Procedimiento Penal, y habiéndose probado conforme a derecho las causales de revisión invocadas por los recurrentes en sus respectivos recursos y por cuanto hay mérito para la acción revisoria propuesta, pues existen graves violaciones procesales mencionadas por los recurrentes, que demuestran el error de hecho y de derecho de la sentencia impugnada, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, declara procedente y con lugar los recursos de revisión interpuestos por Luis Abelardo Criollo Puma, William Renso Chango Colina, Luis Geovanny López Guachi, y Edison Rafael Quinga Pilataxi, en consecuencia, de conformidad con el Art. 367 del Código de Procedimiento Penal procede a dictar sentencia absolutoria ratificando su estado de inocencia, y por el imperio de la ley y la Constitución de la República revoca la sentencia condenatoria dictada por la Segunda Sala de lo Penal de la ex Corte Suprema de Justicia el 21 de septiembre del 2006, a las 11H00. Se dispone la cesación de todas las medidas cautelares decretadas en su contra y de sus bienes, para tal efecto el actuario de la Sala envíe atento oficio a la Comandancia General de la Policía Nacional a fin de que se abstenga de aprehender o capturar a William Renso Chango Colina, Luis Geovanny López Guachi y Edison Rafael Quinga Pilataxi Alvarado y al Centro de Rehabilitación de Varones de Quito a fin, de que disponga la inmediata libertad de Luis Abelardo Criollo Puma. Se dispone que el Proceso, sea devuelto al tribunal de origen. Notifíquese y publíquese.

F) Dr. Geovany Esquivel Villegas, Dr. Jaime Pazmiño Palacios, Dr. Arturo Pérez Castillo CONJUECES NACIONALES.- CERTIFICO.- f) Dr. Hermes Sarango Aguirre, SECRETARIO RELATOR.

Certifico que las veinte y dos (22) fotocopias que anteceden son iguales a su original.- Quito 11 de enero del 2011.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

No. 185-2009

PONENTE:

DR. RUPERTO BORJA NARANJO (Art. 185 de la Constitución de la República).

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA - PRIMERA SALA DE LO PENAL.

Quito, 20 de julio del 2010; a las 09H00.-

VISTOS.- Constituida la Sala en audiencia oral pública de juzgamiento para conocer y resolver la situación jurídica del doctor Delfín Olmedo Bermeo Idrovo, en contra de quien, el Presidente de la Ex - Corte Suprema de Justicia, doctor Guillermo Castro Dager ha dictado auto de llamamiento a juicio, por considerarlo autor del delito tipificado en el artículo 354 del Código Penal, auto del cual el acusado ha presentado recurso de nulidad y apelación, que una vez tramitados fueran negados por la Sala de Conjuces de la Ex - Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante auto dictado el día 22 de julio del dos mil ocho, a las 10h00. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo, se considera:

PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 184, numeral 1; Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador publicada en el R.O. No. 449, de 20 de octubre de 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional, publicada en el R.O. No. 479, de 2 de diciembre de 2008; la Resolución dictada por el pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre de 2008, publicada en el R.O. No. 511 del 21 de enero del 2009, el sorteo de ley respectivo, y el auto de llamamiento para intervenir en la presente causa en razón de la providencia dictada con fecha en nuestras calidades de conjuces ocasionales de esta Primera Sala de lo Penal, procedemos a conocer la presente causa.

SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad, por lo que este Tribunal declara la validez procesal.

TERCERO: RELACION PROCESAL Y CARGOS QUE SE IMPUTAN.- A) El doctor Alfredo Alvear Enríquez, manifiesta que de conformidad con el Art. 286 del Código de Procedimiento Penal procede a indicar los hechos objeto de juzgamiento y la relación de estos hechos con la intervención del doctor Olmedo Bermeo Idrovo; señala que el presente caso corresponde al delito de perjurio tipificado en el Art. 354 del Código Penal, y que obedeció a que la Contraloría General del Estado en su informe DA1-05203 determinó que el doctor Olmedo Bermeo al hacer su declaración juramentada de bienes el 12 de junio de 2002 ante el Notario Tercero del Cantón Quito, según disposición del Art. 3 de la Ley de Declaraciones Juradas y disposición sexta del Código Orgánico de la Contraloría General del Estado indicó que había indicios de responsabilidad penal por el delito de perjurio y que se estableció dentro de la instrucción fiscal que faltó a la verdad al omitir en tal declaración varios de sus bienes especialmente de los dineros depositados en cuentas corrientes, bienes inmuebles; que haciéndose una comparación entre lo declarado ante el Notario Tercero, doctor Salgado y la declaración de sus bienes constantes del certificado de la propiedad del Cantón Quito y Atacames, de las inversiones hechas en el Banco Internacional y Proinco, y del informe del secretario de la Superintendencia de Compañías hay una diferencia abismal. Agrega que en la declaración juramentada hecha ante el Notario, el doctor Bermeo determinó que tenía en el Banco Internacional en su cuenta corriente 1000 dólares, pero conforme las certificaciones del mismo banco a la fecha de su declaración sus inversiones eran superiores a 230.000 dólares; que en igual

forma declaró que en Banco Pichincha tenía 800 dólares; en el Banco del Pacífico 1000 dólares y en el Citibank no determinó su saldo. Dice el señor Fiscal que exactamente en el Banco Internacional, el Gerente de esa época determinó que sus inversiones ascendían a la suma de 283.829 dólares; que del 6 de abril de 2000 al 30 de mayo del mismo año había hecho inversiones por la suma en dólares de los Estados Unidos de 449.015,51 dólares y que había percibido en concepto de intereses la suma de 32.450,97 dólares; que tenía una cuenta corriente No. 24504-4 aperturada el 14 de diciembre de 1999 hasta el 23 de junio de 2003 en donde constaba un depósito de 3294,88 dólares. Agrega la Fiscalía que en Produbanco el doctor Bermeo manifestó tener la cuenta corriente No. 0225061470 y que ha realizado depósitos en dólares por 59.629,37; en el Banco Pichincha mantiene las siguientes cuentas corrientes y de ahorros al 17 de julio de 2002: cuenta No. 2750859: 1.234 dólares hasta el 30 de junio de 2002; cuenta de ahorros No. 11822762-5 aperturada el 23 de abril de 1998 manifestándose que en esta cuenta se han realizado depósitos por 18.512, 165 y 464 dólares; que en el Banco Amazonas el doctor Bermeo mantenía a la fecha de la declaración jurada de bienes la cuenta de ahorros No. 3973729 y créditos por 34.154, 830 y 788 dólares; en la cuenta No. 4788-6 del Banco del Pacífico: 27.342 dólares, aclarándose que los mismos son el producto de las rentas; en la cuenta corriente No. 101558456-9, por lo que hay una diferencia de 15.213 dólares. Como la Contraloría exigía en los formularios que se hagan las declaraciones de las tarjetas de crédito se tiene además que en el Banco del Austro mantiene la tarjeta No. 4563581702746009 abierta el 22 de noviembre de 1993 con consumos desde diciembre de 1994 hasta mayo de 2003 en sucres por 42.395.598,40 y en dólares por 22.912,96; en el Banco Amazonas la tarjeta Visa No. 4497433400092008 con consumos en sucres por 30.824560, y en dólares 14659,08; tarjeta de Diners Club del Ecuador No. 36542021900047 donde dice que se ha llegado a establecer que se han realizado consumos por sucres 427.367.092,22 y en dólares 105.827,93. Se ha justificado también que en su declaración jurada de bienes y a pesar que la ley dice que el avalúo de los mismos debe ser el comercial corriente; que se establece unos valores sumamente bajos que podrán determinar con la declaración y el avalúo de la Contraloría con su departamento técnico; que también declaró ser propietario de una casa situada en la calle Portete E1184 en Quito y que tenía un avalúo en dólares de 8.371, la Contraloría estableció una diferencia palmaria, pues determinó que la propiedad en dólares tenía un valor de 406.250; que era propietario de una oficina jurídica situada en la calle Juan Montalvo y 6 de diciembre en su declaración determinó el avalúo en 856 dólares y la Contraloría en su avalúo determina que esta oficina tienen un valor de 30.300 dólares declaró ser el propietario de un terreno en la urbanización Santa Anita en Carcelén con un avalúo de 665 dólares y la Contraloría determinó un avalúo de 85.190 dólares se declaró también que era propietario de una casa situada en la calle Chimborazo y Sangay en Sangolquí con un avalúo de 6.604 dólares y la Contraloría le da un valor de 204.368,80 dólares; declaró la propiedad de un departamento en el edificio Torres del Mar en Esmeraldas siendo el avalúo en su declaración de 383 dólares y la Contraloría determinó un avalúo de 71.792 dólares; en su declaración determinó los vehículos de que era propietario y su avalúo correspondiente Pathfinder del

2002 por 810 dólares, un Mercedes Benz 1997 con avalúo de 261 dólares Pathfinder 1992 con un avalúo de 39 dólares manifiesta que es propietario de un Mitsubishi, pero no determina el año de fabricación ni avalúo. En relación con las obligaciones contraídas con la tarjeta de crédito en su declaración las omite y no declara acciones ni participaciones en compañía alguna, no determina su patrimonio total. Omite también que es propietario de un terreno situado en la parroquia Llano Chico; un terreno y casa en Puembo; oficinas en copropiedad en edificio Rocafuerte; un departamento en el conjunto. Corruñez; y un departamento en el edificio Shirys No. 1. Dice que hay una declaración que no la hace personalmente sino con poder a su hijo y lo hace el 18 de agosto de 2003 en la Notaría Cuadragésima del cantón Quito donde se aclara que es dueño del lote de terreno en Puembo, pero de las investigaciones que se hicieron se determinó que en ese lote de terreno que no se declaró había una construcción de 430 m²; que el Art. 3 de la Ley de Declaraciones Patrimoniales dispone expresamente que la declaración jurada se hará a través de escritura pública que contendrá información completa del patrimonio incluyendo activos y pasivos en el país y en el extranjero y en donde se concede un plazo de 15 días para subsanar errores. Dice que se han configurado todos los elementos del perjurio al que se refiere el Art. 354, así como el Art. 88 de la ley Orgánica de la Contraloría donde se faculta recibir declaraciones juradas sin ser miembros de la función jurisdiccional a los auditores encargados y en caso de que algún auditor sin ejercer jurisdicción declare que se ha faltado a la verdad debe remitir las copias correspondientes a la Fiscalía para el enjuiciamiento penal, por eso las declaraciones, confesiones o informes, se podían solo hacer ante la función judicial por eso se determina que la ley dice ante la autoridad pública y en el Art.3 de la Ley de Declaraciones Juramentadas expresamente dice que debe hacerse por escritura pública, y eso solo puede hacerlo el Notario. Que estos son los fundamentos por los que se le imputa el delito de perjurio contemplado en los Arts. 354 y 355 del Código Penal. Señala que con el fin de probar la infracción acusada incorpora como pruebas: nombramiento y posesión del doctor Olmedo Bermeo como Ministro de la Corte Suprema de Justicia para justificar que el acusado gozaba de fuero de Corte Suprema de Justicia; certificados de los registradores de la propiedad de los cantones Quito y Atacames para demostrar que el doctor Olmedo Bermeo posee bienes que no fueron declarados ante el Notario Tercero el cantón Quito como el terreno de la parroquia de Llano Chico, terreno y casa en Puembo, oficina en el edificio Rocafuerte, departamento en el edificio Corruñez y departamento en el edificio Shirys No. 1; certificación conferida por el Secretario General de la Superintendencia de Compañías de la que se desprende que el doctor es propietario de acciones en la empresa Prate; certificado del Banco Internacional respecto a las inversiones; certificado de Proinco respecto a las inversiones; constancia del SRI que indica las declaraciones del impuesto a la renta y la omisión desde 1980 a 1995; declaraciones formuladas ante el Notario por las hermanas e hijos del doctor Bermeo; certificación de la oficina del departamento respectivo que determina que el doctor Bermeo en el ejercicio de sus funciones de Ministro de la Corte Suprema de Justicia ha recibido los siguientes valores: año 1998 en sucres 303.058.882; año 1999 en sucres 381.741.548; año 2000, en dólares 30.955,31; año 2001 en dólares 40.704,42 y en

el año 2002 67.367.93 y desde el año 2003: 43.177.72. Así mismo en cuanto a la prueba testimonial solicita la comparecencia de los testigos Roberto Salgado Salgado, Notario Tercero del Cantón Quito, a quien el Fiscal le pregunta: indique el tiempo que labora como Notario Público. Responde: 25 años. Pregunta. Determine en esencia las funciones a la fecha en que hizo su declaración juramentada el doctor Olmedo Bermeo. Responde: Cumplir con lo que establece la Ley Notarial una vez presentada una minuta por parte del usuario se procede a elevar a escritura pública con los requisitos de ley. Pregunta. Entre sus funciones de conformidad con el Art. 3 de la Ley de declaraciones usted receptaba la declaración del doctor Bermeo con juramento. Responde: se lee la escritura y se procede a determinar la conformidad del usuario. Pregunta. Se le advirtió que es jurada la declaración y de las penas de perjurio. Responde: En el texto consta la advertencia de que la declaración es jurada. Pregunta. El doctor Bermeo acudió el 12 de junio de 2002 a realizar la declaración de sus bienes. Responde: Si acudió. Pregunta. Se servirá indicar si la copia de la declaración que se le pone a la vista es la que realizó el doctor Bermeo. Responde: Es copia certificada, me remito al protocolo que consta en la Notaría. Pregunta. No hay declaración del patrimonio y pasivo. Responde: No. El doctor Daniel Bermeo, pregunta: En qué lugar tomó su juramento al doctor Olmedo Bermeo previo a hacer su declaración. Responde: ya contesté. Pregunta. Qué fórmula sacramental utilizan los notarios para hacer el juramento. Responde: ya contesté. Pregunta. En qué parte de la escritura consta la declaración juramentada que tomó. Responde: No la tomé consta en el texto de la escritura. Pregunta. La declaración consta en el texto de la minuta y no como solemnidad del Notario. Responde: Las solemnidades están establecidas en los Arts. 27 y 29 de la Ley Notarial y el Notario se rige a eso. Pregunta. La declaración solemne que habla el señor Fiscal no es tomada por el señor Notario, consta de la minuta entregada por el abogado eso es lo que se quería determinar. Testimonio del Notario Cuadragésimo del cantón Quito, doctor Oswaldo Mejía Espinosa, a quien el Fiscal pregunta: Indique el tiempo que trabaja como Notario. Responde: desde 1998 hasta la presente fecha. Pregunta. Usted tiene la facultad de receptar declaraciones patrimoniales juradas. Responde: según la Ley Notarial tengo esa facultad igual a la que obra del protocolo de bienes del doctor Bermeo consta de folios 229 a 234 del protocolo correspondiente al 18 de agosto 2003 al que se remite en caso necesario. Pregunta. Indique si esa declaración jurada no fue hecha por el doctor Bermeo sino por su hijo Xavier Bermeo Tapia como apoderado de su padre. Responde: Consta un poder del doctor Olmedo Bermeo a favor de su hijo el 28 de enero de 2003 y como mandatario puede hacer las peticiones del mandante, se puede hacer esa declaración. Pregunta. En esa declaración se hizo una declaración total de su patrimonio. Responde: dado el tiempo transcurrido traigo una copia de la declaración hecha para que se la revise. Pregunta. Indique si cuando realizó la declaración le tomó el juramento y advirtió de las penas del perjurio. Responde: en la segunda cláusula está establecido eso en la minuta, se sobreentiende que se está tomando el juramento, no soy juez para tomar el juramento con las solemnidades que se hacen. El doctor Olmedo Bermeo pregunta: la declaración patrimonial fue realizada por mi hijo Xavier Bermeo, es

decir, fue realizada por un apoderado, el juramento al que hace referencia constaba en la minuta que le presentó el doctor Xavier Bermeo o usted lo hizo de acuerdo al Código de Procedimiento Civil para el caso de declaraciones patrimoniales o confesiones judiciales. Responde: dado el tiempo transcurrido exactamente no le puedo contestar a su pregunta, pero en el considerando segundo de la minuta consta eso. Pregunta. Indique la formula sacramental que usa como Notario para tomar el juramento. Responde: se les lee el acta y se les advierte de las penas establecidas por la ley para los perjurios. Testimonio del ingeniero Héctor Hugo Pérez Mena, supervisor de la Contraloría, a quien el Fiscal le pregunta: Sirvase indicar cuál era su función al momento de hacer la auditoría de la declaración del doctor Bermeo. Responde: Supervisor de Auditoría 1. Pregunta: Su profesión. Responde ingeniero y tengo una maestría en administración de empresas. Pregunta. Cuántos son sus años de experiencia. Responde aproximadamente 28 años. Pregunta. Ha intervenido en estos equipos de exámenes especiales, número aproximado en que ha intervenido. Responde: sobrepasaran las 50. Pregunta. Indique si formó parte de la auditoría y el informe de examen especial de la Contraloría General del Estado respecto de las declaraciones del doctor Bermeo. Responde: la orden de trabajo se me asignó como supervisor de dicho examen. Pregunta. Indique cuándo se realizó dicho examen. Responde: se inició con la orden de trabajo de 17 de julio de 2003. Pregunta. Cuánto duró. Responde: hasta que fui relevado de mis funciones el 15 de septiembre de 2003 en que tomó la supervisión el Ing. Tapia. Pregunta. Indique en detalle la elaboración del informe y resultado obtenidos en lo que respecta a las declaraciones del doctor Bermeo. Responde: no podría detallarle, pues no hice el informe. Pregunta. Que encontró. Responde: notifiqué la iniciación del examen y se hizo procedimientos para recopilar información. Pregunta. No podría decir nada sobre las conclusiones a que se llegó en ese informe. Responde: No porque no hice ese informe. El doctor Bermeo le pregunta. Notificó al doctor Bermeo para la factibilidad que tenía la posibilidad de reformar su declaración. Responde: desconozco, no hice tal notificación. Pregunta. La investigación origen del informe por qué delito se hizo. Responde: la orden de trabajo consideraba la investigación a la presunción de enriquecimiento ilícito. Pregunta. No fue quien hizo el informe. Responde. No. Testimonio de Manuel Tapia, supervisor, a quien el Fiscal, le pregunta: Indique si usted fue funcionario de la Contraloría General del Estado cuando se hizo la investigación a la declaración jurada del doctor Bermeo. Responde: Era supervisor en ese entonces. Pregunta. Las funciones que cumplía. Responde: era supervisor, efectuaba el control de calidad de acciones de control desde el inicio hasta la conclusión, pero en esta acción de control a mediados de septiembre asumí las funciones que, eran ejecutadas por el Ing. Pérez. Pregunta. Indique los años de experiencia al formar parte de equipos de exámenes especiales. Responde: 27 años aproximadamente partiendo de auxiliar de auditoría, auditor Jefe, Supervisor, Asesor y Director de auditoría. Pregunta. Formó parte del equipo de auditoría 105203, respecto a las declaraciones juradas del doctor Bermeo. Responde: a partir de septiembre e hice control a la supervisión de trabajo que se ejecutaba. Pregunta. Diga las conclusiones a las que se llegaron. Responde: el doctor Bermeo comparando la declaración inicial con la que se

receptó de las entidades privadas, bancos, Superintendencia de Compañías, registros de propiedad y direcciones de tránsito, se estableció que en su declaración inicial no había presentado varios inmuebles, vehículos inversiones y otros bienes y está señalado en el respectivo informe pág. 10. Pregunta. Indique si se estableció o no indicios de responsabilidad penal en el informe. Responde: efectivamente las conclusiones llegan a que el doctor Bermeo omitió activos y pasivos, no justificó su incremento patrimonial y da lectura de otras conclusiones a las que se llegó. Pregunta. Reconoce que ese es el informe de Contraloría. Responde. Sí, está mi sumilla y la del abogado, pues cuando hay informes de indicios de responsabilidad penal debe existir informe del abogado de la Dirección. El doctor Bermeo pregunta: el informe al que hace referencia está firmado por usted o por otro funcionario. Responde: quien firma es el Director de Unidad el doctor Andrade Puga, quienes sumillamos son el supervisor y el abogado de la Dirección de Auditoría 3. Pregunta. El informe es de su responsabilidad o del director. Responde: del Director de Auditoría. Pregunta. El informe a qué delito se refería. Responde: a indicios de responsabilidad penal por enriquecimiento ilícito y perjurio. Por su parte, el doctor Bermeo repregunta que en la conclusión final del informe solo se hace referencia a enriquecimiento ilícito, si la Contraloría detectó el delito de perjurio por qué no acusó. Responde: lo ponemos en conocimiento de Patrocinio y éste envía a Fiscalía con la evidencia y la Fiscalía es la que inicia la acción penal. Pregunta. Indique en qué fecha fue notificado el doctor Bermeo para modificar rectificar o cambiar su declaración. Responde: existe la notificación de conformidad con el Art. 90 de la Contraloría General del Estado. Testimonio de Angel Luciano Tituaña Alvarez, a quien el Fiscal pregunta: Determine si usted fue funcionario de la entidad al tiempo en que se hizo el examen especial a la declaración del doctor Olmedo Bermeo. Responde: Sí a esa fecha y en la actualidad. Pregunta. La designación y funciones a la fecha del examen. Responde: fui auditor designado para el equipo. Pregunta. Indique la experiencia y en cuantos informes especiales ha trabajado. Responde. 25 años de funcionario no podría precisar el número de exámenes, pero sobrepasan los 50 o 60. Pregunta. Indique si conoció o intervino dando los datos para que se elabore el informe de Contraloría en donde se establece indicios de responsabilidad penal por delitos cometidos por el doctor Bermeo. Responde: fui designado como jefe de equipo el 17 de julio 2003, fui cambiado y reemplazado por el doctor Herrera asignándome a otro trabajo el 29 de julio de 2003 por lo que mi participación la cumplí con la notificación al auditado y ciertos requerimientos de información a entidades públicas y privadas. Notifiqué el inicio de examen con fecha 22 julio de 2003. El doctor Bermeo, pregunta: usted es el que suscribe el informe de Contraloría. Responde: no. Pregunta. Por qué se inició la investigación. Responde: enriquecimiento ilícito. Pregunta. Se concluyó otro tipo de delito por este informe. Responde: no participé hasta el final desconozco. Testimonio de Jesús Herrera Gallardo a quien el Fiscal, pregunta: Indique si fue funcionario de la Contraloría General del Estado cuando se hizo el examen especial. Responde: sí. Pregunta. Indique qué experiencia en años tiene de labor en exámenes especiales en la Contraloría. Responde: 25 años. Pregunta. En cuántos equipos de exámenes especiales ha intervenido. Responde: muchos.

Pregunta. Formó parte del equipo que realizó el examen especial No. DA1-05203. Responde: sí. Pregunta. Indique en detalle la elaboración del informe y los resultados obtenidos para concluir que había indicios de responsabilidad penal. Responde: mediante orden de trabajo se dispone la realización de esta investigación y los procedimientos a realizarse como la solicitud de información a varias entidades públicas y del sistema financiero al IESS Policía Nacional SRI, y a través de la comparación de la información que se obtuvo con las declaraciones juradas y se estableció que se omitió información y se llegó a la conclusión de que no había justificado su patrimonio. Pregunta. Le pone a la vista el informe de la Contraloría para que diga si está de acuerdo con las conclusiones. Responde: sí, son las conclusiones. Pregunta. Señale cuáles son las conclusiones fundamentales. Responde: que se omitió dar informaciones de bienes, cuentas vehículos y acciones. Pregunta. En las omisiones había constancia de que las declaraciones del doctor Bermeo habían sido juramentadas. Responde: se entiende como juramentadas porque consta en el mencionado documento como juramentadas. El doctor Bermeo, pregunta: usted suscribe el informe. Responde: no. Pregunta. El trámite de análisis de patrimonio por qué delito se inició. Responde: por enriquecimiento ilícito. Pregunta.Cuál fue la conclusión. Responde: se omitió bienes y no se justificó el incremento de patrimonio. Pregunta. En el informe se concluyó que el doctor Bermeo incurrió en el delito de perjurio. Responde: no. La Fiscalía, presenta la prueba documental: nombramiento y posesión del doctor Olmedo Bermeo como Ministro de la Corte Suprema con lo que se justifica su fuero y se pide se judicialice y se incluya en el proceso como prueba; certificados de los registradores de la propiedad de los cantones Quito y Atacames en los que consta que el acusado posee bienes que no fueron declarados ante el Notario del cantón Quito; Fiscal pide se judicialice la certificación otorgada por el Banco Internacional. Fiscal dice que en su declaración juramentada faltó a la verdad porque no hizo constar un solo centavo; pide se de lectura a certificación del Secretario de Superintendencia de Compañías donde se establece que es accionista de la compañía Prate: fotocopia de los valores que tiene en Proinco certificada por el señor Secretario de la Sala certificación de los ingresos anuales del doctor Delfín Olmedo Bermeo Idrovo certificación del SRI que solo aparece una en el año 2002; remuneraciones que ha recibido en cifras generales solicitando que sean leídas en su parte pertinente y se incorporen como prueba documental; reproduce el informe del examen especial realizado por la Contraloría General del Estado y que fuera enviado a la Contraloría General del Estado de conformidad a lo dispuesto en el Art. 65 de la Ley Orgánica de la Contraloría. El doctor Bermeo rinde su declaración, señalando que "solo en este país donde campea la inseguridad jurídica y no se respeta los derechos humanos puede haber sucedido, que ha sido elegido Magistrado en el año 1994 por el Congreso Nacional por lo que la notificación constante en el proceso no corresponde a la fecha correcta, pero anteriormente fue vocal del Tribunal Constitucional, Vicepresidente y Presidente encargado. En el año 1995 el Congreso me reeligió porque hubo una renovación a esa época y en 1997 me volvió a reelegir. En las pruebas de enriquecimiento ilícito demostré que había dictado cerca de 6.000 sentencias en

las que ninguno fue objetado, demostré que nunca tuve una denuncia o queja, jamás mi comportamiento fue motivo de daños o perjuicios, concusión o prevaricato, que son los delitos que puede cometer un Magistrado. Para el año 2002 participé en la opción de ser el nuevo Presidente de la Corte Suprema de Justicia y el pleno de esa época me concedió el apoyo con 15 votos y perdí la Presidencia con un voto, pero ese hecho quedó marcado en mi destino en el convivir de la administración de justicia para esa época los señores de la Corte Suprema de Justicia, ministros y jueces me eligieron Presidente de la Asociación de magistrados y jueces, lo que incomodó a muchas personas en la Corte Suprema de Justicia, luché por la independencia, autonomía y respetabilidad de la Administración de Justicia. Para el año 2003 se produjeron una serie de controversias al interior de la Corte Suprema de Justicia, sin tomar en cuenta el prestigio y respetabilidad de la función judicial, para el mes de julio se iba a celebrar un acto de carácter personal y la Fiscalía General sin fundamento, dirigida por la doctora Mariana Yépez que fue mi compañera en la Universidad, acogiendo una denuncia del diputado Mario Touma inició una instrucción fiscal en mi contra por el delito de enriquecimiento ilícito sin dar paso a una indagación previa, pidiendo todo tipo de medidas cautelares en mi contra de carácter personal y real. El propio Ministro Fiscal al judicializar el informe de Contraloría hace referencia al numeral 2 del Art. 65 de la Ley Orgánica de la Contraloría que está de acuerdo con lo que establecía en esa época el reglamento para las declaraciones patrimoniales juramentadas la que fue reformada después, es decir, que primero debe haber el informe de auditoría donde se establezcan indicios de responsabilidad penal, y ese informe debe cumplir lo que dice el reglamento, si existe una derivación que no está de acuerdo a la situación del declarante la Contraloría concede 15 días para que pueda el declarante rectificar o reformar y además el Contralor puede dar 60 días para que pueda hacerlo, en mi caso jamás se me notificó nada, la Fiscalía tomó la declaración del diputado Touma con un certificado del registro de la propiedad y mi declaración de bienes e iniciaron una instrucción fiscal con todas las medidas cautelares. Fui perseguido y detenido como un vulgar delincuente sin haber hecho nada, en ese intervalo solicité a través de mis abogados la fijación de la fianza o caución pues al no haber acusador particular la caución era de 8.000 la máxima, el que era Presidente Armando Bermeo Castillo se demoró tres meses en fijar la caución y cuando lo hizo puso una cantidad ilógica y que constituye la fianza más grande de la historia judicial del Ecuador 550.000. Cuando se pide la fijación de la caución para evitar que salga en libertad la ex Ministra Mariana Yépez presenta una instrucción adicional por el delito de perjurio porque era reprimido con reclusión de tres a seis años por lo que no podría salir en libertad. Cuando llegó a manos de Bermeo Castillo no dicto medida cautelar porque de hacerlo todos magistrados o vocales debían tener juicios penales. A finales del 2004 fue Presidente el doctor Quintana a quien se le exigía se realicen las audiencias, pero esa Corte fue defenestrada y accede a la Corte Suprema la Pichi Corte en forma repentina estando en manos de una Sala empieza a tramitarse este juicio para audiencia preliminar para el 2005 se señala día y hora llevándose a cabo el 3 de marzo de 2005, se suspende para el día 17 de marzo pero un día antes de la fecha en que debía leerse el fallo había una resolución, pero no llegó a

ser notificada al doctor Bermeo porque se produce el paro judicial y pasa del 17 de marzo 2005 a febrero del 2006 sin notificarse, se defenestra esa Corte viene la nueva Corte, pide la excusa del doctor Velasco y Troya y pasa a conocimiento del doctor Hernán Salgado quien me notifica el auto de llamamiento a juicio dictado por otro Presidente, el doctor Castro Dáger, pido aclaración y ampliación y el doctor Salgado manifiesta que él no es el juez competente para hacerlo porque no lo ha dictado. Fue apelada la resolución y conoció la resolución la Segunda Sala de conjueces de la Corte Suprema de Justicia y con un auto diminuto con una norma dictada posteriormente confirman el auto de llamamiento a juicio plenario y en el mismo confirman la detención en firme que dos años antes había sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. A fines de 2008 cuando la Tercera Sala de la Corte resuelve mi juicio de enriquecimiento ilícito donde demostré que mi patrimonio es fruto de mi trabajo me declara inocente. A fines del 2009 mis hijos me regalaron un pasaje para ir a Lima y el 6 de enero de 2009 viajé después de sacar una certificación por parte de migración de que no tenía medida cautelar alguna, pero al llegar a Lima soy detenido y paso dos meses por este juicio de perjurio, regresé de Lima a los dos meses porque la Interpol se demoró un mes para traerme, presenté un recurso de habeas corpus y la Segunda Sala de lo Laboral de la Corte Superior de Quito me concedió por haber sido mi detención ilegal e inconstitucional. Este es un juicio de puro derecho en que debe determinarse si en mi declaración hecha ante un fedatario, el Notario, que no es un funcionario judicial está apegada a la realidad de los hechos. Se habla de cuatro bienes los cuales no los he incluido porque solo tengo el usufructo no la propiedad, son de mis hijos profesionales, mayores de edad. Voy a demostrar que he declarado todas las cuentas que tengo y que en las inversiones no puedo poner cantidades porque varían día a día. Que en cuanto a los vehículos me pidieron incluso que declare una camioneta que fue robada dos años antes, señalando entre estas las arbitrariedades cometidas en mi contra". Presenta la prueba instrumental, adjunta ocho certificados de los tribunales penales de Pichincha que determina que no tengo ningún enjuiciamiento penal; certificado de honorabilidad conferido por un ex Presidente de la República; certificado otorgado por el doctor Oswaldo Tamayo Sánchez, Gerente General de la compañía Prate Cia. Ltda.; el Fiscal objeta el documento porque debe ser la certificación dada por la Superintendencia de Compañías. Se agrega copia original certificada de la escritura de compra-venta de un lote de terreno celebrada con el doctor Efrén Gavilanes y señora el 19 de agosto de 2002 cuando su declaración la celebra el 17 de julio de 2002 y el señor Fiscal manifiesta que cometió el delito de perjurio porque no incluyó un inmueble que no era de su propiedad a esa fecha. Adjunta copias certificadas de las escrituras de compraventa del departamento del edificio Shirys No. 1 que es de propiedad de su hija Gabriela Eulalia Bermeo Tapia en el que tiene el derecho de usufructo, escritura del departamento ubicado en el edificio Coruñez que es de propiedad de Olmedo Xavier Bermeo Tapia en el que tiene derecho de usufructo, escritura del inmueble ubicado en Ponciano que fue donación de Sara Bermeo Idrovo a favor de sus hijos Xavier, Daniel, David y Gabriela en el que tiene derecho de usufructo. A fs. 581 – 585 pide se reproduzca las declaraciones juramentadas hechas por Eduardo Brito con

lo que demuestra que las declaraciones pueden ser cambiadas y reformadas incluso requerimiento de la Contraloría General del Estado; a fs 634 a 636 se encuentran declaraciones del doctor Estuardo Hurtado hechas por requerimiento de la Contraloría General del estado; copia certificada del expediente No. 464-2008 que se sigue en contra de Eladio Edilberto Ramón Montaña a la que compareció el señor Fiscal General del país, doctor Washington Pesántez Muñoz en el cual existe un pronunciamiento en caso en un caso similar. **CUARTO: FUNDAMENTOS DE DERECHO DEL JUICIO PENAL.-** Tomando en cuenta los presupuestos y garantías constitucionales establecidas en la Carta Magna, así como en las leyes de la República y los principios fundamentales del debido proceso como son la presunción de inocencia, formulación oficial de cargos, intimación de los mismos y de no autoinculpación; la finalidad de la etapa del juicio, conforme lo disponen los Arts. 250 y 85 del Código de Procedimiento Penal, consiste en practicar los actos procesales necesarios para comprobar, conforme a derecho, la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado, para según corresponda, condenarlo o absolverlo; siendo por consiguiente en esta etapa en la que se decide su situación procesal y donde deben practicarse todos los actos de prueba necesarios para la debida justificación de la existencia de la infracción y responsabilidad penal del acusado. Por lo mismo, en esta etapa tiene lugar el juicio de desvalor de la presunción de inocencia y de culpabilidad del acusado para atribuirle o no el juicio de reproche y, de ser el caso, determinar su responsabilidad y consiguiente culpabilidad. Al efecto, la Constitución de la República en su Art. 168, numeral 6 establece que: "La sustanciación de los procesos, que incluye la presentación y contradicción de las pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios: dispositivo, de concentración e inmediación". En aplicación de ello y con fundamento en las normas establecidas en el Art. 85 del Código de Procedimiento Penal que determina que la prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado; y el Art. 252 ibídem que prevé: "... 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 hubieren practicado en la etapa de la instrucción fiscal". Estos principios rectores del juicio guardan armonía con los principios generales de la prueba, puntualizados en el Art. 69 del mismo Código que dispone: "Las pruebas deben ser producidas en la etapa del juicio, ante los tribunales penales correspondientes ... con la presencia ininterrumpida de los jueces y las partes", al tenor de lo que dispone el Art. 253 ibídem (concentración e inmediación), con la peculiaridad de que las investigaciones y las pericias practicadas durante la instrucción fiscal alcanzarán el valor de pruebas una vez que sean presentadas y valoradas en la etapa del juicio, acción que se considera como la "judicialización" como mecanismo de acción de las actuaciones realizadas o cumplidas en la etapa de la instrucción fiscal, para alcanzar el valor de pruebas. Estas directrices devienen de las instituciones puntualizadas en los artículos antes señalados y en cumplimiento de los principios de legalidad, oralidad, inmediación, oficialidad de cargos en la sustanciación del proceso; dispositivo y de contradicción en la presentación

de las pruebas, y otros puntualizados en las leyes y la Constitución de la República. En materia penal la prueba es material, testimonial y documental. La prueba material según lo establecido en el Art. 91 del Código de Procedimiento Penal, consiste en los resultados de la infracción, en sus vestigios, en los instrumentos con los que se la ha cometido, todo lo cual debe ser recogido y conservado, con la debida cadena de custodia, para ser presentado en la etapa del juicio, mediante los correspondientes, reconocimientos periciales y ser valorados por los tribunales penales (salas penales en los casos de fuero). La prueba testimonial, consiste en las declaraciones que hacen terceras no relacionadas con el juicio, entre las que no pueden estar el ofendido, el acusado ni el coacusado; luego, las declaraciones del ofendido y del acusado bajo condiciones específicas, pues la declaración del ofendido por sí mismo no constituye prueba, mientras que la del acusado, constituyéndose en medio de prueba y defensa a su favor, para que surta tales efectos debe guardar armonía con el resto de la prueba o simplemente ser la única actuada. Dentro de las declaraciones de las terceras personas hay quienes pueden declarar sobre los hechos materia del enjuiciamiento penal por haberles constado personalmente los hechos o parte de ellos; otros, quienes en virtud de su calidad de expertos, acreditados como peritos, nombrados legalmente para realizar una pericia sobre determinadas evidencias sustentarán en forma oral los hallazgos y conclusiones científicas a las que hayan arribado luego de haber analizado las evidencias puestas a su pericia, según requerimiento legal, de acuerdo a la especialidad de su ciencia del conocimiento; y aquellos que en ejercicio del principio de contradicción consagrado en la Constitución, que sustente la posibilidad de exclusión de esa prueba o del establecimiento de un hecho distinto al inferido por el perito, pueden ser actuados como experticias periciales, sobre la base del fundamento de no poder "ser y no ser" al mismo tiempo, esto es, sobre las inferencias de orden científico, técnico o conclusiones a las que el declarante arribó luego de la correspondiente pericia y sobre lo que este experto puede aportar con nuevas luces para determinar la certeza del conocimiento científico al momento actual, que puede también, por demás, simplemente ilustrar de manera más amplia y detallada la misma inferencia técnico científica a la que haya arribado el perito. La prueba documental consiste en los documentos públicos y privados, según prescripción constante en el Art. 145 del Código de Procedimiento Penal. La manera de incorporarlos a juicio y la calidad y eficacia probatoria de ellos, en el sistema oral y en un modelo de garantías, dependerá de la calidad del documento, así, hará fe en juicio penal y no requerirá de la comparecencia del otorgante, cuando se trate de documentos públicos sobre los que la Ley establece fe pública por la calidad del funcionario otorgante, salvo en los casos en los que se alegue falsedad o falsificación de tal instrumento, en cuyo caso habrá de estarse a las normas de prejudicialidad y pesquisa directa, según sea el caso, ya de falsedad ideológica, ya de falsedad evidente o falsificación, contrahechura, etc. En todos los demás documentos deberá comparecer el otorgante para establecer la veracidad del contenido de ellos a través del interrogatorio y contra interrogatorio conocido también como examen y contra examen. En virtud del principio de libertad de la prueba, pueden presentarse otros medios de

prueba que pueden aportar al conocimiento de los hechos con rigor científico en la estructura de ese conocimiento y que, de igual forma, serán valorados por el tribunal de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Es preciso establecer 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 se circunscribe a los hechos, pudiendo diferir los criterios de adecuación típica penal de la conducta incriminada. Por esta razón y por cuanto en la instrucción fiscal tan solo hay elementos de convicción para la formulación de una hipótesis de adecuación típica, no probada aún, el Art. 238 del Código de Procedimiento Penal establece que las declaraciones contenidas en el auto de llamamiento a juicio sobre la existencia del delito y sobre la responsabilidad del procesado, no surtirán efectos irrevocables en la etapa del juicio, porque en ella tiene lugar la prueba sobre la existencia de la infracción y el juicio de desvalor de la inocencia, presupuesto de su calidad al comparecer a juicio, y de la culpabilidad del acusado, para atribuirle o no el juicio de reproche y consiguientemente la comisión de la infracción y determinar, con certeza, según mandamiento del Art. 304-A del Código de Procedimiento Penal, tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad penal y culpabilidad del acusado. Para el caso que nos ocupa durante la audiencia de juicio debía justificarse fehacientemente esto es, sin lugar a duda alguna la existencia del delito de **perjuicio** tipificado en el Art. 354 y sancionado en el 355 del Código Penal **1.-** Que se falte a sabiendas a la verdad; **2.-** Que dicha falta se la haga bajo juramento solemne; y, **3.-** Que mediante esta falta a la verdad se busque causar un perjuicio a un tercero. En el delito de perjuicio se busca proteger el bien jurídico relacionado con la legitimidad de las instituciones públicas, el orden moral y la fe pública. El bien jurídico protegido determina en este caso el objeto jurídico de la prueba que en la especie debe establecer de manera inequívoca si el procesado al realizar la declaración patrimonial **perjuicio o no**; es decir, de acuerdo a lo que establece el Art. 304-A del Código de Procedimiento Penal, los actos procesales probatorios actuados dentro del juicio deben demostrar sin lugar a duda y de manera clara, precisa e inequívoca la existencia del delito y la responsabilidad del acusado. **QUINTO: ARGUMENTOS JURIDICOS Y DOCTRINARIOS.- a) El dolo en general.-** Consiste en actuar con consciencia y voluntad, vale decir que hay un elemento representativo y un elemento volitivo, por ello se dice que se actúa dolosamente porque el agente sabe que miente y lo hace de manera consciente y deliberada, esto es que falta a la verdad a sabiendas. El dolo se pone de manifiesto por el conocimiento que el agente tiene en desacuerdo con lo que expresa o dice, y por la voluntad de hacer esa manifestación contraria a la verdad a pesar de su conocimiento. Hay la plena consciencia de la inexactitud de lo que se está afirmando y la intención de causar un perjuicio existe desde el momento que la afirmación o declaración falsa hecha a sabiendas, es potencialmente capaz de llevar a error o a engaño a un tercero, a un juez o a una autoridad, aunque tal hecho en realidad no ocurra, porque se trata de delitos de resultado formal o de mera actividad y de allí surge el reproche de culpabilidad; **b) Principio de igualdad.** Por regla general, toda persona es

igual ante la ley. La garantía de igualdad de derechos y oportunidad para ejercer la defensa está tutelado por la Carta Magna y se extiende a las diversas formas de defensa que puede realizar libremente y en las mismas condiciones y garantías de las que tiene el adversario. La garantía en referencia está contemplada de manera genérica en el Art. 11. Numeral dos y Art. 66 numeral cuatro de la Constitución Política y tiene relación con el principio de contradicción, que permite a los sujetos procesales amparados desde la ley fundamental ejerciten su defensa en igualdad de condiciones; es decir, dispongan de iguales derechos procesales, de oportunidades y posibilidades similares para sostener y fundamentar lo que cada cual estime conveniente **c) Derecho de defensa y presunción de inocencia.** El Art. 76 de la Constitución Política reconoce el principio de defensa: "Nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento. El Estado establecerá defensores públicos para el patrocinio de las comunidades indígenas, de los trabajadores, de las mujeres y de los menores de edad abandonados o víctimas de violencia intrafamiliar o sexual, y de toda persona que no disponga de medios económicos". Caben advertirse las dimensiones del derecho de defensa: a) como derecho subjetivo, y b) como garantía del debido proceso. Respecto a la primera dimensión, se lo ve como un derecho fundamental que pertenece a todas las partes en el proceso, cuyas notas características son la "irrenunciabilidad" y la "inalienabilidad". En cuanto a su segunda dimensión, de carácter **objetivo** institucional, la defensa constituye un verdadero requisito para la validez del proceso, siempre necesaria, aun al margen o por sobre la voluntad de la parte, para la validez del proceso, El derecho de defensa tutelado por el **texto** constitucional, en su Art. 76 antes citado, es aplicable desde el inicio del proceso y durante toda la sustanciación. Es evidente que el imputado tiene derecho a ser parte del proceso en cualquier estado y de esta forma contestar la pretensión punitiva, la cual debe preceder al acto de defensa a serle debidamente notificada, así como el derecho potestativo a que la sentencia se dicte luego de haber tenido la oportunidad de expresar lo que tiene que decir al finalizar la actividad procesal, todo ello en salvaguarda y respeto de la ley y el debido proceso. El derecho de defensa en el ámbito penal incorpora dos principios fundamentales: el de contradicción, de carácter estructural, igualdad, y el acusatorio, vinculado al objeto del proceso al igual que los de legalidad y oportunidad. Es obvio que el derecho de defensa guarda relación con la presunción de inocencia, al respecto, el Art. 8.2 de la Convención Americana establece que "toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad" Por lo tanto, es necesario demostrar la culpabilidad de la persona con apoyo de pruebas fehacientes debidamente controvertidas, dentro de un esquema que asegure plenitud de las garantías procesales sobre la imparcialidad del juzgador y la íntegra observancia de las reglas predeterminadas en la ley para la indagación y esclarecimiento de los hechos, la práctica, discusión y valoración de las pruebas y la determinación de responsabilidades y sanciones. Si la prueba se produce sin que pueda ser conocida o controvertida por parte del imputado, no puede servir como fundamento de ningún pronunciamiento judicial condenatorio. En efecto, el derecho a la presunción de inocencia, que acompaña a toda

persona por mandato constitucional hasta el momento en que se le condene en virtud de una sentencia en firme, se vulnera si no se comunica oportunamente la existencia de una investigación preliminar a la persona involucrada en los hechos, de modo que ésta pueda ejercer su derecho de defensa, conociendo y presentando las pruebas respectivas. La inocencia como valor individual comprende su defensa permanente, que no puede diferirse a un momento lejano luego de que el Estado, sin conocimiento del imputado y por largo tiempo, haya acumulado en su contra un acervo probatorio que sorprenda y haga difícil su defensa; **d) La prueba.** Las garantías referentes a la prueba o mejor la caracterización del derecho a la prueba, debe aplicarse en todo tipo de procesos. En todos ellos, partiendo del artículo 76 de la Carta Política en vigencia y del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, las garantías probatorias son las mismas, esto es, que la prueba para que tenga vigor debe ser presentada en la audiencia de juicio, lo que en el caso que nos ocupa así se ha procedido. **SEPTIMO: EXISTENCIA DE LA ACCIÓN U OMISION PUNIBLE.-** El imputado durante el transcurso del proceso ha alegado una serie de irregularidades legales y procesales determinadas de manera cronológica. Entre estas sobresale la supuesta adulteración de la matriz de su declaración de bienes efectuada ante el Notario Tercero del Cantón Dr. Roberto Salgado por la cual la Fiscal General de la Nación ordena se inicien las investigaciones del caso y la irregular notificación del Auto Resolutorio dictado por el Ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia Dr. Guillermo Castro Dager con violación al Art. 230 del Código de Procedimiento Penal y que se realiza a mas de los once meses de realizada la Audiencia Preliminar. Asimismo y durante la audiencia preliminar el imputado y en su escrito de Apelación ha planteado alegatos con respecto a la existencia de requisitos de procedibilidad, prejudicialidad, competencias y cuestiones de procedimiento que pueden afectar la validez de este proceso y sobre los fundamentos del dictamen fiscal y del Auto de llamamiento a juicio en los siguientes términos: **a)** Que la declaración patrimonial de los bienes por él realizada, de acuerdo a lo establecido en el Art. 5 de la Ley para la presentación de las Declaraciones Juramentadas, y Art. 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la Nación y disposición transitoria sexta, no se encuentra, en firme, puesto que la propia ley establece la facultad para que una vez hecha la revisión por parte de la contraloría el declarante presenta las reformas, justificativos y pronunciamientos respectivos para subsanar cualquier omisión en la que hubiere incurrido, por lo tanto considera que es absurdo establecer o pretender establecer el cometimiento de un delito como es el perjurio en base a una declaración que a todas luces y con la simple lectura del texto de la Ley puede ser reformada, cambiada o completada por el declarante en plazos y tiempos que van desde los 15 días hasta los dos meses y que deben ser concedidos por el Contralor General del Estado luego de la revisión y verificación que éste haga de la declaraciones presentadas por el respectivo funcionario. **b)** Que la Ley que regula la presentación de declaraciones juramentadas en el Art. 3 parte final establece un tiempo de quince días a efecto de subsanar errores u omisiones en las declaraciones, por lo que insiste que dicha declaración de bienes no ha causado estado **c)** Manifiesta que el único órgano del poder público que tiene potestad para examinar las declaraciones juramentadas de bienes es la Contraloría

General del Estado y que a pesar de que este órgano presenta un informe extemporáneamente y realizado con violación a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado jamás el Juez de cuentas acusó de la existencia del delito de perjurio. Afirma además el procesado que ha existido una violación e interpretación errada de la Ley Notarial. Que existe falta de jurisdicción de los Notarios para juramentar a una persona ya que la ley en referencia en su Art. 18 establece las facultades de los mismo, entre las cuales no se encuentra la de receptar declaraciones patrimoniales juramentadas ni la de tomar juramento, esta potestad, es exclusiva de los funcionarios judiciales que de acuerdo con la ley tienen Competencia y Jurisdicción al tenor del Art. 1 del Código de Procedimiento Civil. Asevera además que el sujeto activo del delito de perjurio de acuerdo a lo que establece el Art. 354 del Código Penal vigente se encuentra limitado a tres personas: quienes declaran, quienes confiesan, y quienes informan. Según el imputado dentro de la relación procesal y luego de haberse cumplido con las solemnidades del caso únicamente pueden declarar los testigos, confesar el confesante e informar los peritos. En el presente caso no existiría sujeto activo del delito ya que lo único que ocurre en la declaración juramentada de bienes, es la trascripción del fedatario en una minuta con una descripción de bienes. Habiéndose violado en el dictamen fiscal y en el auto de llamamiento a juicio las garantías del debido proceso, especialmente la contenida en el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador. Indica que el Ministro Fiscal General Subrogante, Dr. Alfredo Alvear Enríquez y el ex-presidente de la Corte Suprema de Justicia Guillermo Castro Dager, consideran como bienes de su propiedad, inmuebles que corresponden a terceras personas, y de las que únicamente es beneficiario del usufructo, que jamás lo ha utilizado o de cual hubiere recibido rédito alguno. Manifestó además que el Fiscal General Subrogante, y el ex-presidente de la Corte Suprema exigían la inclusión de bienes que fueron adquiridos con posterioridad a la declaración juramentada que se realizó el 12 de julio del 2002; y, finalmente indicó que el Ministro Fiscal Subrogante para emitir dictamen acusatorio al igual que el Ex - Presidente de la Corte Suprema toman como base la declaración hecha por su apoderado con fecha 18 de agosto del 2003 ante la Notaría Cuadragésima del cantón Quito, por lo cual manifiesta que sería la primera vez en la historia que se condena a una persona por perjurio por una declaración hecha por un tercero, en consecuencia manifiesta que se han violado varias normas de la Constitución Política del Estado, del Código Penal, de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y de la Ley que regula las declaraciones juradas de bienes por lo que solicita se dicte sentencia absolutoria. **OCTAVO: ASPECTOS JURIDICOS Y DOCTRINARIOS.- A)** En nuestra legislación, el delito de perjurio se encuentra establecido en el Art. 354 y siguientes del Código Penal. A saber dicho artículo considera que hay falso testimonio punible, cuando al declarar, confesar o informar ante la autoridad pública, sea el informante persona particular o autoridad, se falta a sabiendas a la verdad; y, perjurio, cuando se lo hace con juramento; **B)** el Derecho Penal Romano consideró al perjurio un juramento en falso que ofendía a los Dioses y era castigado por ellos. A partir de la época imperial se juraba en nombre del emperador-Dios, y el juramento en falso empezó a ser sancionado físicamente. Más tarde la influencia del cristianismo en los

pueblos bárbaros trajo como consecuencia que se sancionara la falsa declaración rendida bajo juramento. Actualmente, no todos los países sancionan el perjurio. En España y Argentina por ejemplo, no es delito. Esta figura parte de que quien depone sobre hechos o circunstancias que tengan que ver directamente con él, tiene la obligación de decir verdad. El Delito de perjurio se encuentra ubicado en el Código Penal, entre los delitos contra la función pública. La figura parte de que el Estado puede exigir la verdad a los ciudadanos, cuanto actúa en interés del fin público atribuido por ley. Ello reviste especial importancia en la administración de justicia, en donde el perjurio busca proteger como lo sostiene la mayoría de la doctrina, "la investigación judicial de la verdad". Es importante acotar, que en algunas legislaciones, el perjurio se limita al falso juramento en asuntos de carácter civil. En nuestro sistema tratándose de la administración de justicia, la figura no sólo cobija al derecho civil sino también otros campos del derecho. Se parte para sancionar la falta a la verdad, de que el proceso independientemente de su naturaleza constituye un servicio tendiente a lograr la realización del derecho, la armonía y la paz social de manera que los componentes de la sociedad tienen el deber jurídico de colaborar con el Estado, para una mejor realización de la justicia; **C)** Es evidente que de la redacción del tipo penal, tal y como se encuentra establecido en el Código Penal ecuatoriano conlleva la necesidad de que se encuentre en marcha un proceso jurídico para que pueda construirse el tipo penal. Por ello no toda falta a la verdad hecha con juramento es o puede ser considerada como perjurio; **D)** El diccionario de la Real Academia de la Lengua contiene las siguientes definiciones sobre este término: **1.** Manifestar, hacer público. **2.** Dicho de quien tiene autoridad para ello: Manifestar una decisión sobre el estado o la condición de alguien o algo. *El Gobierno declara el estado de excepción. El juez lo declaró culpable.* **3.** Hacer conocer a la Administración Pública la naturaleza y circunstancias del hecho imponible. **4.** Manifestar ante el órgano competente hechos con relevancia jurídica. *El testigo declaró ante el juez.* **5.** Manifestar el ánimo la intención o el afecto. **6.** Dicho de una cosa: Manifestarse o empezar a advertirse su acción. *Se declaró una epidemia, un incendio.* **7.** Dicho de un enamorado: Manifestar su amor a la persona amada pidiéndole relaciones. **8.** Dicho de una persona: Manifestar o comunicar su estado o condición. *Se declaró objetor, neutral, en huelga.* **9.** Dicho del viento: Fijarse en dirección, carácter e intensidad. *Se declaró un levante. Por la noche se declaran ventolinas.* En definitiva y para la materia que nos ocupa, la definición que más se apega a lo que dispone nuestro Código Penal es "Manifestar ante el órgano competente hechos de relevancia jurídica". Pero en este mismo sentido no toda manifestación hecha ante una autoridad judicial constituye una declaración y no toda declaración hecha ante una autoridad judicial puede a su vez originar el delito de perjurio. Es necesario determinar qué tipo de manifestación hecha ante la autoridad judicial constituye una declaración. Por su lado, el Art. 211 del Código de Procedimiento Civil dice que "los jueces deberán apreciar la fuerza probatoria de las **declaraciones** de los testigos". El Art. 227 del mismo cuerpo legal, dice: "Todos los testigos que las partes presenten están obligados a declarar". Nuestra legislación reconoce entonces que el único sujeto jurídico capaz de rendir una declaración propiamente dicha es el testigo, Por lo tanto en nuestra

legislación quien declara es el **testigo** que es la persona que da testimonio de algo o lo atestigua, y realiza esta declaración al comparecer dentro de un proceso y hacer una exposición de aquello que conoce; **E)** el derecho comparado nos ofrece una mejor perspectiva al respecto. El Código Penal Peruano en su artículo 409 define al perjurio como la falsedad en juicio y nos dice que se produce cuando: *El testigo, perito, traductor o intérprete que, en un procedimiento judicial, hace falsa declaración sobre los hechos de la causa o emite dictamen, traducción o interpretación falsos, será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de dos ni mayor de cuatro años.* El capítulo VI del Código Penal Español también define de manera más clara al sujeto activo del delito de falso testimonio (perjurio) Nos dice así en su Art. 458.1 *"El testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de tres a seis meses"*. El Art. 459 dice: *Las penas de los artículos precedentes se impondrán en su mitad superior a los peritos o interpretes que faltaren a la verdad maliciosamente en su dictamen o traducción, los cuales serán, además castigados con la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio, empleo o cargo publico por tiempo de seis a doce años* Finalmente el Art. 460 dice *"Cuando el testigo, perito o intérprete, sin faltar sustancialmente a la verdad, la alterare con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses y, en su caso, de suspensión de empleo o cargo publico, profesión u oficio, de seis meses a tres años."* Resulta evidente que en ambas legislaciones el delito de perjurio o falso testimonio es el resultado de la declaración que realiza el testigo. La declaración patrimonial juramentada de bienes pese a su nombre no es una declaración en este sentido, sino un listado de bienes. No es hecha por un testigo dentro de un proceso judicial sino por un funcionario público ante un fedatario (notario) y sometida al conocimiento de la autoridad de control (Contraloría). En nuestra legislación, el confesante es uno solo. Se trata de la persona que rinde su confesión judicial ante un Juez al tenor de lo establecido en el Art. 126 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Es además necesario que se encuentren reunidos varios requisitos formales para que la declaración realizada ante el Juez pueda ser considerada como una confesión. Precisamente la seriedad del juramento y las formalidades de las que se ve rodeada la confesión judicial le dan las características necesarias. Es evidente que quien realiza una declaración patrimonial no está rindiendo confesión judicial. No se encuentran reunidos ninguno de los requisitos necesarios para que este acto jurídico se perfeccione. En nuestra legislación el informante es el perito, así lo manifiesta el Art. 255 del Código de Procedimiento Civil que nos dice: *El nombramiento debe recaer en personas mayores de edad, de reconocida honradez y probidad, que tengan suficientes conocimientos en la materia sobre la que deban informar y que, de preferencia residan en el lugar en donde debe practicarse la diligencia, o en el que se sigue el juicio.* Es decir para poder informar es necesario en primer lugar tener la calidad de perito, tener conocimientos específicos sobre una materia determinada sobre la cual la persona designada debe informar al Juez. Cuando una persona realiza una declaración patrimonial, no informa al Juez

sobre su patrimonio en calidad de perito. Lo que hace, insistimos, es hacer un listado más o menos detallado de sus bienes, activos y pasivos. Es entonces la Declaración Patrimonial Juramentada un acto que, por su naturaleza puede encontrarse dentro de estos presupuestos y por lo tanto dar origen al delito de perjurio? La declaración patrimonial juramentada es entonces un listado aproximado de los activos y pasivos que conforman el patrimonio de una persona. Para poder comprender mejor esta figura jurídica es necesario tener en claro lo que constituye el patrimonio de una persona. Varios tratadistas concuerdan en afirmar que el patrimonio es el conjunto de bienes materiales e inmateriales que tienen una destinación común. Esta destinación común es precisamente el titular del mismo, pudiendo ser una persona natural o una persona natural o una persona jurídica. Lo que constituye precisamente el elemento más importante de esta figura es que se trata de una ficción jurídica cuyo contenido es muy difícil sino imposible de establecer. Es así que pueden darse muchos casos en los cuales una persona puede no conocer la totalidad de su patrimonio. Un ejemplo claro de esto es una herencia. Cuando la herencia es aceptada por el titular de la misma, puede que no conozca cual es la totalidad y el contenido preciso de la misma, sin embargo ya ha entrado a formar parte de su patrimonio con sus activos y pasivos. El patrimonio al que se refiere al Ley que regula las declaraciones patrimoniales juramentadas es simplemente aproximado. Esto se refleja claramente en los Arts. 3 y 5 en los cuales se contempla la posibilidad de una reforma a la declaración, reforma que se explica únicamente por esta característica esencial del patrimonio. El Art. 3 de La Ley que Regula las Declaraciones Patrimoniales Juramentadas luego de hacer una enumeración de aquellas partes del patrimonio que deben ser descubiertas por el declarante establece en su último inciso que *"Si las declaraciones patrimoniales juramentadas no contienen toda la información prevista en este artículo, se concederá un plazo de quince días a efecto de subsanar el error u omisión"*. Es decir, luego de conceder a la persona la posibilidad de que reforme y complete su declaración inicial, le otorga la posibilidad de que de existir diferencias entre las declaraciones patrimoniales presentadas, tanto al inicio como al final de las funciones, pueda pronunciarse al respecto. Es evidente que la ley le conceda no solamente una sino dos posibilidades de reforma, una para que complete o reforme su declaración inicial, y otra para que pueda pronunciarse y justificar, de ser el caso, respecto a las diferencias entre la declaración inicial y la realizada al finalizar sus funciones. La Ley contempla entonces la posibilidad de que la declaración patrimonial hecha por un funcionario no contenga todos los requisitos establecidos en el Art. 2 y por ello faculta que la misma sea completada o reformada. Mientras la Contraloría no solicite al declarante que se pronuncie sobre su declaración, que la complete o reforme, la misma no se encuentra en firme; **F)** Otro aspecto que es necesario analizar para poder establecer si efectivamente quien realiza la declaración patrimonial juramentada de bienes puede cometer el delito de perjurio es el juramento. La Ley para la presentación de Declaraciones Patrimoniales Juramentadas establece que la misma se la presentará por escritura pública, no determina la forma exacta como se debe realizar el juramento de la misma. Sin embargo al revisar tanto la Ley como la declaración patrimonial del

doctor Bermeo Idrovo caemos en cuenta que la misma fue hecha a través de una minuta que a su vez fuera elevada a categoría de documento público por el Notario. El notario es un fe datario público, es evidente que ningún notario tiene o se encuentra investido de jurisdicción por el hecho de dar fe pública de un acto o documento. La jurisdicción en este caso es el requisito previo necesario para que una autoridad pueda juramentar a una persona y para que dicho juramento tenga los efectos de los que habla el Art. 354 y siguientes del Código Penal. En efecto, entre todas las funciones que puede desempeñar un notario no se encuentra establecida en ninguna parte la capacidad para juramentar a una persona. Aquellas funciones de jurisdicción voluntaria que le han sido encargadas al Notario no comprenden otras que por su naturaleza están reservadas al juez, como es la de tomar juramento a una persona con todos los efectos legales tanto civiles como penales que este puede acarrear. Esta capacidad conocida como jurisdicción, la tiene únicamente el juez. Lo que busca la ley en el Art. 354 y siguientes del Código Penal, cuando tipifica el delito de perjurio, es evitar que una persona envuelta en un procedimiento jurídico, por lo general contencioso como pudiera ser un juicio, falte a la verdad y por lo tanto cause perjuicio no solo a la contra parte, sino a la propia Administración de Justicia al engañarla y producir por lo tanto un resultado diferente con la controversia legal al que se produciría si se dijera la verdad. Es necesario hacer esta puntualización puesto que en las múltiples relaciones humanas existen circunstancias en las que una persona podría estar compelida a prestar su juramento. Esto no quiere decir que necesariamente esa persona pueda ser sujeto activo del delito de perjurio al hacerlo. Como se ha dejado manifestado para ello es necesario el juramento, y no cualquier juramento, sino el que se rinde de manera solemne y que solo puede ser tomado por el funcionario investido con las facultades para hacerlo, es decir, el Juez. En este punto es necesario que esta Sala tome en cuenta lo manifestado por los Conjueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, quienes en su auto confirmatorio de 22 de julio del 2008, a las 10h00, manifiestan en el considerando Séptimo que "En nuestra legislación el Notario no es únicamente un funcionario público autorizado para dar fe de los actos concernientes a su cargo, sino además, es una autoridad que conforme a la Ley Reformatoria a la Ley Notarial, publicada en el Registro Oficial No. 406 de 28 de Noviembre del 2006, Art. 18 numerales 21, 22, 23 y 27 autoriza actos de amojonamiento, tramita divorcios por mutuo consentimiento etc." Estos actos de jurisdicción voluntaria que pueden ser tramitados por el Notario, no conllevan una investidura de jurisdicción propiamente por la Constitución y la Ley es la aplicación diáfana e independiente del derecho y la Ley, sin tomar en cuenta la opinión pública o la cobertura que medios de comunicación y periodistas hagan al respecto. Por las razones expuestas y con fundamento en los artículos 304 A, 309 y 311 del Código de Procedimiento Penal, esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPUBLICA**, ratificando el estado de inocencia del doctor DELFIN OLMEDO BERMEO IDROVO lo **ABSUELVE** y se dispone la cancelación de todas las

medidas cautelares dictadas por causa de este juicio, para lo cual se enviarán los oficios correspondientes. Notifíquese.

F) DR. Geovany Esquivel Villegas, Dr. Ruperto Borja Naranjo, Dr. Jaime Pazmiño Palacios CONJUECES OCASIONALES.- CERTIFICO.- f) Dr. Hermes Sarango Aguirre, SECRETARIO RELATOR.

Certifico que las diecisiete (17) fotocopias que anteceden son iguales a su original.- Quito 11 de enero del 2011.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

No. 822-2009

PONENTE: DR. GEOVANY ESQUIVEL VILLEGAS (Art. 185 de la Constitución Política de la República)

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA - PRIMERA SALA DE LO PENAL.

Quito, 6 de julio del 2010; a las 10H00.

VISTOS: La Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de 16 de abril del 2008 condenó a Ernesto Rivadeneira García, Francisco Rosales Ramos, Salomón Gutt, Rubén Ordóñez Villacrés, Jean Daniel Benoit, William de Rosa, Fernando Armendáriz Saona y Renán Fabián Encalada Garrido, a la pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria a cada uno de ellos, como autores del delito de peculado bancario, sentencia de la cual interponen recurso de revisión los señores Ernesto Rivadeneira García, Jean Daniel Benoit y Renán Fabián Encalada Garrido. Siendo el estado procesal el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.-** En virtud de lo dispuesto en el Art. 11 de la Resolución Sustitutiva dictada por la Corte Nacional de Justicia el 22 de diciembre del 2.008 y publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de enero del 2.009 y providencia de 31 de mayo del 2.010 dictada por los señores Jueces Nacionales de esta Sala, en nuestras calidades de Conjueces Nacionales de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento de la presente causa. **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad; por lo que este Tribunal declara la validez de esta causa.- **TERCERO: FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS DE REVISIÓN Y PRUEBA.-** En la audiencia oral, pública y contradictoria, los recurrentes Ernesto Rivadeneira García, Jean Daniel Benoit fundamentan su recurso de revisión manifestando que: se presento conforme la causal 6 del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, solicitando también que se amplíe el beneficio del recurso a los otros sujetos procesales en virtud de que los elementos en que se

funda el recurso no tienen vinculaciones de carácter personal; el proceso penal tiene su origen en sesión de los miembros del Directorio del Banco Popular efectuada el 17 de junio de 1.998, en la cual en virtud de los informes presentados por la administración y una oferta de financiamiento por parte del banco West Merchant Bank, este ente colegiado tomó la decisión de aprobar dicho financiamiento, catorce meses después se produce la debacle financiera ecuatoriana lo que afectó al Banco Popular, en razón que en los Estados Unidos ante una demanda del gobierno Colombiano, una jueza interviene la sede de una subsidiaria del Banco Popular en aquella ciudad que generó un efecto cadena, repercutiendo también en el Ecuador, incluso afectando la operación de financiamiento con el West Merchant Bank, que cesó los pagos con el posterior cierre del Banco Popular; se inició en proceso en 1.999 sindicándoles sin embargo al final del sumario la fiscalía acusó a los administradores del banco, específicamente al señor Landes, pero se abstiene de acusar a los miembros del Directorio, sin embargo el juez de esa época los llama a juicio, apelaron de dicha decisión, manteniendo la fiscalía su abstención de acusarlos, a pesar de ello, se confirmó el auto de llamamiento a juicio; en la etapa del plenario en el Tercer Tribunal Penal de Pichincha de igual manera la fiscalía se abstiene de acusar absolviéndolos; de esta sentencia se presentó recurso de casación por parte de los acusadores particulares, correspondiendo su conocimiento a la Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia y aplicando erróneamente la ley les condena a los miembros del Directorio violando el principio de legalidad, el estado de inocencia e incluso el principio pro homine aplicando retroactivamente la ley. En el 2.008 tres miembros del Directorio Gutt, Rosales y Ordoñez interponen recurso de revisión con el señor Armendáriz, al correrse traslado la fiscalía, emite su criterio indicando que se debe conceder el recurso de revisión en virtud que se violó el principio de legalidad por cuanto la reunión del Directorio de 17 de junio de 1.998 y recién once meses después se emite una reforma al Art. 257 del Código Penal, que se refiere al delito de peculado, en la cual se establece que son responsables por peculado los directores, ejecutivos, funcionarios y miembros de los consejos de administración de las entidades o instituciones financieras, lo que significaba que antes de aquella fecha no eran sujetos calificados de peculado. La Primera Sala aceptó el recurso de revisión planteado por el señor Armendáriz basado en la causal sexta en el 2.009. Solicitamos que la Sala se pronuncie aplicando extensivamente el recurso de revisión que favorece a los miembros del Directorio, por cuanto las circunstancias que han promovido dicho recurso no tienen que ver con las circunstancias personales de cada uno sino con la aplicación de la ley, es decir, si es o no aplicable la reforma de 1.999 a la sesión de directorio de junio de 1.998. El principio de legalidad constaba ya en la constituciones de 1.978, 1.998 y en la actual, no es posible sancionar a una persona si el delito no está previamente tipificado en la ley, no se podía aplicar retroactivamente la ley penal más desfavorable como lo establece también el Art. 2 del Código de Procedimiento Penal, en tal virtud la interpretación pro reo y la irretroactividad de la ley hace que el principio de legalidad cobre plena vigencia; al ser un asunto de pleno derecho, no requiere prueba e implica una aplicación general de la ley. El señor Renán Fabián Encalada Garrido, indica que presentó su recurso

sustentando en las causales 2 y 4 del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, manifiesta que el fallo de casación del 2.008, en el considerando décimo primero, que su actividad de Contador tenía la función de llevar la contabilidad del Banco Popular y que por esta razón se lo considero coautor de conformidad con el Art. 42 del Código Penal, imponiéndole una pena de ocho años de reclusión mayor por haber actuado como contador y haber presentado los balances sobre los cuales se hizo la reunión de junio de 1.998, siendo un fallo que adolece de error judicial, no existe el nexo causal entre conducta del imputado versus el delito que se persigue. El gobierno en la entidad bancaria es la Junta General de accionistas, el órgano administrativo el Directorio, en los que no consta su nombre, motivo éste de los dictámenes abstentivos por parte de la fiscalía. Además refiriéndose a la primera manifiesta que existen dos sentencias contradictorias, la del Tercer Tribunal Penal de Pichincha con la de casación expedida por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia con fecha 16 de abril de 2008; para demostrar esta causal adjunta copia certificada de la resolución expedida por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia; y, en lo que respecta a la causal 4 del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, indica que no pertenecía al Directorio del Banco Popular, pues, simplemente era un empleado que llevaba la contabilidad de la mencionada institución, que se cometió un error judicial al momento de establecer la relación causal entre acto y el autor, solicitando que se acepte el recurso y se deje sin efecto todas las medidas que se encuentran ordenadas en su contra. **CUARTO: DICTAMEN DEL SEÑOR FISCAL GENERAL DEL ESTADO.-** El señor Delegado del señor Ministro Fiscal General del Estado, Dr. Galo Rodríguez, indica que el recurso de revisión procede cuando la sentencia esta ejecutoriada o se haya ejecutado, es un recurso extraordinario, pues, se lo puede interponer en cualquier tiempo, las cinco primeras causales contempladas en el Art. 360 del Código de Procedimiento Penal requieren de presentación de prueba nueva, la sexta causal no requiere de prueba. La Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia el 16 de abril del 2.008, dicta sentencia condenatoria en contra de los recurrentes Ernesto Rivadeneira, Jean Daniel Benoit y Renán Encalada en virtud que formaron parte del Directorio, y que los antecedentes se debe a unas operaciones financieras entre el West Merchant Bank y el Banco Popular del Ecuador que tuvo como propósito la concesión de un financiamiento y como consecuencia de las garantías ejecutadas por el West Merchant Bank se efectuó al Banco Popular del Ecuador. Con respecto a la causal invocada por Ernesto Rivadeneira García y Jean Daniel Benoit que formaban parte del Directorio que autorizó la operación financiera; y, que tiene que ver con la aplicación del principio de legalidad, puesto que el hecho que ha motivado el presente enjuiciamiento tiene fecha anterior a la reforma de 1.999; el numeral primero del Art. 24 consta como primer párrafo el principio de legalidad que señala: "nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado..." y partiendo de este principio en el una persona no puede ser juzgada si no está tipificado el acto por el cual va a ser juzgado, los recurrentes al momento de actuar en la sesión de 1.998 como miembros del Directorio del Banco Popular, no infringieron norma jurídica legal alguna, pues, esa conducta no estaba tipificada dentro del ordenamiento

jurídico y por ende no son susceptibles de recibir pena o condena, precisamente aplicando el principio de legalidad, la causal invocada por los recurrentes no requieren presentación de prueba alguna, por coherencia y armonía con lo manifestado por la Fiscalía General del Estado a través de los diferentes delegados en estas audiencias de revisión para otros sindicados, considera que se debe admitir el recurso de revisión por ser procedente, pues, el accionar de los recurrentes al 17 de junio de 1998 no estaba tipificado, es decir, su conducta no se adecua a ningún tipo penal comprendido dentro del Código Penal vigente y menos en el inciso primero del Art. 257, por tanto se considera procedente el recurso de revisión. En relación a Renán Encalada a invocado las causales segunda y cuarta, esto es, cuando existía sentencias condenatorias y cuando el recurrente no es responsable del delito por el que se le condenó, estas causales si requieren de presentación de prueba por parte del recurrente, las presentadas no son pruebas nuevas en razón que consta formando parte del proceso motivo de este recurso; la causal segunda se refiere a dos sentencias condenatorias simultáneas de las que se desprende que una de ellas está errada, lo que no se ha justificado, pues, las sentencias presentadas no tienen contradicción, ya que se refieren al mismo hecho. Las causales invocadas por Renán Encalada no han sido demostradas, sin embargo, de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 65 del Código de Procedimiento Penal el fiscal debe ser objetivo en sus apreciaciones, y con sujeción a lo dispuesto en el Art. 327 *ibidem*, considera que se debe hacer extensivo el beneficio de aceptar el recurso de revisión a su favor por las consideraciones expuestas anteriormente.

QUINTO: APRECIACIÓN DOCTRINARIA SOBRE LA REVISIÓN.- A) El procedimiento penal tiene como finalidad llegar a la imposición de una pena respetando la verdad procesal, si esto es así resulta razonable la legitimidad de la sanción por un acto adecuadamente típico y antijurídico. Frente a la posibilidad de un error judicial en la apreciación correcta de los hechos, surge la necesidad de la reparación mediante el mecanismo de un recurso de excepción como es la revisión, asumiendo el riesgo de la vulnerabilidad de la cosa juzgada. La sentencia en firme es generalmente inatacable e impugnada cuando se han agotado los términos para la interposición de los recursos, o cuando habiendo sido interpuestos, el Tribunal de Alzada ha ratificado la resolución del juez *a-qua*. Para el profesor CLARIA OLMEDO en su *Derecho Procesal Penal*, es objetable considerar a la revisión como un recurso en sentido estricto expresando que: **"mejor parece considerarlo como una acción impugnativa que persigue la revocación de una sentencia firme y anulación del proceso en que se pronunció, fundándose en circunstancias nuevas para la causa por ser recién conocidas o haberse presentado con posterioridad"**, Participamos en considerar a la revisión como un verdadero recurso, que permite rever una sentencia condenatoria que se encuentra en firme y que no puede ser impugnada por medios normales; B) Al respecto, es necesario, en primer lugar insistir que de acuerdo con el tipo penal previsto en la norma señalada, el verbo rector del peculado es abusar de dineros públicos o privados, y en general de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o en razón de su cargo, bien sea por desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma

semejante incluyéndose los fondos de los bancos estatales y privados como es el caso. Por consiguiente, el peculado es una figura típica dolosa, que exige el abuso de los recursos públicos o privados, por ejemplo los captados del público, para disponer arbitrariamente de ellos, sea en beneficio propio o de un tercero, esto es, con el correlativo perjuicio a la entidad de derecho público, como lo determina el tipo penal y que constituye el bien jurídico protegido en la figura del peculado. En el presente caso, a quien se le atribuye el juicio de reproche (procesados), ni realizaron acto injusto alguno, ni tuvieron intención de aprovecharse fraudulentamente de valores pertenecientes al Banco Popular Según lo señala Francisco Muñoz Conde en su obra *"Teoría General del Delito"*, página 182, **"dolo es la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo del delito"**, de lo cual se desprende que el dolo se encuentra constituido de dos elementos, esto es, el elemento intelectual o conocimiento, es decir, el saber; y, el elemento volitivo o voluntad, esto es el querer, este conocimiento y voluntad hacen relación o referencia a las circunstancias del tipo penal. En definitiva, la conducta de los procesados no es antijurídica porque al momento de los hechos y actos (17 de junio de 1998) no lesionaban ningún bien jurídico tutelado por el derecho penal, ni típica porque no corresponde a los elementos del peculado, por lo que este Tribunal no puede realizar un juicio jurídico de reproche. La responsabilidad penal es personalísima y a nadie puede condenarse por actos antijurídicos en los que no ha intervenido como equívocamente ha procedido la Segunda Sala de lo Penal de la ex Corte Suprema de Justicia, por lo que no se justifican los elementos del tripartito penal que son: conducta típica, antijurídica y culpable, elementos que en cambio, los juzgadores si encontraron en la conducta del ciudadano Nicolás Landes y por las cuales fue condenado. C) **Principio de legalidad:** Proviene del latín *nullum crimen, nulla poena, sine lege* que significa: no hay crimen, ni pena, sin ley previa; es decir, que primero se debe describir la conducta punible y prever la pena con la cual se castiga al que infringe la norma, evitando con ello la arbitrariedad y la injusticia. El principio en referencia guarda estrecha relación con el artículo quinto de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789, que dice: **"La ley no puede prohibir sino las acciones dañosas a la sociedad. Todo lo que es prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no manda"**, por lo que es evidente que no se puede reprimir un acto por más reprochable que fuere, si no está tipificado como delito, ni sufrir una pena que no esté contemplada en la ley penal. Esta garantía es de carácter universal y en nuestra legislación se encuentra debidamente desarrollada en el inciso primero del Art. 2 del Código de Procedimiento Penal que preceptúa: **"Legalidad. Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado como infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida. La infracción ha de ser declarada y la pena establecida con anterioridad al acto. Deja de ser punible un acto si una ley posterior a su ejecución lo suprime del número de las infracciones y, si ha mediado ya sentencia condenatoria, quedará extinguida la pena, haya o no comenzado a cumplirse. Si la pena establecida al tiempo de la sentencia difiere de la que regía cuando se cometió la infracción, se aplicará la menos rigurosa. En general, todas las leyes**

posteriores que se dictaren sobre los efectos de las normas del procedimiento penal o que establezcan cuestiones previas, como requisitos de prejudicialidad, procedibilidad o admisibilidad, deberán ser aplicadas en lo que sean favorables a los infractores". Pedro Pablo Camargo, en su obra *El debido proceso*, indica sobre el principio de legalidad: "el principio de legalidad obliga al Estado y sus órganos a respetar el conjunto de leyes establecido y, en caso de quebrantamiento, verificar y justificar la aplicación de la ley para quien la ha infringido. La garantía de legalidad se manifiesta en la fundamentación y motivación del acto de autoridad a imponer al ciudadano, a riesgo de ser declarado nulo si se sale del marco de la ley". En efecto, la norma mencionada confiere seguridad jurídica a las personas, pues ninguna persona puede ser responsable de una infracción, ni sufrir una pena, si previamente no existe una ley que tipifique al acto como delito y le asigne una pena. Así lo contempla el Art. 76, numeral 5 de la Constitución de la República, que recoge con claridad la prohibición de leyes penales con carácter retroactivo, es decir, que está prohibido fundamentar la punibilidad en el derecho consuetudinario, en analogía o en reglamentaciones que emanen del Poder Ejecutivo sin el respaldo expreso de una ley. Es evidente que en razón del denominado principio de legalidad la materia procesal penal está reservada a la ley formal, pues emana del órgano legislativo para que aquella impere como la expresión de la voluntad general. Las exigencias del principio general de legalidad se extreman en el campo del proceso penal, en el cual se manifiestan los siguientes aspectos: **a)** En la aplicación de la regla de oro del derecho penal moderno: el principio *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*, recogido en el Art. 76.3 de la Constitución de la República que obliga procesalmente a ordenar toda causa penal sobre la base de esa previa definición legal, que, en esta materia sobre todo, excluye, totalmente la tipificación o sanción de un delito, no solo en los reglamentos u otras normas inferiores a la ley formal, sino también en todas las fuentes no escritas del derecho, así como toda interpretación analógica o extensiva de la ley. Es necesario reiterar que el objeto del proceso penal no es el de castigar al delincuente, sino el de garantizarle un juzgamiento justo, ágil y oportuno **b)** Cabe también enmarcar aquí, en la medida de su trascendencia procesal, principios como el de igualdad y no discriminación, el de irretroactividad de la ley penal en perjuicio del imputado y de retroactividad en su beneficio; el de *indubio pro reo* y la presunción o mejor llamado estado de inocencia, ambos derivables también del precepto constitucional y de la norma procedimental penal en el que deben presidir todas las actuaciones del proceso y con la conclusión de la sentencia. Por otra parte, la sentencia judicial debe ceñirse a lo pedido por las partes en el proceso, lo que se concreta en la prescripción de la institución de la *ultra petita*. En el área penal, la sentencia judicial sólo puede imponer penas previstas por la ley, por delitos también contemplados previamente en la misma norma penal. En términos generales, el principio de legalidad en un Estado constitucional de derecho vincula a las autoridades e instituciones públicas con el ordenamiento jurídico, a partir de su definición básica, según la cual toda autoridad o institución pública lo es y solamente puede actuar en la medida en que se encuentre facultada para hacerlo por la normativa constitucional y legalmente autorizado en forma expresa, y todo lo que no

le esté autorizado le está vedado; así como sus dos corolarios más importantes, todavía dentro de un orden general: el principio de regulación mínima, que tiene especiales exigencias en materia procesal, y el de reserva de ley, consagrado en el Art. 76.3 de la Carta Política. En el presente caso, el delito de peculado bancario aplicable a los Directores de Bancos e Instituciones Financieras, se introdujo mediante reforma legal publicada en el Registro Oficial No. 190 de 13 de Mayo de 1999, por lo que, a la fecha en que se realizó la Reunión de Directorio de Banco Popular, en la que se aprobó la transacción entre Ceval y West Merchant Bank, no estaba tipificado el peculado bancario. **SEXTO: ANÁLISIS DE LA SALA.- A)** Efectivamente el recurso de revisión es un mecanismo legal para dejar sin efecto una sentencia condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada, para lo cual, la Ley determina que se deben aportar nuevas pruebas, lo que precisamente en el caso materia del juzgamiento acontece, pues en el caso de los recurrentes Renán Fabián Encalada Garrido interpusieron su recurso de revisión en las causales segunda y cuarta del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal y en lo que respecta a Ernesto Rivadeneira García y Jean Daniel Benoit lo hizo en las causal sexta del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal. En definitiva, el recurso de revisión está contemplado en el Código de Procedimiento Penal como un recurso extraordinario que ataca a la cosa juzgada y cuya finalidad es reexaminar una sentencia cuando se cumplen los presupuestos que establece el Art. 360 del referido cuerpo de leyes, con el ánimo de que no se sacrifiquen los sagrados intereses de la justicia, y de esta forma enmendar los errores judiciales de haberlos, pues el objetivo fundamental del derecho penal es sancionar a quien ha incurrido en un juicio de reproche y reafirmar el derecho a la libertad cuando éste ha sido vulnerado, de tal manera que no se afecte el estado de inocencia de un ser humano, a quien por error de hecho se le haya condenado; pero para su admisión se exige demostración plena del error judicial, es decir, demostrar en que consistió el error, esto es, aportando en la audiencia oral que los conductos que sirvieron para dictar el fallo inculpativo fueron, falsos y que por ende no tuvieron el sustento jurídico adecuado; **B)** De los recaudos procesales incorporados al expediente de revisión, se concluye que los recurrentes no causaron perjuicio económico alguno, pues el delito perseguido, no se produjo por la autorización del Directorio del Banco Popular, sino en la entrega de garantías con dineros de sus clientes, las mismas que se ejecutaron por falta de pago del crédito, hechos y actos supervinientes en los que no intervinieron los recurrentes y por cuya razón se condenó al responsable; **C)** La revisión es un recurso especial y extraordinario que lo puede interponer el procesado en cualquier tiempo luego de haberse ejecutoriado la sentencia de última instancia, y para cuya procedencia exige se encuadre dentro de las causas contempladas en el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal. Examinado el expediente se desprenden elementos de juicio suficientes que demuestran la inocencia de los recurrentes. Por lo expuesto y acogiendo el criterio del señor Delegado del señor Ministro Fiscal General, que solicita a la Sala que sean admitidos los recursos de revisión de los señores Ernesto Rivadeneira García y Jean Daniel Benoit, en razón que el tipo penal de peculado bancario en 1.998 no se encontraba tipificado, es decir, cumple con los requisitos exigidos en la causal sexta del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, y en lo

que respecta al señor Renán Fabián Encalada Garrido, a pesar que su recurso no ha podido ser fundamentado y demostrado en la audiencia, tanto la causal 2 y 4 del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, se debe aplicar. a su favor el beneficio del Art. 327 del Código de Procedimiento Penal, esta Primera Sala de la Corte Nacional de Justicia, con sujeción al dispuesto en el Art. 367 del Código de Procedimiento Penal, y habiéndose probado conforme a derecho la causal sexta del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, invocada por los recurrentes en sus respectivos recursos, **"ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA"**, declara procedente los recursos presentados, así como el estado de inocencia de los recurrentes; y, en consecuencia, **ABSUELVE** a Ernesto Rivadeneira García, Jean Daniel Benoit y Renán Fabián Encalada Garrido. CANCELÉNSE todas las medidas cautelares que pesan en su contra. El actuario de la Sala remita atento oficio al Comandante General de la Policía Nacional, a fin de que se sirva instruir a los mandos a su cargo para que se abstengan de capturar a las personas antes indicadas así como también remita todos los oficios que fueren necesarios para el oportuno y eficaz cumplimiento de esta sentencia. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

F) DR. Hernán Ulloa Parada PRESIDENTE, Dr. Luis Moyano Alarcón, Dr. Milton Peñarreta Álvarez JUECES NACIONALES.- CERTIFICO.- f) Dr. Hermes Sarango Aguirre, SECRETARIO RELATOR.

Certifico que las ocho (8) fotocopias que anteceden son iguales a su original.- Quito 11 de enero del 2011.

f) Dr. Hermes Sarango Aguirre, SECRETARIO RELATOR.

No. 1378 - 009

JUEZ PONENTE: DR. HERNÁN ULLOA PARADA (ART. 141 DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL) DELITO DE PREVARICATO (JUICIO No. 1378-2009-WO)

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA DE LO PENAL.- Quito, 7 de diciembre del 2010; las 15H30.

VISTOS: Constituido el Tribunal en Audiencia Pública de Juzgamiento para conocer y resolver la situación jurídica de los procesados doctores Robert Tyrone Guevara Elizalde y Fernando Grau Arostegui, en contra de quienes, la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia con fecha 11 de noviembre del 2009, a las 11H00, con fundamento en el Art. 232 del Código de Procedimiento Penal, dictó auto de llamamiento a juicio,

por considerar que de las diligencias actuadas en la etapa de instrucción fiscal se ha determinado que tienen participación directa como autores del delito de prevaricato, tipificado y sancionado en el Art. 277 del Código Penal. Siendo el estado procesal el de resolver, para hacerlo, se considera: **PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.-** Esta Sala es competente para conocer el recurso de revisión en virtud de lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1; Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador publicada en el R. O. No 449 de 20 de diciembre del 2008; y, la Resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre del 2008, publicada en el Registro Oficial No 511 de 21 de enero del 2009; artículos 359 y 360 del Código de Procedimiento Penal; así como el oficio No. 1168-SG-SLL-2010 de 10 de noviembre de 2010 suscrito por el señor Presidente de la Corte Nacional de Justicia; y, el sorteo de ley respectivo.- **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** La audiencia preliminar tiene por objeto, en primer lugar, que el Fiscal y el abogado de la defensa presenten sus alegatos a fin de determinar y resolver sobre la existencia de requisitos de procedibilidad, admisibilidad o de cuestiones prejudiciales, competencia y de procedimiento que puedan afectar la validez del proceso. Examinado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad; por lo que este Tribunal declara la validez de esta causa.- **TERCERO: RELACIÓN PROCESAL Y CARGOS QUE SE FORMULAN EN CONTRA DE LOS PROCESADOS; DOCTORES ROBERT TYRONE GUEVARA ELIZALDE Y FERNANDO GRAU AROSTEGUI.- 3.1. RELACIÓN PROCESAL.-** El señor Ministro Fiscal General del Estado, ha dictado auto de instrucción fiscal el día 1 de diciembre del 2008, a las 15H30, en contra de los doctores Robert Tyrone Guevara Elizalde y Fernando Grau Arostegui, sobre la base de la denuncia formulada por la Abogada Rita García de Jácome Fiscal de Antinarcóticos del Guayas, que contiene los siguientes hechos: **a)** el doctor Roberto Guevara Elizalde, en su calidad de Presidente de la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Guayaquil, hoy Corte Provincial, el día 15 de enero del 2008, en la instrucción fiscal No. 863-B-2007 aceptó la recusación planteada en contra de los jueces de la Sala, doctores Miguel Félix López y Carlos Hoyos y en su reemplazo convocó a los señores doctores Cristóbal Mantilla y Fernando Grau Arostegui Primer y tercer Ministro Juez de la Primera Sala de lo Penal, Colutorio y Tránsito del mismo Distrito Judicial, hecho que a decir de la denunciante, viola lo dispuesto en el Art. 61 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, ya que no llamó a los Conjueces Permanentes de la Sala y a falta de éstos a los Conjueces Permanentes de otras Salas o en todo caso se debió designar Conjueces Ocasionales, pero ningún caso se podría de manera ilegal convocar a los conjueces titulares de otra Sala, **b)** luego de conformar así la Tercera Sala Penal antes citada, en providencia de 28 de enero del 2008, a las 16H00, se revoca la prisión preventiva y se ordena la libertad de la imputada Ledys Estupiñán Estupiñán, cónyuge de Víctor Hugo Ramírez Estupiñán, que ha decir de la denunciante es miembro del cartel del Norte del Valle, disposición que se ejecuta sin contar con el expediente original puesto que se encontraba en la Fiscalía para la emisión del respectivo dictamen; es decir que, no contaban con el expediente para determinar la

participación de la imputada, disponiendo además, que no es necesaria efectuar la consulta prevista en el Art. 122 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, que manifiesta textualmente: “**Art. 122.- Consulta obligatoria.- No surtirá efecto el auto en que se revoque la prisión preventiva, de suspensión o cesación de medidas de aprehensión, retención e incautación, si no es confirmado por el superior, previo informe del Ministro Fiscal correspondiente, quienes emitirán su opinión en el término de veinte y cuatro horas posteriores a la recepción del proceso.**”; c) posteriormente al finalizar la etapa intermedia, los Magistrados actuales de la Tercera Sala, llamaron a juicio a los imputados, incluida la señora Ledys Estupiñán Estupiñán, ordenando nuevamente su prisión preventiva. Señala además la Fiscal denunciante que el doctor Robert Guevara Elizalde era socio del estudio jurídico del doctor Alfonso Zambrano Pasquel, y que este profesional, patrocinó al señor José Moncada Arévalo imputado dentro del proceso No. 863-B-2007, y que el doctor Guevara Elizalde no se separó del conocimiento de la causa como era su obligación, lo hizo con posterioridad y no desde el momento mismo que conoció que su ex socio, patrocinaba a una de las partes; d) del auto de sobreseimiento definitivo del proceso y de los imputados doctores Robert Tyrone Guevara Elizalde y Fernando Grau Arostegui, expedido por el Presidente de la Segunda Sala de la Corte Nacional de Justicia con fecha 23 de marzo del 2009, a las 17H00 horas, la Fiscalía General del Estado presentó recurso de apelación, correspondiendo su conocimiento a los doctores Raúl Rosero Palacios, Máximo Ortega Ordoñez, Jueces Nacionales y doctor Edwin Salazar Almeida, Conjuez, respectivamente de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia quienes en providencia de mayoría de fecha 11 de noviembre del dos mil nueve, a las 11H00 horas revocan el auto de sobreseimiento definitivo y en su lugar dictan auto de llamamiento a juicio contra los prenombrados doctores Robert Tyrone Guevara Elizalde y Fernando Grau Arostegui; **3.2. CARGOS EN CONTRA DE LOS PROCESADOS.-** La Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia dicta auto de llamamiento a juicio en contra de los procesados por considerar que de las diligencias actuadas en la etapa de instrucción fiscal se ha determinado que tienen participación directa como autores del delito de prevaricato tipificado y sancionado en el artículo 277 del Código Penal. **CUARTO: FUNDAMENTOS DE DERECHO DEL JUICIO PENAL.-** Bajo los presupuestos fundamentales de presunción de inocencia, formulación oficial de cargos y finalidad de la etapa del juicio, conforme lo disponen los artículos 250 y 85 del Código de Procedimiento Penal, consiste en comprobar conforme a derecho, la existencia de la infracción y la responsabilidad de los acusados, para según corresponda, condenarlos o absolverlos; siendo por consiguiente, en esta etapa en la que se decide su situación jurídica procesal y se practican todos los actos procesales necesarios de prueba con los que se pretende justificar la existencia de la infracción y responsabilidad penal de aquellos. Por lo mismo, en esta etapa tiene lugar el juicio de desvalor de la presunción de inocencia y de culpabilidad de los procesados para atribuirles o no el juicio de reproche y por ende la comisión de la infracción y, de ser el caso, determinar su responsabilidad y consiguientemente su culpabilidad. Al efecto, la Constitución de la República del Ecuador en el Art. 169,

establece: “**El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades**”, operativizada 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 de los acusados; y el Art. 252 ibídem, puntualiza 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 la instrucción fiscal**”. Estos principios rectores del juicio guardan armonía con los principios generales de la prueba puntualizados en el Art. 79 del mismo cuerpo de leyes, que preceptúa: “**Las pruebas deben ser producidas en la etapa de juicio, ante los tribunales penales correspondientes con la presencia ininterrumpida de los jueces y de las partes**”, conforme lo dispone el Art. 253 ibídem (concentración e inmediación), con la peculiaridad de que las investigaciones y pericias practicadas durante la etapa de instrucción fiscal alcanzan el valor de prueba una vez que han sido presentadas y valoradas en la etapa de juicio, es decir que se hayan judicializado. Las directrices en referencia devienen de las instituciones previstas en los artículos 79, 119, 250 y 252 del Código de Procedimiento Penal que guardan estrecha relación con los principios fundamentales del debido proceso consagrados en el Art. 76 de la Constitución de la República, tales como: legalidad, oralidad, inmediación, oficialidad de cargos en la sustanciación del proceso; dispositivo de contradicción en la presentación de las pruebas puntualizados en los artículos 168, 169 de la Carta Magna, que en tratándose de materia penal la prueba es: material, testimonial y documental conforme lo señalan los artículos 91, 117 y 145 del Código de Procedimiento Penal. En virtud del principio de libertad de la prueba, pueden presentarse otros medios de prueba que permitan esclarecer los hechos con rigor científico en la estructura de ese conocimiento y que de igual forma deben ser valorados por el Tribunal de acuerdo con las reglas de la sana crítica, al amparo de lo previsto en el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal. En este contexto para que haya juicio es necesario que haya acusación fiscal, es decir, proposición positiva de cargos en contra del acusado y sobre lo cual el imputado debe responder según lo prescribe el Art. 251 del Código de Procedimiento Penal. Así pues, es necesario establecer que la formulación de cargos obedece a un cúmulo o conjunto de actos que dan lugar a la hipótesis de la adecuación típica de la conducta inculpada y que sobre ella pueden haber diversos puntos de vista. Es indudable que en la audiencia de juicio tiene lugar la prueba sobre la existencia de la infracción y el juicio de desvalor de la inocencia, presupuesto de la calidad de comparecer a juicio y de la culpabilidad del acusado para atribuirle o no la comisión del hecho ilícito y determinar con precisión y certeza en cumplimiento de lo previsto en el Art. 304 A del Código de Procedimiento Penal que para dictar sentencia condenatoria debe estar comprobada conforme a derecho tanto la existencia del delito como la responsabilidad penal del procesado. En el caso sub judice, en el proceso debe justificarse fehacientemente la existencia del delito de

prevaricato previsto y sancionado en el Art. 277 del Código Penal, cuya esencia típica es **“fallar contra ley expresa y que la resolución judicial se dicte por intereses personales, de afecto o desafecto a alguna persona o corporación, rehúsen o retarden la administración de justicia”**. QUINTO: **EL JUICIO PROPIAMENTE DICHO.-** 5.1. Es la etapa de exposición del motivo de acusación y relato circunstanciado de los hechos como de petición y práctica de pruebas tendientes a establecer la verdad procesal de la existencia del delito por el que fueron llamados a juicio los procesados, así como de su responsabilidad penal, según lo que ha asegurado cada parte procesal y a fin de establecer si los elementos del tipo penal se han consumado o no en la comisión del acto punible por el que se ha originado la causa y cuya existencia y responsabilidad penal se imputa a los procesados, doctores los doctores Robert Tyrone Guevara Elizalde y Fernando Grau Arostegui; al efecto, la Sala establece: **a) El doctor Alfredo Alvear Enriquez, Ministro Fiscal Subrogante, al formular la relación de los hechos señaló en forma sucinta lo queda señalado en el considerando Tercero, numeral 3.1. y manifestó que en el curso de la audiencia pública probará los presupuestos del delito de prevaricato contemplado en el Art. 277 del Código Penal, para cuyo efecto presentó como prueba lo siguiente: b) Testimonio de la abogada Myrtha Elena Chang Chang, con CI. No. 090144313-5, a quien el Presidente de la Sala le solicita que haga el reconocimiento de la firma y rúbrica constante en la certificación de la referencia otorgada por ella con fecha 12 de junio de 2008, ante lo cual la testigo dice: “*si es mi firma y rúbrica auténtica*”. Ante las preguntas formuladas por el doctor Robert Guevara quien dice que entrega copia certificada conferida por la Secretaría de la Presidencia de la Corte Superior de Guayaquil en la que consta la fecha en que se posesionaron recién los -señores conjuces que correspondían al período 2008-2009, acompañando también las respectivas acciones de personal, y solicita a la testigo que reconozca si la firma y rúbrica que consta en dicho documento aclaratorio y en las acciones de personal corresponden a su autoría. La testigo revisa los documentos que se le ponen a la vista y dice: “*son mis firmas*”. Acto seguido el doctor Guevara presenta un segundo anexo y que tiene documentos con firmas auténticas e igual se le pide a la deponente que verifique si son sus firmas. La testigo dice: “*si son mis firmas*”. Continúa el doctor Guevara y dice que en virtud de la documentación que presentó en este anexo dos que ha reconocido como su firma y rúbrica la señorita Myrtha Chang por intermedio de la Presidencia de la Corte y por intermedio del doctor Carlos Soria rectifican una certificación que habían conferido y que es la presentada en documento auténtico por el doctor Alvear, en virtud de que no tenían los datos suficientes, preguntándole a la deponente: diga cómo es verdad si esta certificación prevalece sobre la anterior certificación presentada por el señor Ministro Fiscal. La testigo dice: “*que efectivamente esta certificación es la que debe prevalecer en autos, es la rectificación o aclaración a la certificación conferida con anterioridad*”. El doctor Grau, pregunta: en qué fecha con exactitud se posesionaron los tres Conjuces de la Tercera Sala doctores: Héctor Cabezas, Rafael Torres y Gutemberg Vera. La testigo responde: “*Los doctores Gutemberg Vera, Rafael Torres Tomalá y Héctor Cabezas Palacios, se posesionaron el día 15 de febrero del 2008*”. El doctor**

Grau pregunta: existían Conjuces Permanentes posesionados en el mes de enero de 2008. La testigo responde: “*no había Conjuces en enero de 2008*”. El doctor Grau pregunta: si se habían posesionado conjuces de otras salas civil o laboral en el mes de enero. La testigo dice: “*en sesión el pleno del 17 de enero de 2008 recién surge la posesión de los Conjuces en que se nominó a todos los Conjuces de la Corte Superior de Guayaquil*”. El señor Fiscal pregunta: si fueron nombrados el 17 de enero del 2008, al 28 de enero del 2008, en que se dictó la providencia con la que se dejó en libertad a Lelys Estupiñán existían o no los conjuces. La testigo responde: “*No había conjuces a esa fecha*”; c) **Testimonio de la Abogada Rita Catalina García Avalos, con CI. 060019774-3, a quien el señor Fiscal hace el siguiente interrogatorio: explique los motivos, hechos y circunstancias que usted conoció para denunciarles a los dos ex ministros por delito de prevaricato. La testigo responde: conocí la instrucción fiscal en el caso por el delito de tráfico de drogas conocido como Huracán Azul en el cual se confiscó aproximadamente 5 toneladas de droga, en este caso llevé la instrucción hasta que me tuve que inhibir porque uno de los imputados José Moncada, no estoy muy segura, gozaba de fuero, pasó este caso a la Tercera Sala de la Corte y conoció este caso y con fecha 28 de enero de 2008 a las 16H00, revoca la detención de la ciudadana Lelys Amparo Estupiñán Estupiñán imputada en el presente caso, dando lectura de la conclusión a la que se llevó y en la cual se decía que no cabía la consulta. Agrega la testigo que: la providencia la hicieron sin tener el expediente completo, pues el expediente llega a la Sala recién con fecha 29 de enero de. 2008 en que el señor Ministro Fiscal emite el dictamen. Dice también que: los en la Tercera Sala actuaron dos ministros de la Primera Sala que están en calidad de ministros interinos y no actuaron los ministros subrogantes, por lo que al respecto investigué el caso y se mandó un oficio a la Presidencia de la Corte, a la doctora Myrtha Chang quien informó quienes eran los conjuces y hoy día me entero que ella ha hecho una aclaración al respecto, por lo que es por esta razón, por la no consulta, que presenté la denuncia”. El doctor Guevara, pregunta: indique si esta fue la certificación que obligó a la denuncia de la abogada Rita García. Consta en el cuarto cuerpo del proceso y es uno de los documentos que agregó la testigo. El señor Presidente aclara y dice que si adjuntó el documento que se le presenta a la denuncia pertinente. La testigo responde: dado tiempo transcurrido, **no recuerdo**, tenemos muchos casos. El doctor Guevara pregunta: que se le exhiba el cuarto cuerpo en donde consta la denuncia. La testigo dice: **no recuerdo**. El doctor Guevara pregunta: quién le proporcionó la certificación que agregó a su denuncia. Responde la testigo: **no recuerdo** la certificación dado el tiempo transcurrido. Pregunta el doctor Guevara: la hoja en que dice anexo agregada por la Fiscalía son presentados como documentos de imputación a los procesados. Responde la testigo: **no recuerdo**, no puedo afirmar o negar nada. Pregunta el doctor Guevara: conoce que la señora Carmen Montserrat Macías en una certificación conferida señaló que dicho documento nunca fue otorgado por el Consejo de la Judicatura, es decir, que los documentos que entregó como prueba de imputación no fueron entregados por el Consejo de la Judicatura. Responde la testigo: **es otro hecho que no recuerdo**. Toma la palabra el doctor Fernando Grau quien pregunta:**

recuerda que el 28 de enero de 2008 se revocó la orden de prisión preventiva en contra de Lelys Estupiñán? Responde la testigo: **si lo recuerdo**. Pregunta por qué no impugnó ese auto revocatorio una vez notificado. Respuesta de la testigo: no me correspondía impugnar sino al señor Fiscal General en razón del fuero. Pregunta el doctor Grau: si le correspondía impugnar al señor Ministro Fiscal Provincial, Antonio Gagliardo como dice, por qué usted puso la denuncia. Respuesta de la testigo: porque cualquier persona que tiene conocimiento de un hecho puede presentar la denuncia, porque yo inicié la instrucción fiscal, conocí la instrucción fiscal, investigué la instrucción fiscal, fui delegada para la investigación por el señor Ministro Fiscal, por eso presenté la denuncia. Pregunta el doctor Guevara: diga cómo es verdad que el 20 de diciembre dentro del proceso No. 863D-2007 usted solicitó que el departamento que ocupaba Lelys Estupiñán se le entregue al propietario señor ingeniero Hidalgo. La testigo responde: **no puedo afirmar que sí**, puede ser que sí, si era procedente debo haber pedido. **No recuerdo**. El doctor Guevara pregunta: si estaba en funciones todavía antes de que se inhabilitara, cuando se inició el proceso de recusación por qué no impugnó el proceso del juicio de recusación e integración de la Sala. Responde la testigo: **no recuerdo la fecha; d) Prueba Documental** que agrega el señor Fiscal General Subrogante: certificación de la Dra. Myrtha Chang Chang, Secretaria de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil en la que confirma la existencia de Conjueces asignados a la Tercera Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil de fecha 15 de enero de 2008 constante a fs. 597; actas de nombramiento y posesión de los doctores Robert Guevara Elizalde y Fernando Grau Arostegui, ex Ministros de la Sala Penal de la ex Corte Superior de Justicia constante de fs. 6646-6667; providencia de 28 de enero de 2008, a las 16H00, en la que se ordena la libertad de Lelys Amparo Estupiñán Estupiñán, y en esta providencia se manifiesta que no estando regulado en el Código de Procedimiento Penal ni en las reformas de 2006 dentro del juzgamiento en caso de fuero, la consulta previa en materia de drogas es impertinente hacerlo no estando regulado para este procedimiento especial el destinatario de la consulta; resolución de destitución de la Comisión de Recursos Humanos del Consejo Nacional de la Judicatura de los doctores Robert Guevara Elizalde y Fernando Grau Arostegui, ex Ministros de la Sala Penal de la ex Corte Superior de Justicia; escritos de 8 de febrero en adelante presentados por el doctor Alfonso Zambrano Pasquel que obran del expediente; la inhabilitación de fecha 18 de marzo de 2008 del doctor Roberto Guevara Elizalde, Presidente de la Tercera Sala de lo Penal de la ex Corte Superior de Justicia de Guayaquil, a este respecto dice el señor Fiscal que acompaña en 224 fojas copia del expediente 101-107, que dice Lelys Estupiñán y otros, Tercera Sala, juicio 863-2007, a fin de que cuando entregue los documentos se los compare con éstos facilitando la búsqueda de este proceso; providencia revocando la orden de prisión de Lelys Amparo Estupiñán Estupiñán suscrita por los señores profesionales aquí presentes cuando ejercían sus funciones de jueces de Guayaquil de 28 de enero de 2008; copia del R.O. No. 513 de 27 de enero de 2005 donde el Tribunal Constitucional en la resolución 093101RA dispone al Juez Sexto de lo Civil de Pichincha que proceda a exigir el inmediato cumplimiento de dicha resolución adoptado por el Pleno del Tribunal Constitucional el 4 de junio de 2002, es decir, se desecha el informe de inaplicabilidad y el

pedido de inconstitucional como ya manifestó anteriormente, planteado por los doctores Fernando Casares y José García Falconí, resolución de la Comisión de Recursos Humanos del Consejo Nacional de la Judicatura de octubre 15 de 2008, donde resuelve destituir a los doctores Roberto Guevara Elizalde y Fernando Grau Arostegui de los cargos de Ministros Jueces de la Tercera y Primera Sala de lo Penal, Colutorio y de Tránsito de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil; Registro Oficial autenticado No. 298 de 23 de junio 2006, en el que consta la resolución de la Corte Suprema de Justicia aplicable a casos como el presente, en la página 23 en el Art. 2, inciso segundo; escrito en el cual consta el nombre del doctor Alfonso Zambrano Pasquel y Roberto Guevara Elizalde como asociados; escrito firmado por el doctor Alfonso Zambrano Pasquel en el que defiende a José Rigoberto Moncada Arévalo y que interviene como juez el doctor Roberto Guevara; providencia respectiva firmada por los doctores Cristóbal Mantilla Alava y Roberto Guevara Elizalde, dando trámite a dicha solicitud del doctor Alfonso Zambrano Pasquel, insiste el señor Fiscal en que con mucha posterioridad cuando la fiscal había presentado la denuncia recién en marzo del 2008, el doctor Roberto Guevara Elizalde se inhibe del conocimiento y da lectura de la excusa del prenombrado doctor Guevara en su parte pertinente, añadiendo que sin embargo la resolución en la que se puso en libertad a la imputada conociendo este caso tiene fecha 28 de enero del 2008, que dicha excusa fue aceptada con fecha 19 de marzo de 2008, pero que esto obedeció a la denuncia de la fiscal Jácome en contra de dicho magistrado. **5.2.** Para el mismo fin de la exposición de los fundamentos en los que se sustenta la hipótesis de defensa y relato circunstanciado de los hechos con petición y práctica de pruebas para justificar la posición de la defensa de los procesados doctores Robert Tyrone Guevara Elizalde y Fernando Grau Arostegui. El doctor Robert Tyrone Guevara Elizalde, impugna la prueba testimonial y documental que ha presentado el señor Fiscal. También solicita que se judicialice la prueba documental de los siguientes documentos: **a)** Certificación de que no tiene antecedentes penales; **b)** Certificación de que no habían conjueces, hasta el 8 de febrero; dice que no solo para el caso de Lelys Estupiñán se conformó la Sala con los doctores Grau y Mantilla sino también en el juicio 781-2007, en el que estaba a punto de caducar la prisión preventiva dictada en contra de un asesino, que en ese momento no tenían conjueces, por lo que no podía esperarse a que sean nombrados por la Corte Suprema o el Consejo de la Judicatura, razón por la que se integró la Sala con el doctor Cristóbal Mantilla, llamándose a juicio y confirmándose el auto de prisión preventiva en su contra (anexo 4); **c)** Documento que la abogada Rita García agregó como prueba de cargo y que obra a fojas 354, y que se refiere a que en la época en que se había dictado la providencia de 28 de enero supuestamente habían conjueces y que se habían ignorado a los conmueves habilitados para conformar otra Sala en aras de beneficiar a sesenta narcotraficantes, lo cual se contradice con la certificación de la doctora Carmen Monserrate Macías, que no es un documento otorgado por el Consejo de la Judicatura, documento que es prueba de la infracción penal de Rita García que es quien forjó el documento, y ese documento falso hizo que se inicie un proceso administrativo en su contra; **d)** Documento de Antony Petrino en el que no menciona a la señora Lelys Estupiñán

(anexo 5); **e)** Indagación del doctor Cuellar en el que no la indica a Lelys Estupiñán (anexo 6); **f)** Gaceta judicial, serie 8, numeral 4, consta la consulta que hace el doctor Primo Díaz, Presidente de la Corte a la Corte Suprema de ese entonces, en relación a que no tenían conjucees, dando lectura de lo pertinente (anexo 7); **g)** Certificación del doctor Hernán Marín Proaño, Presidente de la Comisión de Recursos Humanos del Consejo de la Judicatura, en el que confirma que no hay conjucees para el periodo pertinente y que los únicos conjucees registrados eran los de otros periodos (anexo 8); **h)** Certificación de la Presidencia de la Tercera Sala y acción de personal que acredita su calidad de Ministro Juez (anexo 9); **i)** Hoja de ruta certificada que demuestran que el doctor Guevara no podía dictar auto de excusa antes de 28 de enero, porque el doctor Zambrano recién aparece como parte procesal en el mes de marzo (anexo 10); **j)** Registros oficiales donde consta el fuero de Corte, de 28 de marzo de 2006 y resolución de 23 de julio de 2006, que cambiaron las reglas del juego de la resolución del Tribunal Constitucional (anexo 11); **k)** Copia de los registros oficiales en los que constan los fallos dictados por la Segunda Sala de lo Penal, que fueron fruto de las resoluciones anteriores, esto es, la no existencia de la consulta (anexo 12); **l)** Copia del registro oficial en el que consta la resolución No. 0021-2009 de 23 de julio de 2009 y el caso Quiport, en los que la Corte Constitucional resolvió que todos los fallos anteriores del Tribunal Constitucional por no estar conforme a la doctrina y filosofía de la Constitución del 2008 no servían para formar precedentes, sino que solo las resoluciones de la actual Corte Constitucional debían tomarse como precedentes; **m)** Oficio No. 0272-PCRH-CNJ-FAR de 8 de mayo de 2008 emanado por la Comisión de Recursos Humanos del Consejo Nacional de la Judicatura, en el cual se mantuvo el principio de independencia de la Función Judicial al manifestar que las denuncias o quejas en actos jurisdiccionales no se admitirán a trámite; **n)** Resoluciones de la Corte Constitucional por la que se decide restituir a los funcionarios judiciales cuando han obrado en ejercicio de sus funciones privativas como magistrados o jueces, y que hacen relación a que el Consejo Nacional de la Judicatura no tiene competencia para presionar o coartar a los Jueces en el ejercicio de la independencia de la Función Judicial; **o)** Copia del Estatuto del Juez Iberoamericano editado por el Consejo Nacional de la Judicatura, porque el Ecuador es suscriptor de un tratado internacional para garantizar la independencia de la Función Judicial; **p)** Registro oficial publicado en febrero de 2005, en el gobierno de Lucio Gutiérrez, que se denomina Convenio de Cooperación de la República del Ecuador y los Estados Unidos de América para controlar la producción y el tráfico de drogas; el mismo que fomenta la presión de la policía sobre los jueces; **q)** Reformas a la Ley Orgánica que establecen las Salas especializadas de la Corte que justifican legalmente el por qué no se llamó a personas de afuera sino a los que la ley orgánica dispone, siendo la filosofía de esa ley que quienes resuelvan sean jueces especializados; **r)** Recortes periodísticos de los casos en los cuales la vida de los imputados se convirtió en una desgracia, pero que posteriormente demandaron a la Convención Interamericana de Derechos Humanos; **s)** Copia del caso Tibbi, donde constan criterios de uno de los magistrados de esta Corte Nacional, doctor Hernán Salgado Pesántez; **t)** Denuncia de la abogada Rita García en el que consta la razón de presentación de fecha 3 de

abril de 2008, posterior a la presentación de su excusa. Concluye manifestando el doctor Roberto Guevara en que de la prueba ha sido presentada y el testimonio de la abogada Myrtha Chang ha sido contundente para desvirtuar la acusación de la fiscalía; continúa y señala que en relación al testimonio de la abogada Rita García se encuadra en el Art. 137 del Código de Procedimiento Penal, por lo que al haber dado respuestas evasivas debió ordenarse su prisión preventiva. **5.3.-** Por su lado, el procesado doctor Fernando Grau Arostegui, adjunta la siguiente prueba: **a)** Documento de fecha febrero 8 de 2008, con el cual los ministros jueces de las tres Salas de lo Penal de la Corte Provincial de Guayaquil, solicitaron al doctor Juan Ramos Mancheno, Delegado Distrital del Consejo de la Judicatura, que acelere la nominación de los conjucees ya que estaban por resolverse sobreseimientos, caducidades de prisión y prescripciones; **b)** Petición de marzo 10 de 2008 a la señora Carmen Monserrate Macías, Analista de la Oficina de Personal, con el fin de que certifique si el documento que adjunta la fiscal Rita García ha sido despachado u otorgado por dicho ente, dando lectura acta seguido a la contestación de la prenombrada señora Macías que señala que: “... *la firma que consta en ese documento es la que utiliza en sus actos públicos y privados pero sin poder precisar si ésta ha sido insertada en dicho documento, ya que jamás este departamento emite una certificación en la forma como consta en el anexo adjunto, en copia simple y acotando que no consta el sello de mi certificación correspondiente...*”; **c)** Petición de 24 de marzo de 2008 hecha a la Secretaria de la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil para que certifiquen quiénes son los conjucees posesionados en la Corte en el periodo 2008, y certificación de la abogada Myrtha Chang de julio 24 de 2008 en que manifiesta y rectifica que los conjucees que posesionaron el 15 de febrero de 2008 son los doctores: Gutemberg Vera, Rafael Torres y Héctor Cabezas, es decir, fueron nombrados el 17 de enero de 2008 pero recién entran en funciones el 15 de febrero y firman el acta de posesión en la Secretaría de la Presidencia el mismo 15 de febrero de 2008; **d)** Certificación de Carmen Monserrate en la cual adjunta el listado de los conjucees nombrados y recién posesionados en febrero 15 de 2008; **e)** Copia certificada de la providencia de la Primera Sala en donde fueron juzgados los imputados en el caso Huracán Azul que en su literal primero dice que no se observa vicio en el proceso por lo que se lo declara válido; **f)** Petición en la cual se solicitó se sienta razón del tiempo que ha transcurrido desde la recepción del proceso hasta el fallo dictado por la Primera Sala y al cual nunca se le dio trámite, pues los petitorios han sido mutilados sin conocer el objeto. El doctor Roberto Guevara interviene acto seguido y manifiesta que solicita la exhibición de un video de respaldo a los magistrados Grau y Guevara para que el señor Fiscal General Subrogante se percate de que no existe alarma social y en el que se puede observar el respaldo y reconocimiento multitudinario de la ciudadanía a los prenombrados y que llenaron las calles de Guayaquil. **SEXTO: ANALISIS DE LA PRUEBA.- 6.1.-** La prueba aportada, al tenor del Art. 85 del Código de Procedimiento Penal, debe establecer tanto la existencia de la infracción, así como la responsabilidad de los procesados. El Art. 252 ibídem prevé que la certeza de la existencia del delito y de la culpabilidad de los procesados se obtendrán de las pruebas de cargo y de descargo que aporten los sujetos

procesales en esta etapa. Sobre los aspectos anotados el Tribunal debe remitirse únicamente a las pruebas actuadas en el juicio y conforme a los principios generales de disposición, concentración e inmediación, como prevé la norma contenida en el Art. 168 de la Constitución de la República. El aspecto material que deviene en el jurídico de la prueba, tiene como punto de partida para establecer el injusto del tipo penal que se acusa, que en el caso es el delito de prevaricato tipificado y sancionado por el Art. 277 del Código Penal. De acuerdo con estos lineamientos fundamentales, analizadas las pruebas producidas, conforme a las reglas de la sana crítica, este Tribunal considera que en el juicio no se comprobó la existencia de la infracción tipificada en el Art. 277 del Código Penal, mismo que señala: *“Son prevaricadores y serán reprimidos con uno a cinco años de prisión: 1. Los jueces de derecho o árbitros juris que, por interés personal, por afecto o desafecto a alguna persona o corporación o en perjuicio de la causa pública, o de un particular, fallen contra ley expresa, o procedieren penal mente contra alguno, conociendo que no lo merecen. 2. Los jueces o árbitros que dieren consejo a una de las partes que litigan ante ellos, con perjuicio de la parte contraria. 3.- Los jueces o árbitros que en la sustanciación de las causas procedieren maliciosamente contra leyes expresas; haciendo lo que prohíben o dejando de hacer lo que mandan. 4.- Los empleados públicos de cualquier clase que, ejerciendo alguna autoridad judicial, gubernativa o administrativa, por interés personal, afecto o desafecto a alguna persona o corporación, nieguen, rehúsen o retarden la administración de justicia, o la protección u otro remedio que legalmente se les pida o que la causa pública exija, siempre que estén obligados a ello, o que, requeridos o advertidos en forma legal, por alguna autoridad legítima o legítimo interesado, rehúsen o retarden prestar la cooperación o auxilio que dependan de sus facultades, para la administración de justicia, o cualquier necesidad del servicio público. 5.- Los demás empleados, oficiales y curiales que, por cualquiera de las causas mencionadas en el numeral primero, abusen dolosamente de sus funciones, perjudicando a la causa pública o a alguna persona; y, 6.- Los jueces o árbitros que conocieren en causas en las que patrocinaron a una de las partes como abogados o procuradores”*. 6.2.- De La norma transcrita se infiere que ninguna de las hipótesis descritas en el tipo penal señalado se adecuan a la conducta atribuida a los procesados. Sobre el caso existen abundantes fallos de la Corte Suprema de Justicia, como el que aparece en el tomo LVI del repertorio de Jurisprudencia del Dr. Juan Larrea Holguin, página 168, que dice: *“Este Tribunal por no encontrar configurado el delito de prevaricato por falta de aquel elemento esencial que es el desafecto, para considerar probado el elemento material de la existencia del delito de prevaricato, lo desecha”*; sentencia que consta en el Registro Oficial 132 de fecha 24 de julio del 2003, página 20, que señala: *“Dos son los elementos inequívocos, que deben encontrarse en el hecho imputado, para que exista el delito de prevaricato: FALLAR CONTRA LEY EXPRESA Y QUE LA RESOLUCION SE DICTE POR INTERESES PERSONALES, DE AFECTO O DESAFECTO A ALGUNA PERSONA O CORPORACIÓN, no basta que el juez dicte una providencia errónea, aunque lo haga por uno de los motivos a que se refiere la parte del inciso. No hay*

prueba de la Corte Superior de Riobamba, al aplicar la ley, en el sentido indicado, haya procedido por interés personal, por afecto o desafecto, o por simple anhelo de causar perjuicio a la causa pública, o a un particular. En consecuencia, falta ese elemento sin el cual no puede hablarse de la existencia de la prevaricación”; fallo de la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia, publicado en el Registro Oficial No. 202 de fecha 30 de octubre del 2003, que dice: *“El prevaricato tiene como elementos constitutivos; primero, que quien o quienes ejerzan jurisdicción dicten una resolución, contra ley expresa; y, segundo, que lo hagan con malicia, es decir con dolo. El prevaricato no solamente consiste en que el juez dicte una resolución contraria a la ley o que aplique equivocadamente el derecho, porque de ser así, toda sentencia o auto podría dar lugar a un proceso de prevaricato por parte de quien se considera afectado. Es necesario que además la actuación del juez sea dolosa, entendiendo aquello como el ánimo de causar daño, lo que no se ha probado en la presente causa”*. 6.3.- De igual manera, en uno u otro caso, el elemento fundamental del delito de prevaricato, es que en la conducta del juez o árbitro se haya probado “el dolo” en sus actuaciones. Asimismo que hayan procedido contra leyes expresas, siendo que, conforme el análisis anterior, en materia de derechos y garantías constitucionales, debe aplicarse la norma suprema que dice: *“ Art. 11.- El ejercicio, de los derechos se regirá por los siguientes principios:...*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. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento...5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia...*El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso”*. En la especie, la fiscalía no ha logrado demostrar la comisión del delito de prevaricato, pues así lo refiere la documentación que obra del proceso y de los propios testimonios aportados por la Fiscalía General del Estado. 6.4.- En efecto, ha quedado demostrado que el 28 de enero del 2008, fecha en que los ahora procesados, en el ejercicio como Ministros Jueces de la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, hoy Corte Provincial, revocaron la orden de prisión preventiva en contra de Lelys Estupiñán Estupiñán, dentro del juicio penal N° 863-B-2007, que por drogas se sustanciaba en dicha judicatura, no existían Conjueces Permanentes nombrados por la Corte del respectivo Distrito, lo que ha sido corroborado tanto de la documentación aportada por los encausados, así como por el testimonio de la Dra. Myrtha Chang Chang, Secretaria de la Corte Provincial de Justicia de Guayaquil, quien al rendir su testimonio y ante las preguntas de los

procesados, ha manifestado: *“no había Conjuces en enero del 2008”;... Los doctores Gutemberg Vera, Rafael Torres y Héctor Cabezas, se posesionaron el día 15 de febrero del 2008*”. De otra parte, el documento que en su momento anexara la Dra. Rita García Jácome, Fiscal Antinarcóticos del Guayas, a su denuncia y que ha servido de sustento a la acusación fiscal de prevaricato, además de contener datos inexactos, es de dudosa procedencia, cuando la misma abogada Carmen Monserrate Macías, Analista de Personal del Consejo de la Judicatura del Guayas, al contestar sobre la autenticidad de dicho documento, expresa: *“que la firma que consta en ese documento es la que utiliza en sus actos públicos y privados, pero sin poder precisar si ésta ha sido insertada en dicho documento, ya que jamás este departamento emite una certificación en la forma como consta en el anexo adjunto, en copia simple o acotando que no consta el sello de mi certificación correspondiente*”. La declaración rendida ante este Tribunal por abogada RITA CATALINA GARCÍA AVALOS, testigo principal de la Fiscalía General del Estado, ha sido del todo evasiva, al dar respuestas, en su gran mayoría, con la simple frase *“no recuerdo”*, evadiendo deliberadamente las preguntas formuladas por los procesados, e impidiendo el descubrimiento de la verdad, por lo que su aporte a favor de las acusaciones que hace la fiscalía, en vez de sustentarlas, ha sido totalmente inoficioso y no presta mérito de cargo alguno.

6.5.- Otra de las acusaciones que hace la fiscalía, es de que la providencia de 28 de enero del 2008 en que se revoca la orden de prisión preventiva en contra de LELYS ESTUPIÑÁN ESTUPIÑÁN, para que surta efecto, debía ser consultada al Superior, tal como dispone el artículo 122 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas, esto es, para que la referida procesada salga en libertad. Al respecto, debemos anotar que; ni en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas ni en el Código de Procedimiento Penal, en los casos de fuero (como es el caso), se ha establecido la consulta, tanto es así que, sobre este particular existen varios fallos y pronunciamientos de la Corte Suprema, así como de la Corte Nacional de Justicia, encontrándose, entre otras, las siguientes resoluciones: **a)** fallo de la Segunda Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial N° 108 del 20 de junio del 2003, págs. 13 y 14: *“no puede aplicarse la Consulta, ni aún a título de ley especial, como es la Ley de Drogas, si se tiene en cuenta que es ley de mayor jerarquía el Código de Procedimiento Penal, por ser Ley Orgánica como lo dispone el Art. 142 número 3ro. de la Constitución Política. Atenta a estas razones, la Sala declara que no se debió elevarse en consulta la sentencia dictada por el Tribunal Penal, en el caso que se juzga, desestimando el criterio del Ministerio Público al respecto...”*; **b)** fallo de la Segunda Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial N° 107 de 19 de junio del 2003, págs. 14 y 15: *“Es primordial que la Sala se pronuncie primeramente sobre la obligatoriedad de la Consulta dispuesta en el artículo 122 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, antes de pronunciarse sobre el recurso interpuesto por el procesado, para cuyo efecto hace las siguientes reflexiones:No habiéndose contemplado la consulta en el Código de Procedimiento Penal del 2000,.....no puede considerarse vigente para los juicios penales incoados antes del 13 de julio del 2001, fecha en*

que entró a plenitud el Código de Procedimiento Penal de 2000, de manera que no procede la consulta en la presente causa iniciada el 7 de febrero del 2001; en consecuencia la Sala declara que no debió elevarse en consulta la sentencia dictada por el Tribunal Segundo de Pichincha, en la presente causa penal”, c) esta Sala, ha compartido los criterios antes expuestos, en el sentido de que, la consulta deviene en improcedente, dentro de los procesos penales, en los casos de fuero. En efecto, en providencia de 16 de septiembre del 2009, dictada a las 10h00 dentro del juicio penal por drogas N° 817-2009, esta Sala expresa: *“3) La consulta es una institución jurídica que permite que un juez superior revise el proceso y la sentencia dictada, de tal manera, que ésta puede ser confirmada, revocada o reformada. En el Código de Procedimiento Penal vigente, la consulta fue eliminada a partir de su vigencia. 4) El Capítulo III, del Título V del Libro Cuarto del Código de Procedimiento Penal, aplicable a este juzgamiento, determina el procedimiento especial que debe observarse en aquellos juicios donde se encuentran procesados penalmente funcionarios que gozan de fuero de Corte, estableciendo el artículo 380 el recurso de apelación del auto de sobreseimiento y del auto de llamamiento a juicio; los recursos de casación y de revisión de la sentencia ante la Corte Superior o Corte Suprema; no observándose ninguna otra disposición en este Capítulo, que faculte a un Tribunal Superior revisar la sentencia dictada; 5) Siendo el Código de Procedimiento Penal quien determina el trámite que debe seguirse en la ritualidad de los procesos y estando los delitos contemplados en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, sujetos al Código de Procedimiento Penal, deben estarse a las normas del procedimiento contempladas en él y de manera fundamental en la Carta Magna que determina el principio de igualdad ante la ley. Por lo expuesto esta Sala carece de competencia para conocer y resolver la consulta dispuesta en sentencia por la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil”*; d) el doctor Jorge Zavala Baquerizo en su Obra Comentarios al Código de Procedimiento Penal, Cuarta Edición, con respecto a la institución de la Consulta, expresa: *“Al concluir el estudio de la Consulta queremos insistir en que para nosotros la consulta actualmente no tiene razón de ser. Instituidos los recursos de apelación, de nulidad, de casación y de revisión, la consulta resulta una institución procesal obsoleta que ninguna función especial e importante desempeña en el procedimiento Penal”*. Esta Sala agrega que, vía consulta, las Salas Penales de Cortes Provinciales, en muchos casos, actuando contrario a la Ley y a la Constitución, han aumentado la pena, sin que exista impugnación alguna de la sentencia expedida por los Tribunales Penales, violando el principio universal del *“Reformatio in Pejus”*, evidenciándose los prejuicios que la Ley de Drogas ha causado en la decisión de algunos jueces, quienes sugestionados en su aplicación, en vez de cumplir con su obligación garantista de los derechos de los sujetos procesales, han claudicado en su aplicación.

6.6.- La providencia de fecha 28 de enero del 2008, dictada a las 16h00 y que dio origen a la denuncia, base de esta acusación de prevaricato, en su parte principal, expresa que: *“Por lo tanto, no estando regulada en el CPP ni en la Reformas del 2006 dentro del juzgamiento en caso de fuero de corte, la consulta previa en materia de drogas es impertinente hacerla no estando*

regulado, para este procedimiento especial, el destinatario de la consulta”. Como se puede apreciar, esta providencia, en esencia, comparte los mismos criterios que en su momento han expuesto en sus fallos las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia y Corte Nacional, razón por la cual, no cabe, de manera alguna acreditar un juicio de reproche en contra de los acusados, pues hacerlo sería poner en riesgo la seguridad y la autonomía de los jueces que, por una providencia, aun en el evento de que fuere equivocada, estarían a merced de un juicio de prevaricato. Para que a un juez o árbitro se pueda acreditar una conducta que encaje en los presupuestos del artículo 277 del Código Penal, no basta que en sus providencias o dictámenes pueda establecerse una equívoca interpretación de la ley, o un lapsus cálimi, o un yerro conceptual, sino que además, deberá probarse que en su decisión existió dolo y que los efectos de tal decisión dolosa esté dirigida a perjudicar o favorecer a un tercero, por interés personal. En el presente caso, la acusación fiscal no ha demostrado ninguno de aquellos elementos, ni objetivos ni subjetivos, en la conducta de los procesados doctores Roberto Guevara Elizalde, ni de Fernando Grau Arostegui. **6.7.-** Tampoco puede pasar inadvertido para esta Sala que, una vez revocada una orden de prisión preventiva, ésta debe ejecutarse aún a merced de cualquier recuso, como así lo establece el artículo 24, numeral 8, inciso segundo de la Constitución Política de la República de 1998 y corroborado en el artículo 77, numeral 10 de la Constitución de la República del 2008, pues si bien se refiere para los casos de sobreseimiento o sentencia absolutoria, mucho más aun, es procedente para una revocatoria de prisión preventiva. De otra parte, el artículo 172 del Código de Procedimiento Penal, dice expresamente que: *“El imputado, el fiscal, pueden apelar la orden de prisión preventiva impuesta o negada por el juez, ante el superior de quien dicte la medida”*, sin que conste del proceso que la fiscalía haya utilizado este recurso legal. Resulta del todo reprochable que, la Fiscal interviniente en el juicio de drogas, en vez de ejercer el recuso de apelación, haya utilizado el atajo de la denuncia penal en contra de los jueces que revocaron una orden de prisión preventiva, denuncia que, como no puede ser de otra manera es presentada ante la misma fiscalía, convirtiéndolos en “jueces” y “decidores” del enjuiciamiento, al ostentar la calidad de titulares de la acción penal, lo que deviene en una actitud intimidatoria en contra de los administradores de justicia. **6.8.-** Al procesado Robert Guevara Elizalde se le acusa adicionalmente de no haberse excusado oportunamente en el conocimiento del juicio de drogas 863-B-07, ya que en él estaba actuando como defensor de JOSE MONACADA ARÉVALO, su compañero de oficina Dr. Alfonso Zambrano Pasquel. Al respecto la Sala ha podido establecer que, la intervención del referido profesional en defensa de Moncada Arévalo, recién se oficializa mediante escrito de fecha 6 de marzo del 2008, esto es con posterioridad a la providencia de fecha 28 de enero del 2008, motivo de este enjuiciamiento. Así mismo consta que, el doctor Robert Guevara Elizalde, en un acto de extrema delicadeza, en su calidad de Ministro de la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Guayaquil, se inhibió de seguir conociendo el proceso penal de drogas 863-B-07 en fecha 18 de marzo del 2008, fecha en que llegó a conocer de que su colega Dr. Zambrano Pasquel estaba interviniendo en dicho juicio. En el artículo 856 del

Código de Procedimiento Civil, entre las causas de excusa o recusación, no consta como causal el hecho de que el juez sea o haya sido compañero de oficina de otro profesional del derecho que; en su libre ejercicio, pudiera intervenir como defensor en cualesquier juicio y de cualquier procesado, razones por las que, esta imputación no tiene ningún fundamento legal. **6.9.-** Hay que dejar constancia que, como consecuencia de la denuncia que originó este enjuiciamiento penal, el Consejo de la Judicatura destituyó de sus cargos a los doctores Robert Guevara Elizalde y Fernando Grau Arostegui, siendo que, como hecho sobreviniente, el Consejo Nacional de Judicatura, mediante Resolución de fecha 25 de noviembre del 2010, dictada a las 11h40, resuelve: *“Aceptar los recursos de apelación interpuesto por los doctores Robert Guevara Elizalde y Fernando Grau Arostegui y consiguientemente revocar la resolución dictada por la Comisión de Recursos Humanos del Consejo de la Judicatura, el 15 de octubre del 2008, mediante la cual destituye de los cargos de Ministros Jueces de la Tercera y Primera Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, ; y en su lugar, se ratifica la inocencia de los servidores judiciales, disponiendo su reintegro inmediato a los cargos de Jueces Provinciales de la Primera y Tercera Sala de lo Penal....”*; decisión que demuestra la ligereza y el abuso de facultades que, en este caso, ha demostrado la Fiscalía, al ser al mismo tiempo, denunciante, titular de la acción penal y dictaminador y que, en este caso, es mucho más grave, por haberse utilizado todas estas calidades en contra de dos jueces, en un evidente acto de intimidación y de injerencia en la administración de justicia. **SEPTIMO: RESOLUCION.-** Este Tribunal considera, que del análisis de la prueba actuada en el juicio no hay certeza, ni se ha justificado la existencia jurídica del prevaricato, por lo tanto no existe evidencia ni datos de los que se desprenda responsabilidad penal de los procesados. Es necesario insistir -en primer lugar que de acuerdo con el tipo penal previsto en la norma señalada, el verbo rector o núcleo fundamental del prevaricato, es **FALLAR CONTRA LEY EXPRESA Y QUE LA RESOLUCION SE DICTE POR INTERESES PERSONALES, DE AFECTO O DESAFECTO A ALGUNA PERSONA O CORPORACIÓN, REHÚSEN O RETARDEN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.** Por consiguiente, el prevaricato es una figura típica dolosa, que exige el abuso del poder como lo determina el tipo penal y que constituye el bien jurídico protegido en la figura del prevaricato. En el presente caso, a quienes se les atribuye el juicio de reproche (procesados) ni realizaron acto injusto alguno, ni lo hicieron por interés personal; según lo señala Francisco Muñoz Conde, en su obra *“Teoría General del Delito”*, página 182, *“dolo es la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo del delito.* Los acusados, en su calidad de jueces y a fin de hacer prevalecer el debido proceso, la tutela judicial efectiva, el derecho a la legítima defensa, el principio de la debida diligencia obraron conforme la norma constitucional del artículo 169 de la Constitución de la República, que dice: *“El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia,, inmediación, celeridad y economía procesal y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión*

de formalidades". Hay que tomar en cuenta que, el 28 de enero del 2008 no había Conjueces Permanentes en la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, al haber fenecido el plazo para el cual fueron electos los predecesores, evidenciándose un verdadero estado de necesidad por el estado de ciertas causas que iban a prescribir, así como el de atender varias peticiones de los procesados relacionada con su libertad, razón por la cual, no solamente en el juicio penal N° 863-B-2007, sino en otros, hubo la imperiosa necesidad de nombrar a jueces de otras salas para completar en las que faltaban jueces, como en efecto se procedió. Tanto es así que, al momento de confirmar al auto de llamamiento a juicio, los Ministros de la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Guayaquil, en la providencia de 18 de julio del 2008, a las 10h33, expresan: **"No se observa vicio que pueda acarrear la nulidad del proceso, por lo que se lo considera válido"**, circunstancia ésta que corrobora que la actuación de los procesados estuvo enmarcada en la ley. De otra parte, el Art. 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, dice: **"PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido...Art. 5.- PRINCIPIO DE APLICABILIDAD DIRECTA E INMEDIATA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativa y las servidoras y servidores de la Función Judicial, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estas últimas sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente..."**. En definitiva, la conducta de los procesados no es antijurídica porque no lesiona ningún bien jurídico tutelado por el derecho penal, ni típica porque no corresponde a los elementos de prevaricato, por LO que este Tribunal no puede adjudicarles un juicio jurídico de reproche. En definitiva al no encontrarse en parte alguna reunidos los presupuestos de la conducta típica, antijurídica y culpable, esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y DEMAS LEYES DE LA REPUBLICA**, ratificando el estado de inocencia se **ABSUELVE** a los doctores Robert Tyrone Guevara Elizalde y Fernando Grau Arostegui, disponiendo en consecuencia la cancelación de todas las medidas cautelares que hubieren dictado en su contra. Se deja en libertad a los absueltos para que ejerzan todas las acciones legales de las cuales se creyeran asistidos, al habérseles imputado un delito del cual han sido declarados inocentes. Notifíquese.

f.) Dr. Hernán Ulloa Parada, Dr. Milton Peñarreta Álvarez, JUECES NACIONALES, Dr. Gerardo Morales Suárez, CONJUEZ PERMANENTE. CERTIFICO. f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, SECRETARIO RELATOR.

Certifico que las diecinueve (19) copias que anteceden son iguales a su original. Quito, 11 de enero del 2011.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

VOTO SALVADO DEL DR. GERARDO MORALES SUAREZ. CORTE NACIONAL DE JUSTICIA - PRIMERA SALA PENAL. Quito, 7 de diciembre del 2010; a las 15H30.

VISTOS: En el juicio incoado por EL ESTADO en contra de los doctores ROBERT TYRONE GUEVARA ELIZALDE Y OTRO, no forme parte del tribunal que sustanció la audiencia oral de juzgamiento, y por lo mismo no pudo formular pronunciamiento alguno, salvo mi voto. Notifíquese.

f.) Dr. Hernán Ulloa Parada, Dr. Milton Peñarreta Álvarez, JUECES NACIONALES, Dr. Gerardo Morales Suárez, CONJUEZ PERMANENTE. CERTIFICO. f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, SECRETARIO RELATOR.

Certifico que la copia que antecede es igual a su original. Quito, 11 de enero del 2011.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

No. 127-2010

PONENTE: DR. LUIS MOYANO ALARCÓN
(ART 185 DE LA
CONSTITUCIÓN DE LA
REPUBLICA DEL ECUADOR

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA – PRIMERA SALA DE LO PENAL.- Quito, 9 de agosto de 2010; a las 15h30.

VISTOS: La acusadora particular Patricia Elizabeth Valle Moreno, interpone recurso de casación contra la sentencia pronunciada el 5 de febrero de 2010, por la Unica Sala de la Corte Provincial de Justicia de Orellana, que confirma la sentencia absolutoria dictada el 30 de diciembre de 2009 por el Juez de Garantías Penales de Tránsito de Orellana. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.-** En virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1 de la Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el R.O. No. 449 de 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; la Resolución Sustitutiva dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia el 22 de diciembre del 2008 y publicada en el Registro R. O. No. 511 de 21 de enero de 2009; y, el sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de jueces nacionales, avocamos conocimiento de la presente causa. **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Revisado el procedimiento de

la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad; por lo que este Tribunal de Casación declara la validez de la presente causa penal: **TERCERO FUNDAMENTACION DEL RECURSO.- A)** En la audiencia oral pública y contradictoria llevada a efecto el día martes 29 de junio de 2010, a las 10H30, la acusadora particular, Patricia Elizabeth Valle Moreno, a través de su abogado defensor doctor Cristóbal Valle, fundamentó su recurso en los siguientes términos: "...que el día 26 de abril de 2009 en circunstancias en que la abuela de la acusadora particular se encontraba con su nieto en la ciudad del Coca, aquel es atropellado por una camioneta doble cabina cuyo conductor al darse cuenta que el niño quedó herido en la calzada huyó, dejando el vehículo abandonado más adelante ... que en el vehículo se encontraron documentos personales del conductor como la matrícula y Soat, y que cuando se llevó a efecto la audiencia de formulación de cargos, no se solicitó la prisión preventiva sino más bien una medida alternativa debido a que el Fiscal emite su dictamen manifestando que reconoce atenuantes a favor del hoy procesado, refiriéndose a que ha cancelado rubros por gastos médicos en los que el menor atropellado ha incurrido ... que se produjo una situación anómala en vista de que el juez jamás llamó a audiencia para que se sustente el dictamen fiscal, circunstancia que da lugar a una nulidad procesal a partir de ese momento ... que en cuanto a los errores de derecho, los jueces de instancia han violado lo dispuesto en el Art.309 numeral 1 del Código de Procedimiento Penal que se refiere a que debe ponerse la fecha en la que se ha expedido la resolución, pues como se puede apreciar en el proceso la fecha de la sentencia de la Corte Provincial de Justicia consta con 5 de enero de 2010 cuando en realidad se emitió en el mes de febrero de ese año así mismo indica que hubo violación de la disposición contenida en el Art. 309 numeral 2 ibídem que se refiere a la enunciación de las pruebas practicadas y la realización precisa y circunstancial del hecho punible de los actos del acusado que el tribunal estime probados, diciendo que en este caso el señor juez manifestó que el procesado asumió su responsabilidad y canceló los rubros por los cuales el menor se ha ido recuperando de sus dolencias como consecuencia del accidente de tránsito, lo cual está alejado de la verdad, pues en la audiencia de juzgamiento se probó que el acusado ha presentado recibos por gastos que no superan los 200 dólares (fs. 77-78); que el juez consideró como atenuante que el conductor haya tratado de reparar los datos causados, pero de conformidad al Art. 120 literal b) de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, dicha reparación a la que se hace alusión debía hacerse de manera oportuna y espontánea... que el juez dice en su resolución que la acusadora particular fundó su acusación en hechos irreales dando crédito a la denuncia cuando ésta es un antecedente para el juicio y en ese momento la prenombrada acusadora particular no conocía los hechos a ciencia cierta; agrega que el juez violó la ley plasmado en su sentencia y tomando como prueba la declaración de la señora Castillo Celi Mercedes Yadira quien dijo que a nombre del señor Miguel Angel Guamán Guambo pidió cubrir todos los gastos que haya generado la enfermedad del menor, pero esta señora rindió una simple versión a través de un deprecatorio en Quito y jamás compareció a rendir su testimonio en la audiencia de juzgamiento, lo cual se constituye en un error in iudicando... que el juez en la reconstrucción del lugar de los hechos, manifestó que el

menor ha cruzado la vía y ha sido impactado de manera frontal por el vehículo que conducía el procesado, lo que carece de eficacia probatoria ya que en esa vía al ser perimetral no existía un paso cebra ni un semáforo y de conformidad con el Reglamento General de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre y Seguridad vial dice que los conductores ante la presencia de peatones sobre las vías disminuirán la velocidad y de ser necesario detendrán la marcha y tomarán cualquier otra precaución, y sin embargo para absolver al procesado en señor juez se basó en la mencionada reconstrucción del lugar de los hechos ... que en la resolución emitida se violó el Art. 85 del Código de Procedimiento Penal en virtud de que jamás el señor juez tomó en cuenta la prueba que la defensa introdujo en la audiencia de juzgamiento, negándose incluso a tomar la declaración de la acusadora particular que identificó plenamente al acusado y señaló que manejaba a alta velocidad; que se violó además el Art. 87 del Código de Procedimiento Penal que se refiere a que las presunciones que se tomarán en cuenta por parte de los jueces en el proceso, mismas que estarán basadas en indicios probados, precisos y concordantes; así mismo dice que se violó la disposición contenida en el Art. 250 ibídem respecto a que en la etapa de juicio se practicarán los actos procesales necesarios para comprobar la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado y que en el caso, como ya se mencionó, el señor juez negó la comparecencia de la testigo fundamental que reconoció al autor de la infracción; afirmar además que se violaron los Arts. 252 y 304 literal a) del mismo cuerpo de leyes y que tienen que ver con la motivación de la sentencia solicitada en aplicación del Art. 309 literal c), la nulidad procesal a partir de la formulación del dictamen fiscal por habersele dejado en la indefensión y no permitirse que el fiscal sustente sus actuaciones, actuaciones que además fueron parcializadas, agregando que de no concederse dicha nulidad, se case la sentencia a favor de la acusadora particular, enmendándose la violación de la ley, por falsa aplicación y errónea interpretación en que se ha incurrido.”; **B)** Por su parte, la representante del Fiscal General del Estado, doctora María Rosa Cerón, hizo las siguientes puntualizaciones: "... que el recurso de casación no es para analizar nueva prueba, sin embargo el acusador se ha referido a la parte que le conviene, esto es, que el supuesto responsable del accidente era el acusado Guamán, y no se refirió al aspecto principal de los delitos de tránsito: la pericia de la policía para determinar la causa basal del accidente, coincidiendo en el presente caso los peritos que practicaron las experticias que quien propicio el accidente fue el peatón ... que generalmente los abuelos son de la tercera edad, y en el presente caso la abuela se encontraba irresponsablemente con dos niños en un bus y que al bajarse y cruzar la calle, el niño se suelta de su mano y cruza pensando que no hay nadie al otro lado; que en el caso en cuestión una y otra vez los peritos de tránsito han manifestando bajo juramento que el responsable del accidente ha sido el menor de edad ... que injustamente el fiscal de tránsito a cargo acusó diciendo que había una muerte, lo cual no ha ocurrido, pues el menor se ha recuperado; que se quiso entregar a la acusadora particular, sin aceptar la culpa, la cantidad de dos mil dólares, pero ésta había solicitado veinte mil dólares, ante lo cual el juez incluso había increpado que no se haga negocio con la situación del menor; que el dueño del vehículo había manifestado que iba a cubrir los gastos médicos y algo más

de dinero, pero que los acusadores no quisieron arreglar ... que el recurso de casación procede cuando se ha violado la ley en la sentencia y que el abogado acusador jamás probó las ilegalidades en la sentencia; no probó la indebida aplicación o la errónea aplicación de la ley, siendo sus alegaciones solo eso, alegaciones, por lo que al no haberse probado sus acertos, la Fiscalía solicita que sea rechazado el recurso de casación interpuesto por la acusadora particular.”. **CUARTO; ANALISIS DE LA SALA.-** 1. La casación penal es un medio extraordinario de impugnación, de efecto suspensivo, contra sentencias en las que se hubiere violado la ley, ya por contravenir expresamente su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella, ya en fin, por haberla interpretado erróneamente o como señala Fabio Calderón Botero en su obra “Casación y Revisión en Materia Penal” que el recurso de casación “es un juicio técnico jurídico, de puro derecho sobre la legalidad de la sentencia (errores in iudicando) o sobre el proceso en su totalidad o en diversos sectores del mismo (errores in procedendo); de ahí que la casación, como un juicio sobre la sentencia que es, no puede entenderse como una instancia adicional, ni como potestad ilimitada para revisar el proceso en su totalidad, en sus diversos aspectos fácticos y normativos, sino como una fase extraordinaria, limitada y excepcional del mismo”; 2. Por esta conceptualización doctrinal del recurso de casación, esta Sala está impedida de realizar una nueva valoración del acervo probatorio, así como tampoco de los argumentos fácticos y procesales que han servido para que el juzgador, haciendo uso de su independencia y de la sana crítica, haya arribado a los conclusiones jurídicas por medio de las cuales confirmó la sentencia absolutoria venida en grado; 4. Sin embargo de lo expresado, la Sala si está en capacidad de analizar las impugnaciones que ha realizado la recurrente Patricia Elizabeth Valle Moreno, quien manifestó principalmente que la Unica Sala de la Corte Provincial de Justicia de Orellana, al dictar sentencia violó los Arts. 85, 250, 252 y 304-A del Código de Procedimiento Penal; 5. Al respecto, cabe anotar que la motivación de la sentencia para ser correcta, debe referirse al **hecho** y al **derecho**, valorando las pruebas y suministrando las condiciones a que arribe al tribunal sobre su examen, respecto de la función del hecho comprobado en un precepto penal, y de las consecuencias jurídicas que de su aplicación se derivan. El Juez debe consignar las razones que lo llevan a tener por acreditados o no, e históricamente ciertos o falsos los hechos que constituyen los elementos materiales del delito, enunciando las pruebas de que se sirven en cada caso y expresando la **valoración** que haga de ellas; es decir, la apreciación que lo conducen relativamente al supuesto investigado, a una conclusión afirmativa o negativa, La falta de motivación en **derecho** puede consistir en la **no descripción del hecho** que debe servir de sustento a la calificación, es decir, cuando se aplica una norma jurídica diferente a la que corresponde en un proceso de correcta adecuación típica, Para ser motivada en los hechos, la sentencia debe suministrar las pruebas en que se fundan las conclusiones fácticas, esto es demostrarlos. Para que sea fundada en derecho, la sentencia debe explicar los hechos objetos de la adecuación típica, esto es, describirlos. Otra exigencia para que la motivación sea legítima es que debe basarse en prueba válidamente introducida en el juicio, esta es una consecuencia del principio de verdad real y el de inmediación que es su derivado, el cual supone la oralidad,

publicidad y contradicción. Si es controlable en casación el grado de convencimiento que expresa el Juez. La sentencia debe basarse en la certeza, es decir, en la convicción razonada y positiva de que los hechos existieron y ocurrieron de cierta manera, lo que evidentemente sucede en el fallo impugnado. Si bien la estimación valorativa de las pruebas y las conclusiones fácticas de la sentencia son inatacables en casación. Esta si controla el proceso lógico seguido por el juez en su razonamiento El tribunal de casación realiza bajo este aspecto un examen sobre la aplicación del sistema probatorio establecido por la ley, a fin de custodiarla aplicación de las reglas de la sana crítica en la motivación de la sentencia, verificando si en su fundamentación se han observado las reglas de la lógica, del razonamiento y de la experiencia o conocimiento. La garantía de motivación consiste, que mientras por un lado se deja al juez libertad de apreciación, queda en cambio obligado a correlacionar lógicamente los argumentos evitando de esta forma la arbitrariedad; 6. En el considerando Séptimo de la sentencia recurrida, la Unica Sala de la Corte Provincial de Justicia de Orellana al dictar sentencia determinó en base de los análisis periciales que la causa basal del accidente es que el menor expone su seguridad al cruzar intempestivamente la calzada por un lugar no determinado para el efecto, circunstancia ésta permitió confirmar la inocencia del procesado, por lo que esta Sala considera que la Corte de origen ha procedido de acuerdo con los artículos 85, 250 y 304-A del Código de Procedimiento Penal, haciendo un análisis valorativa y ponderado de la prueba, aplicando los principios de la sana crítica y haciendo una apreciación objetiva de la sentencia, por lo que se puede colegir que no ha violado la ley en la sentencia, y la prueba ha sido aportada cumpliendo los principios propios del modelo acusatorio, en el que las partes han ejercido el principio de contradicción, aplicando correctamente las normas constitucionales sustantivas y adjetivas para absolver a Miguel Angel Guamán Guambo. **SEXTO: RESOLUCION.-** Por las consideraciones anotadas surge de manera incuestionable que la Unica Sala de la Corte Provincial de Justicia de Orellana no ha violado la ley en el fallo expedido. Por lo que, esta Primera Sala de lo Penal, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA**, al tenor de lo que dispone el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal y coincidiendo con el dictamen fiscal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por Patricia Elizabeth Valle Moreno, y ordena se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen para los fines de ley, Notifíquese y publíquese.-

F) Dr. Hernán Ulloa Parada Dr. Luis Moyano Alarcón, Dr. Milton Peñarreta Álvarez JUECES NACIONALES
Certifico f) Dr. Hermes Sarango Aguirre SECRETARIO RELATOR

Certifico que las cinco (5) fotocopias que antecede son iguales a su original. Quito 11 de enero del 2011.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

No. 240-2010

PONENTE: DR. LUIS MOYANO ALARCON
(Art. 185 de la Constitución de la República).

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL.-

Quito, 3 de agosto del 2010; a las 10H30.

VISTOS: La Sala de lo Penal y de Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, mediante sentencia dictada el 6 de octubre del 2009, a las 09H30, confirma la sentencia absolutoria dictada por el Juzgado Quinto de lo Penal de la misma jurisdicción a favor de los doctores Jenner Franco Mora y Manuel García Suquilanda, con la reforma en el sentido de que se declara de temeraria la acusación particular presentada por el Cap. (SP) Milton Romero Ordóñez Rubio. De la sentencia de la referencia, interponen recurso de casación el querellado Jenner Franco Mora y, el querellante Cap. (SP) Milton Romeo Ordóñez Rubio. Siendo el estado procesal el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.-** En virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1 y la Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador publicada en el R.O. No. 449 de 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; Resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre del 2008; y, el sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de jueces nacionales de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento de la presente causa. **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Examinado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad, por lo que este Tribunal de alzada declara la validez de esta causa penal.- **TERCERO: FUNDAMENTACION DE LOS RECURSOS.- A) El Cap. (SP) Milton Romeo Ordóñez Rubio,** fundamenta su recurso de casación, señalando que se han violado los Arts. 489 y 491 del Código Penal vigente. Argumenta además que con las pruebas que constan en el proceso y que el inferior no las analizó se da a entender que no fue afectado por la nota periodística, cuando en realidad el Diario "El Nacional" edita más de 9000 ejemplares diarios, llegándose a la apreciación de que 9000 personas leyeron este artículo denominado "Balcón Político"; que en una parte de la resolución se refiere al concepto de "Injuria Calumniosa y la Sala mismo evalúa la tipicidad, pero se contradice al no aplicarla en contra de los responsables... además en la parte ex positiva también hace referencia a las pruebas introducidas por las partes entre ellas la diligencia de Exhibición Previa, el recorte periodístico original, los exámenes de Auditoría de los que se desprende que nunca fui observado por este ente de Control, de Fiscalización y de determinación de responsabilidades y en especial del examen de enriquecimiento ilícito que también fui objeto de investigación (sic)...". Concluye solicitando se case la sentencia, revoquen la subida en grado y se condene a los querellados al cumplimiento de la pena establecida en los artículos del Código Penal ya señalados. **B) Por su parte,**

el doctor Jenner Franco Mora en su escrito de fundamentación del recurso de casación, señala: que en la sentencia que impugna no se cumplió con el requisito de motivación contemplado en el literal 1) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República; que tampoco se cumplió lo dispuesto en los incisos 2º y 3º del artículo 12 y 130 numeral 4, del Código Orgánico de la Función Judicial, y con el Art. 413 del Código de Procedimiento Penal vigente disposiciones legales que no fueron observadas ni aplicadas por la Sala de Apelación, a pesar de la obligación que tenía de hacerlo. Finalmente solicita se acepte el recurso de casación interpuesto por él y se declare a la acusación de maliciosa y se condene al querellante al pago de costas procesales, como lo exige la ley. **CUARTO: ASPECTOS DOCTRINARIOS.-** La casación de acuerdo con el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal se contrae a examinar si en la sentencia definitiva se ha violado la ley. En reiteradas ocasiones este Tribunal de Casación ha sostenido que en la sentencia se debe valorar las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, en cumplimiento de lo que dispone el Art. 86 del Código Adjetivo Penal, lo que no ha sucedido en el presente caso. La motivación de la sentencia para ser correcta, debe referirse al **hecho** y al **derecho**, valorando las pruebas y suministrando las condiciones a que arribe el tribunal sobre su examen, respecto de la subsunción del hecho comprobado en un precepto penal, y de las consecuencias jurídicas que de su aplicación se derivan. El juez debe consignar las razones que lo llevan a tener por acreditados o no, e históricamente ciertos o falsos los hechos que constituyen los elementos materiales del delito, enunciando las pruebas de que se sirve en cada caso y expresando la **valoración** que haga de ellas, es decir, la apreciación que lo conducen relativamente al supuesto de hecho investigado, a una conclusión afirmativa o negativa. Para ser motivada en los hechos, la sentencia debe suministrar las pruebas en que se fundan las conclusiones fácticas, esto es, demostrarlos. Para que sea fundada en derecho, la sentencia debe explicar los hechos objeto de la adecuación típica, esto es, describirlos. Otra exigencia para que la motivación sea legítima es que debe basarse en prueba válidamente introducida en el juicio, esta es una consecuencia del principio de verdad real y el de inmediación que es su derivado, el cual supone la oralidad, publicidad y contradicción. Si es controlable en casación el grado de convencimiento que expresa el juez. La sentencia debe basarse en la certeza, es decir, en la convicción razonada y positiva de que los hechos existieron y ocurrieron de cierta manera, lo que evidentemente no sucede en el fallo dictado en el fallo recurrido. Si bien la estimación valorativa de las pruebas y las conclusiones fácticas de la sentencia son inatacables en casación, ésta si controla el proceso lógico seguido por el juez en su razonamiento. El tribunal de casación realiza bajo este aspecto un examen sobre la aplicación del sistema probatorio establecido por la ley, a fin de custodiar la aplicación de las reglas de la sana crítica en la motivación de la sentencia, verificando si en su fundamentación se han observado las reglas de la lógica, del razonamiento y de la experiencia o conocimiento. La garantía de motivación consiste, que mientras por un lado se deja al juez libertad de apreciación, queda en cambio obligado a correlacionar lógicamente los argumentos, evitando de esta forma la arbitrariedad. **QUINTO: ANÁLISIS DEL FALLO.-** Para que se pueda dictar sentencia condenatoria es necesario

que se demuestre conforme a derecho, tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado y al efecto, la Sala hace las siguientes observaciones: **1.** El Art. 32 del Código Penal, señala: "Nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley como una infracción si no lo hubiere cometido con conciencia y voluntad". Al efecto en tratándose del dolo, el tratadista Francisco Muñoz Conde en su obra *"Teoría General del Delito"*, página 182, "dolo es la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo del delito". Refiriéndose al mismo aspecto, Edgardo Alberto Donna, en su obra *"Derecho Penal, parte general"*, Tomo II, pág. 514, sostiene: "que el dolo es el conocimiento de todos los elementos del tipo y la voluntad de realizarlos"; **2.** Por su lado, el Art. 489 del Código Penal preceptúa: *"Clasificación de la injuria y su tipicidad. La injuria es: - Calumniosa, cuando consiste en la falsa imputación de un delito; y, - No calumniosa, cuando consiste en toda otra expresión proferida en descrédito, deshonra o menosprecio de otra persona, o en cualquier acción ejecutada con el mismo objeto."*; **3.** En el caso sub lite constan de las tablas procesales, que en efecto, el querellado lo único que hizo fue informar a la comunidad orense de lo que acontecía en la política nacional con el querellante **Milton Romeo Ordóñez Rubio**, en su columna "balcón político" del Diario "El Nacional" conforme consta del recorte de prensa que se encuentra agregado al expediente y del cual no se infiere ninguna injuria como erróneamente lo ha venido sosteniendo el querellante a lo largo de este proceso; **4.** El Art. 413 del Código de Procedimiento Penal, señala: " Denuncia maliciosa o temeraria.- Cuando el denunciante, o acusador particular, hayan provocado el proceso por medio de una denuncia o acusación particular maliciosa o temeraria, el juez de garantías penales o tribunal de garantías penales debe imponerle el pago total o parcial de las costas procesales, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que hubieren lugar."; **5.** Por su lado, el Art. 283 del Código de Procedimiento Civil, prescribe: " Condena al pago de costas judiciales.- En las sentencias y autos se condenará al pago de las costas judiciales a la parte que hubiere litigado con temeridad o procedido de mala fe. "; **6.** Se observa que no existió el animus injuriandi por parte del acusado, que consiste, según lo señala Gustavo Labatut Glenda en su obra *"Derecho Penal"*, tomo II, editorial jurídica de Chile, pág. 200: "no es otra cosa que el dolo común, y supone conocimiento de la significación injuriosa de las palabras o actos (no así el error del extranjero que conoce imperfectamente el idioma o las costumbres del país) y voluntad de proferirlas o ejecutarlas", sino más bien el animus informandi, que a decir de Jaime Lombana Villalba en su obra *"Injuria, calumnia y medios de Comunicación"*, Biblioteca Jurídica DIKE, 2006, Medellín Colombia, pp. 180-181: "La comunicación periodística supone, no solo el ejercicio del derecho a la información, sino también del derecho genérico de expresión, por lo que la libertad de prensa, exige el reconocimiento de un espacio de unimidad constitucionalmente protegido para la libre circulación de noticias y también para la libre circulación de ideas y de opiniones.- En el periodista su *animus informandi* se presume por su profesión, es decir, que si un periodista publica una información determinada, la veracidad de las afirmaciones realizadas por éste, no incumben al medio de comunicación...". **SEXTO: RESOLUCION:** Por las consideraciones antes señaladas, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL**

PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LEYES DE LA REPUBLICA, declara en parte procedente el recurso de casación planteado por el **doctor Jenner Franco Mora** y se condena al acusador particular al pago de costas procesales y al de los honorarios profesionales que corresponden al doctor Nicolas Castro Patiño, como abogado defensor del querellado **doctor Jenner Franco Mora**, que se los fija y regula en la cantidad de TRES MIL DOLARES de los EEUU de América; y, desecha el recurso de casación formulado por el querellante. Una vez ejecutoriado este fallo, devuélvase al tribunal de origen, para los fines legales pertinentes. Notifíquese, Publíquese y devuélvase.

f.) Dr. Hernán Ulloa Parada, Presidente.

f.) Dr. Luis Moyano Alarcón, Juez Nacional.

f.) Dr. Milton Peñarreta Alvarez, Juez Nacional.

CERTIFICO:

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator

VOTO SALVADO DEL DR. HERNÁN ULLOA PARADA

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL.-

Quito, 3 de agosto del 2010; a las 10H30.-

VISTOS: La Sala de lo Penal y de Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, mediante sentencia dictada el 6 de octubre del 2009, a las 09H30, confirma la sentencia absolutoria dictada por el Juzgado Quinto de lo Penal de la misma jurisdicción a favor de los doctores Jenner Franco Mora y Manuel García Suquilanda, con la reforma en el sentido de que se declara de temeraria la acusación particular presentada por el Cap. (SP) Milton Romero Ordóñez Rubio. De la sentencia de la referencia, interponen recurso de casación el querellado Jenner Franco Mora y, el querellante Cap. (SP) Milton Romeo Ordóñez Rubio. Siendo el estado procesal el de resolver, para hacer por se considera: **PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.-** En virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1 y la Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador publicada en el R.O. No. 449 de 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; Resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre del 2008; y, el sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de jueces nacionales de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento de la presente causa. **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Examinado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad, por lo que este Tribunal de alzada declara la validez de esta causa penal.- **TERCERO: FUNDAMENTACION DE LOS RECURSOS.- A) El Cap. (SP) Milton Romeo Ordóñez Rubio**, fundamenta su recurso de casación,

señalando que se han violado los Arts. 489 y 491 del Código Penal vigente. Argumenta además que con las pruebas que constan en el proceso y que el inferior no las analizó se da a entender que no fue afectado por la nota periodística, cuando en realidad el Diario "El Nacional" edita más de 9000 ejemplares diarios, llegándose a la apreciación de que 9000 personas leyeron este artículo denominado "Balcón Político"; que en una parte de la resolución se refiere al concepto de "Injuria Calumniosa y la Sala mismo evalúa la tipicidad, pero se contradice al no aplicarla en contra de los responsables ... además en la parte expositiva también hace referencia a las pruebas introducidas por las partes entre ellas la diligencia de Exhibición Previa, el recorte periodístico original, los exámenes de Auditoría de los que se desprende que nunca fui observado por este ente de Control, de Fiscalización y de determinación de responsabilidades y en especial del examen de enriquecimiento ilícito que también fui objeto de investigación (sic)..." Concluye solicitando se case la sentencia, revoquen la subida en grado y se condene a los querellados al cumplimiento de la pena establecida en los artículos del Código Penal ya señalados. **B) Por su parte, el doctor Jenner Franco Mora** en su escrito de fundamentación del recurso de casación, señala: que en la sentencia que impugna no se cumplió con el requisito de motivación contemplado en el literal 1) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República; que tampoco se cumplió lo dispuesto en los incisos 2° y 3° del artículo 12 y 130 numeral 4, del Código Orgánico de la Función Judicial, y con el Art. 413 del Código de Procedimiento Penal vigente disposiciones legales que no fueron observadas ni aplicadas por la Sala de Apelación, a pesar de la obligación que tenía de hacerlo. Finalmente solicita se acepte el recurso de casación interpuesto por él y se declare a la acusación de maliciosa y se condene al querellante al pago de costas procesales, como lo exige la ley. **CUARTO: ASPECTOS DOCTRINARIOS.-** La casación de acuerdo con el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal se contrae a examinar si en la sentencia definitiva se ha violado la ley. En reiteradas ocasiones este Tribunal de Casación ha sostenido que en la sentencia se debe valorar las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, en cumplimiento de lo que dispone el Art. 86 del Código Adjetivo Penal, lo que no ha sucedido en el presente caso. La motivación de la sentencia para ser correcta, debe referirse al **hecho** y al **derecho**, valorando las pruebas y suministrando las condiciones a que arribe el tribunal sobre su examen, respecto de la subsunción del hecho comprobado en un precepto penal, y de las consecuencias jurídicas que de su aplicación se derivan. El juez debe consignar las razones que lo llevan a tener por acreditados o no, e históricamente ciertos o falsos los hechos que constituyen los elementos materiales del delito, enunciando las pruebas de que se sirve en cada caso y expresando la **valoración** que haga de ellas, es decir, la apreciación que lo conducen relativamente al supuesto de hecho investigado, a una conclusión afirmativa o negativa. Para ser motivada en los hechos, la sentencia debe suministrar las pruebas en que se fundan las conclusiones fácticas, esto es, demostrarlos. Para que sea fundada en derecho, la sentencia debe explicar los hechos objeto de la adecuación típica, esto es, describirlos. Otra exigencia para que la motivación sea legítima es que debe basarse en prueba válidamente introducida en el juicio, esta es una consecuencia del principio de verdad real y el de

inmediación que es su derivado, el cual supone la oralidad, publicidad y contradicción. Si es controlable en casación el grado de convencimiento que expresa el juez. La sentencia debe basarse en la certeza, es decir, en la convicción razonada y positiva de que los hechos existieron y ocurrieron de cierta manera, lo que evidentemente no sucede en el fallo dictado en el fallo recurrido. Si bien la estimación valorativa de las pruebas y las conclusiones fácticas de la sentencia son inatacables en casación, ésta si controla el proceso lógico seguido por el juez en su razonamiento. El tribunal de casación realiza bajo este aspecto un examen sobre la aplicación del sistema probatorio establecido por la ley, a fin de custodiar la aplicación de las reglas de la sana crítica en la motivación de la sentencia, verificando si en su fundamentación se han observado las reglas de la lógica, del razonamiento y de la experiencia o conocimiento. La garantía de motivación consiste, que mientras por un lado se deja al juez libertad de apreciación, queda en cambio obligado a correlacionar lógicamente los argumentos, evitando de esta forma la arbitrariedad. **QUINTO: ANÁLISIS DEL FALLO.-** Para que se pueda dictar sentencia condenatoria es necesario que se demuestre conforme a derecho, tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado, y al efecto la Sala hace las siguientes observaciones: **1.** El Art. 32 del Código Penal, señala: "Nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley como una infracción si no lo hubiere cometido con conciencia y voluntad" Al respecto, en tratándose del dolo, el tratadista Francisco Muñoz Conde en su obra "*Teoría General del Delito*", página 182, "dolo es la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo del delito". Refiriéndose al mismo aspecto, Edgardo Alberto Donna, en su obra "*Derecho Penal, parte general*", Tomo II, pág. 514, sostiene: "que el dolo es el conocimiento de todos los elementos del tipo y la voluntad de realizarlos"; **2.** Por su lado, el Art. 489 del Código Penal preceptúa: "*Clasificación de la injuria y su tipicidad.* La injuria es: - Calumniosa, cuando consiste en la falsa imputación de un delito; y, - No calumniosa, cuando consiste en toda otra expresión proferida en descrédito, deshonra o menosprecio de otra persona, o en cualquier acción ejecutada con el mismo objeto."; **3.** En el caso sub lite constan de las tablas procesales, que en efecto, el querellado lo único que hizo fue informar a la comunidad orense de lo que acontecía en la política nacional con el querellante **Milton Romeo Ordóñez Rubio**, en su columna "balcón político" del Diario "El Nacional" conforme consta del recorte de prensa que se encuentra agregado al expediente y del cual no se infiere ninguna injuria como erróneamente lo ha venido sosteniendo el querellante a lo largo de este proceso; **4.** El Art. 413 del Código de Procedimiento Penal, señala: "Denuncia maliciosa o temeraria.- Cuando el denunciante, o acusador particular, hayan provocado el proceso por medio de una denuncia o acusación particular maliciosa o temeraria, el juez de garantías penales o tribunal de garantías penales debe imponerle el pago total o parcial de las costas procesales, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que hubieren lugar."; **5.** Por su lado, el Art. 283 del Código de Procedimiento Civil, prescribe: " Condena al pago de costas judiciales.- En las sentencias y autos se condenará al pago de las costas judiciales a la parte que hubiere litigado con temeridad o procedido de mala fe. "; **6.** Se observa que el querellante al formular la acusación y consiguiente formalización de la acusación particular lo

hizo en defensa de su honor que lo estimaba gravemente amenazado por la nota periodística que circuló en el Diario el " Nacional" que se edita en la provincia del Oro y que el daño que le ocasionaba era irreparable, según su modo de entender, por lo que no se puede hablar que el querellante haya actuado con malicia y temeridad, ya que la denuncia y consecuente acusación particular la hizo en defensa de su honor. Lo contrario significaría que en mérito de ejercer el derecho a la información, los medios de comunicación social injurien y difamen a los ciudadanos, sin derecho a la defensa de su honor y más aún con la agravante de que la acusación sea calificada de temeraria y maliciosa. El derecho a informar no puede sustentarse ni en el abuso ni en la arbitrariedad, pero tampoco puede aceptarse que quien reclama su derecho al honor deba ser reprimido por malicia o temeridad. Por las consideraciones antes señaladas, esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LEYES DE LA REPUBLICA**, acepta en parte el recurso de casación planteado por el **Cap. (SP) Milton Romeo Ordóñez Rubio** y declara que la querella formulada por él no es temeraria como erróneamente lo sostiene el inferior y desecha el recurso presentado por el **doctor Jenner Franco Mora** por falta de fundamento legal. Una vez ejecutoriado este fallo devuélvase al tribunal de origen, para los fines legales pertinentes. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

F) Dr. Hernán Ulloa Parada, Dr. Luis Moyano Alarcón, Dr. Milton Peñarreta Alvarez JUECES NACIONALES.- CERTIFICO.- f) Dr. Hermes Sarango Aguirre, SECRETARIO RELATOR.

Certifico que las ocho (8) fotocopias que anteceden son iguales a su original.- Quito 11 de enero del 2011.

f) Dr. Hermes Sarango Aguirre, SECRETARIO RELATOR.

No. 319-2010

PONENTE **DR. HERNAN ULLOA PARADA**
(ART. 185 DE LA
CONSTITUCIÓN DE LA
REPÚBLICA DEL ECUADOR)

CORTE' NACIONAL DE JUSTICIA - PRIMERA SALA PENAL.- Quito, 12 de julio de 2010; a las 15H00.

VISTOS: El Tribunal Cuarto de Garantías Penales de Pichincha dictó sentencia absolutoria a. favor de Víctor Hugo Serrano Duque, el 25 de marzo de 2010, a las 17H00, sentencia de la cual interpusieron recurso de casación la acusadora particular Graciela Susana Bores Jato y la representante de la Fiscalía General del Estado.

Siendo el estado procesal el de resolver, para hacerlo, se considera:

PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.- En virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1; Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador publicada en el R.O. 449 de 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; Resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre del 2008; y, el sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de jueces nacionales de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento de la presente causa. **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Examinado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad, por lo que este Tribunal de alzada declara la validez de esta causa penal. **TERCERO: FUNDAMENTACIÓN DE. LOS RECURSOS: A) Fundamentación de la señora Graciela Susana Bores Jato, acusadora particular.-** En la audiencia oral pública y contradictoria llevada a efecto el día martes 29 de junio de 2010, a las 15H30, la acusadora particular a través de sus abogados defensores doctores Sonia Merlín Acoto y Ramiro Román, fundamentó su recurso en los siguientes términos: " ... que el presente caso tiene un carácter donde se mezclan independientemente del aspecto penal, ciertos derechos humanos que han sido violentados por la sentencia del Tribunal Penal; que no se han aplicado preceptos fundamentales que por mandato de la Constitución de la República en los artículos 10 y 11, se encuentran incorporados en el ordenamiento jurídico, además de no haberse aplicado la Convención Americana de Derechos Humanos en sus Arts. 8. y 25 referentes al debido proceso y a la protección judicial, el Art. 5 de la misma Convención que se refiere a la integridad personal; señala además la defensa que igualmente la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer en su Art. 7... Añade la defensa que el Tribunal Cuarto de Garantías Penales de Pichincha ha comprometido la responsabilidad del Estado. Ecuatoriano en este caso, en el que se encuentra involucrada la niña Sol Serrano Dorfflinger porque hay violaciones específicas a los derechos humanos, en primer lugar manifiesta que no se reconoce valor probatorio alguno a la versión de la niña Sol Serrano rendida ante la Fiscal Paola Erazo el 16 de diciembre de 2008, versión que si fue tomada en cuenta en el auto de llamamiento a juicio de 27 de agosto de 2009 por parte de la jueza Décimo Octava de lo Penal de Pichincha y que fuera puesto en conocimiento del Tribunal Cuarto por la doctora Paola Córdova ... Continúa su exposición la abogada Sonia Merlín y dice que en el presente caso pese a existir diferentes pruebas psicológicas el Tribunal Penal prefirió desacreditar dichas pruebas indicando que la niña había sido inducida a mentir, desacreditando el valor revelador de un video que se grabó a instancias de la Fiscalía y que por otra parte en cuanto a la valoración de la prueba realizada por el Tribunal Cuarto de Garantías Penales, dicho tribunal manifiesta que es necesaria la delimitación espacial y temporal de la infracción y que los informes periciales son referencias de segunda categoría... Agrega además que en estos aspectos de derechos humanos se encuentra el interés superior del niño como un eje transversal dentro de la Legislación Internacional de Derechos Humanos y en nuestra legislación, y que la

Convención de los Derechos del Niño lo estableció en su Art. 3 de manera explícita ... Manifiesta entonces que el interés superior del niño como eje transversal está estipulado en el Art. 44 de la Constitución de la República ... que el Código de la Niñez en Adolescencia en su Art. 11 establece como un principio rector, coordinador, interpretador y neutralizador de toda acción que pueda ser perjudicial para el niño, niña o adolescente a este principio del interés superior... Dice también la defensa de la acusación particular que el Art. 14 del mismo cuerpo legal lo establece también como parte de la decisión del conflicto y como criterio interpretador de cualquier vacío o duda que pueda darse y que junto al principio indubio pro niño indubio pro adolescente se establece junto a este principio como rector de este mismo principio al interés superior del niño ... sin embargo en la sentencia del Tribunal Cuarto de Garantías Penales no se considera, violentando el Art. 29 del Código Orgánico de la Función Judicial del cual da lectura, manifestando que pese a que el principio de interés superior es universal y eje transversal en nuestra legislación y en la legislación internacional, cuya violación da origen a una responsabilidad estatal, llamando la atención que al ser estos delitos intrafamiliares ocultos a la sociedad, tanto así que los códigos adjetivos tienen una excepción para los testigos señalando que "podrán comparecer personas de la familia", sin embargo de ello el Tribunal Cuarto hizo caso omiso, por lo que afirma que de haber encontrado un vacío en la prueba debió recurrir al principio del interés superior del niño que lo guiará en el camino de la prueba, pues no era necesario que la acusadora particular o la Fiscalía invocaran expresamente el principio del interés superior puesto que es un principio directamente aplicable según las normas constitucionales antes invocadas ... Indica que se debe tomar en cuenta que el Art. 35 de la Constitución de la República establece los grupos de atención prioritaria, estando la niña Sol Serrano en una doble categoría de vulnerabilidad, porque es niña y víctima de maltrato y que debe tomarse en cuenta las necesidades de la niña, es decir, que tiene derecho a una integridad física, derecho a la salud pero no entendida como un simple bienestar físico, sino el perfecto equilibrio emocional, psicológico y físico, lo cual la niña no lo tiene ... diciendo además que los derechos antes mencionados están comprendidos en el Art. 67 del Código de la Niñez y Adolescencia ... que se está frente a un recurso de casación que nació para que se discuta sobre la violación a la ley, siendo la violación directa o indirecta, citando entonces a Daniel Pastor quien dice que se deben considerar todas las posiciones que el juez inferior; para llegar a una resolución con sana crítica, debe considerar para establecer una absolución o una condena. Agrega que los hechos y actos deben llegar desde el aspecto subjetivo para establecer justamente, la posición de un nexo causal, y que el tribunal hace una copia a medias, pues incluso para copiar una declaración o versión debía hacerlo íntegramente, y termina hablando del Art. 504.1 relacionando el Art. 85 del Código de Procedimiento Penal, que posteriormente habla del Art. 86 ibídem concluyendo la sentencia, afirmando que faltan más disposiciones, por el principio de legalidad, para establecer la materialidad; de la infracción, por lo que al no hacer el análisis completo, el Tribunal no hace entonces la motivación establecida por el Art. 76, numeral 7, literal 1) de la Constitución de República que se refiere a que las resoluciones de los poderes públicos deberán ser

motivadas, es decir, que en las sentencias la motivación tiene que ser lógica, coherente, congruente e inequívoca para establecer algo concreto basándose en hechos y en derecho. Agrega que en la casación no solo debe hablar de la sentencia sino también de la audiencia de juicio que es donde se practican las pruebas, puesto que al no motivar el Tribunal omite aplicar normas lo cual es violación directa de la ley, existiendo por tanto casación, indicando además que con grupos vulnerables como niños y adolescentes el Tribunal no puede especular, insistiendo en la aplicación del Art. 76, numeral, 7, literal 1) de la Constitución de la República; manifiesta que en la audiencia sí se presentaron las personas que hicieron los informes, y ellas dijeron al tribunal las cosas siendo sus testimonios concordantes, señala que hubo también la versión de la abuela de conformidad al Art. 77 numeral 8, así que no puede afirmarse que no puede afirmarse que no existieron pruebas, diciendo además que no se puede revictimizar a la niña en razón de su edad, conforme lo dispone el Art. 78 de la Constitución ... al no establecer ni analizar al tribunal los Arts. 86, 87 y 88 faltaron a la ley, lo cual como ya había manifestado, es causal de casación. .. Finaliza la defensa solicitando a la Sala que case la sentencia en razón de todos los aspectos. Expuestos, tomándose en cuenta que es un delito sancionado incluso con reclusión." **B) Fundamentación de la representante de la Fiscalía:** "... que el recurso de casación no es para revisión de prueba, y que las intervenciones de los abogados de la acusación particular han hecho una explicación de los hechos, pero que va a manifestar cuándo se presenta el recurso de casación como en el presente caso, en este caso en la sentencia se ha violado la ley, siendo una de las tres causas por las que puede casarse la sentencia es cuando se hubiere hecho una indebida aplicación se hubiere contravenido expresamente al texto, o por errónea interpretación, la sentencia de la que se recurre no ha sido motivada, es errónea, pues pese a que existe suficiente prueba el tribunal no la ha tomado en cuenta. Señala la representante de la Fiscalía que en los delitos sexuales no existe prueba directa sino indiciaria, indica que el Tribunal alega que los informes psicológicos se han basado únicamente a lo manifestado por la menor agredida, en estos delitos no hay testigos presenciales del hecho, por lo que la menor agredida es la única que sufrió en carne propia la agresión por parte de su padre, afirma que ciertamente los padres suelen bañar a los niños, pero es diferente cuando la menor manifiesta que aparte del baño también en el sofá cuando veían televisión solía meterle la mano por la blusa, lo cual es una situación diferente ... Dice que la obligación en este caso es demostrar los errores que ha cometido el juzgador, en el presente caso el juzgador ha violado expresas disposiciones constitucional por ejemplo la del Art. 424 de la Constitución; sección quinta ibídem Arts. 44 al 46; Art. 172 de la Constitución de la República... ". **C) Contestación a la fundamentación de los recursos de casación por parte del procesado Víctor Hugo Serrano Duque,** quien por intermedio de su abogado defensor doctor Xavier Andrade Castillo, contestó la fundamentación de los recursos de casación, manifestando lo siguiente: "que la intervención de la doctora Merlin se refirió a los derechos humanos, los derechos de la niñez, pero que aclara que este es un juicio penal y lo que se discute es si el señor Serrano es culpable o no... Añade que las dos acusaciones tanto pública como privada a pesar de que cambian el texto del fundamento, hablan de una

errónea interpretación y de una falta de aplicación, pero estas dos causales son excluyentes, y dice que llama la atención que se sigue enunciando la valoración de la prueba cuando el Art. 349 inciso segundo dice que no serán admisibles los pedidos tendientes a valorar la prueba, siendo todos los discursos tendientes a valor la prueba esto es, sobre los peritos, sobre la niña, haciendo la apreciación de que lo referente a que la declaración de la niña no fue tomada en cuenta por el tribunal, fue por la sencilla razón de que no existió ningún menor en el tribunal, entonces no podía aplicarse algo que no existe. Continúa y señala que se ha hablado del Art. 504.1 que es someter y obligar a una menor, pero el RO No. 350 de 6 de septiembre de 2006 establece una ley interpretativa no solamente para establecer lo que es el sometimiento a una menor sino para establecer lo que son los actos de naturaleza sexual tema que no se ha topado en esta diligencia, lo que quiere decir que esta ley incorpora elementos objetivos al tipo, por eso es necesario hacer el análisis no solo del Art. 504.1 sino incorporar la ley interpretativa de septiembre de 2006, porque incorpora elementos normativos y valorativos para el tipo penal, pasando a referirse también la defensa del acusado a la obligación sometiendo, que es violentar la legitimidad mental de la víctima pero se debe establecer los actos de naturaleza sexual porque permite establecer un juicio valorativo en cuanto a que tiene que ver con naturaleza sexual ... que necesario demostrar el dolo de actos libidinosos del sujeto activo hacia la víctima, pues éstos son tendientes a la perturbación de ese bien jurídico tan protegido de los menores llamado sano desarrollo sexual, lo cual no se ha demostrado en el proceso ... señala que hay cinco o seis juicios civiles agotados, juicios en los que el juez dijo que la abuela estaba entregada a su nieta, pero al hacer una ponderación el juez creyó que el derecho del padre a la educación de su hija estaba por encima al derecho de la abuela, decidió sobre algo civil no penal y el tribunal no debía intervenir en eso. Manifiesta que estos delitos dogmáticamente se conocen como delitos de intimidación, en los cuales no hay testigos directos, pero sí referenciales, todos los peritos, por lo que el usar la justicia para desnaturalizar la intención de quedarse con la niña, es decir, acabar con el padre, quitarle la custodia, quitarle a la niña y pedir cincuenta mil dólares por daños y perjuicios, y por último la máxima pena para el sujeto, todo esto por qué, por cómo educó a la niña, refiriéndose al video en que la niña muestra como se dieron las cosas, pero en el cual se denota una insistencia por parte del sicólogo de hacerle preguntas que inducían a la niña, ante lo cual el padre manifestó que no debe enfrentarse a un juicio penal para decir que bañó a la niña, pues si lo hizo, y por la edad que pasaba debía obligarla a meterse a la ducha. Finaliza y puntualiza que constan testimonios de doctora Ana María Cerón Tapia, Marcela Tello, y dice que no se tomaron en cuenta estos testimonios porque cuando la defensa se preparó para pedir como había evaluado a la niña en los test psicológicos sugeridos por la OMS, se establece que estas técnicas de acuerdo a la escuela freudiana conducto volitivas o conductuales, involucran un análisis de si existe en delitos sexuales esta vulneración a bien jurídico protegido, y cuando se preguntó a las doctoras si habían hecho ese examen ellas señalaron que no se hizo porque no era obligatorio para ellas. Continúa y señala el abogado que el Art. 98 en su numeral 3 del Código de Procedimiento Penal dispone que el informe contendrá la determinación del tiempo probable transcurrido entre el

momento en que se cometió la infracción y la práctica del reconocimiento, siendo un requisito del informe pericial porque es un efecto de temporalidad, afirmando que el tiempo no es un elemento de los tipos penales, el delito es un tiempo en extremo puntualizado y determinado y atraviesa todo el sistema jurídico ecuatoriano y mundial, tal es así que si no se determina el tiempo cómo podría determinarse la prescripción, violándose con ello el principio de defensa, y recalando que en el presente caso el informe pericial no determinó ni el tiempo ni el lugar en el que sucedieron los supuestos hechos. Agrega que si el delito tiene un momento de consumación debe haber una determinación de lugar donde sucedió, y este dato es importante porque también viola el derecho a defensa porque sin él no se puede saber si el sujeto estuvo en ese lugar o no, es tan importante el lugar porque en eso se finca el principio de territorialidad de la ley penal, jurisdicción y obviamente el principio de defensa. Para concluir pasa a referirse a la duda razonable que aunque no se encuentra técnicamente en nuestro código se la establece "en caso de duda se absolverá al reo" ... el señor Serrano, está cansado pues desde el año 2004 se han generado muchos juicios con muchos abogados, y que en esta diligencia solo está cumpliendo con su trabajo de defender un asunto penal, y dirigiéndose a la acusadora, señora Bores, con la venia de la Sala, señala que la situación de la niña es muy dolorosa, y cree que su actitud se debe al gran amor hacia la niña, pero iniciar un juicio penal para alejar al padre y arreglar su vida es otra cosa, por lo que defendiendo precisamente ese asunto penal dice que los elementos objetivos que se han mencionado ente otros el sujeto activo, sujeto pasivo, acción nuclear, núcleo (elementos normativos) separados de un elemento subjetivo llamado dolo de actos libidinosos tiene una condición atípica.". **CUARTO: CONSIDERACIONES JURIDICAS Y ANALISIS DE LA SALA.- 1.- Motivación.-** La Casación de acuerdo con el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal se contrae a examinar si en la sentencia definitiva se ha violado la ley El Tribunal en sentencia debe valorar las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, en cumplimiento de lo que dispone el Art. 86 del Código Adjetivo Penal. El juez debe consignar las razones que lo llevan a tener por acreditados o no, e históricamente ciertos o falsos los hechos que constituyen los elementos materiales del delito, enunciando las pruebas de que se sirve en cada caso y expresando la valoración que haga de ellas, es decir, la apreciación que lo conducen al supuesto de hecho investigado, a una conclusión afirmativa o negativa. La falta de motivación en derecho puede consistir en la no descripción del hecho que debe servir de sustento a la calificación, es decir, cuando se aplica una norma jurídica diferente a la que corresponde en un proceso de correcta adecuación típica. Para ser motivada en los hechos, la sentencia debe suministrar las pruebas en que se fundan las conclusiones fácticas, esto es, demostrarlos. Para que sea fundada en derecho, la sentencia debe explicar los hechos objeto de la adecuación típica, esto es, describirlos. La sentencia debe basarse en la certeza, es decir, en la convicción razonada y positiva de que los hechos existieron y ocurrieron de cierta manera. Si bien la estimación valorativa de las pruebas y las conclusiones fácticas de la sentencia son inatacables en casación, ésta si controla el proceso lógico seguido por el juez en su razonamiento. El tribunal de casación realiza bajo este

aspecto un examen sobre la aplicación del sistema probatorio establecido por la ley, a fin de custodiar la aplicación de las reglas de la sana crítica en la motivación de la sentencia, verificando si en su fundamentación se han observado las reglas de la lógica, del razonamiento y de la experiencia o conocimiento. La garantía de motivación consiste en que mientras por un lado se deja al juez libertad de apreciación respecto de la prueba queda en cambio obligado a correlacionar lógicamente sus argumentos. En efecto, el Tribunal Penal ha hecho una correlación entre los hechos y las normas de derecho aplicables al caso, así como el lenguaje utilizado es claro e inteligible, además de guardar congruencia entre la parte expositiva y la parte resolutive, por lo que el argumento de la acusación de falta de motivación de la sentencia recurrida es falso.

2.- El dolo en general.- Consiste en actuar con conciencia y voluntad, vale decir que hay un elemento representativo y un elemento volitivo, por ello se dice que se actúa dolosamente porque el agente sabe que miente y lo hace de manera consciente y deliberada, esto es, que falta a la verdad a sabiendas. El dolo se pone de manifiesto por el conocimiento que el agente tiene en desacuerdo con lo que expresa o dice, y por la voluntad de hacer esa manifestación contraria a la verdad a pesar de su conocimiento. Hay la plena conciencia de la inexactitud de lo que se está afirmando y la intención de causar un perjuicio existe desde el momento que la afirmación o declaración falsa hecha a sabiendas, es potencialmente capaz de llevar a error o a engaño a un tercero, a un juez o a una autoridad, aunque tal hecho en realidad no ocurra, porque se trata de delitos de resultado formal o de mera actividad y de allí surge el reproche de culpabilidad. Al efecto, Francisco Muñoz Conde en su obra "Teoría General del Delito", editorial Temis, Bogotá Colombia, 2005, p 182, dice: "Dolo: Conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito.". por su lado, Hipil citado por Teresa Rodríguez Montañez en su obra "Delitos de peligro, dolo e imprudencia", editorial Quinzal, Buenos Aires – Argentina p. 64, señala: "Dolo... una cierta clase de relación psíquica entre el autor y las consecuencias de su acto cualesquiera que éstas sean". Y refiriéndose al dolo de lesionar, señala: "Que la doctrina absolutamente mayoritaria entendió que el dolo de lesionar lleva implícito necesariamente el dolo de poner en peligro partiendo de presupuestos contrapuestos a los de BINDING, esto es, que el peligro es un estadio previo a la lesión, que la precede necesariamente y, por tanto, quien quiere lesionar ha de querer, necesariamente la puesta en peligro del concreto bien jurídico al que se refiere el dolo de lesionar". De lo manifestado, se infiere fácilmente que el procesado en ningún momento puso en peligro ni lesiono con su actuar ningún bien jurídico tutelado por la ley, y peor aún que hayan tenido la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo del delito;

3.- Derecho de defensa y presunción de inocencia.- El Art. 76.7 de la Constitución de la República, reconoce el principio de defensa: "El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento... c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento ... j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o

autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo ... l) 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 y servidores responsables serán sancionados ... m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos". Caben advertir las dimensiones del derecho de defensa: a) como derecho subjetivo, y b) como garantía del debido proceso. Respecto a la primera dimensión, se lo ve como un derecho fundamental que pertenece a todas las partes en el proceso, cuyas notas características son la "irrenunciabilidad" y la "inalienabilidad". En cuanto a su segunda dimensión, de carácter objetivo e institucional, la defensa constituye un verdadero requisito para la validez del proceso, siempre necesaria, aun al margen o por sobre la voluntad de la parte, para la validez del proceso. El derecho de defensa tutelado por el texto constitucional, en el artículo antes citado, es aplicable desde el inicio del proceso y durante toda la sustanciación. Es evidente que el procesado tiene derecho a ser parte del proceso en cualquier estado y de esta forma contestar la pretensión punitiva, la cual debe preceder al acto de defensa y serle debidamente notificada, así como el derecho potestativo a que la sentencia se dicte luego de haber tenido la oportunidad de expresar lo que tiene que decir al finalizar la actividad procesal, todo ello en salvaguarda y respeto de la ley y el debido proceso. El derecho de defensa en el ámbito penal incorpora dos principios fundamentales: el de contradicción, de carácter estructural, igualdad y el acusatorio, vinculado al objeto del proceso al igual que los de legalidad y oportunidad. Es obvio que el derecho de defensa guarda relación con la presunción de inocencia. Al respecto, el Art. 8.2 de la Convención Americana establece que "toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Por lo tanto, es necesario demostrar la culpabilidad y responsabilidad de la persona con apoyo de pruebas fehacientes debidamente controvertidas, dentro de un esquema que asegure a plenitud las garantías procesales sobre la imparcialidad del juzgador y la íntegra observancia de las reglas predeterminadas en la ley para la indagación y esclarecimiento de los hechos, la práctica, discusión y valoración de las pruebas y la determinación de responsabilidades y sanciones. Si la prueba se produce sin que pueda ser conocida o controvertida por parte del imputado, no puede servir como fundamento de ningún pronunciamiento judicial condenatorio. En efecto, el derecho a la presunción de inocencia, que acompaña a toda persona por mandato constitucional hasta el momento en que se le condene en virtud de un sentencia en firme, se vulnera si no se comunica oportunamente la existencia de una investigación preliminar persona involucrada en los hechos de modo que ésta pueda ejercer su derecho de defensa conociendo y presentando las pruebas respectivas. La inocencia como valor individual comprende su defensa permanente, que no puede diferirse a un momento lejano luego de que el Estado, sin conocimiento del procesado y por largo tiempo, haya acumulado en su contra un acervo probatorio que sorprenda y haga difícil su defensa, por lo que la doctrina suele llamarle prueba "inutilizable" y por lo

mismo debe ser expulsada del proceso; 4.- La prueba.- Las garantías referentes a la prueba o mejor la caracterización del derecho a la prueba debe aplicarse en todo tipo de procesos. En todos ellos, partiendo del artículo. 76.4 de la Carta Política en vigencia y del derecho a utilizar los medio de prueba pertinentes para su defensa las garantías probatorias son las mismas, esto es, que la prueba para que tenga vigor debe ser presentada en la audiencia de juicio, lo que en el caso que nos ocupa, no se ha procedido conforme ordena la Constitución. Cabe puntualizar que la doctrina mayoritaria y por mandato expreso del Art. 86 del Código de Procedimiento Penal el Juez de casación cuando observare que al hacer la valoración de la prueba el tribunal juzgador no ha seguido las reglas de la sana crítica en forma correcta, si le está facultado hacer un reexamen siguiendo para ello el silogismo adecuado, esto es, partiendo de una premisa adecuada y como no puede ser de otra manera ligar el derecho con el hecho para subsumirlo en un todo y obtener como producto de ello un resultado apegado a derecho y lo que es más a la plena vigencia de lo que manda la Constitución de la República, pues actuar en contrario no solo que se vulnera la Constitución, sino también los Tratados y Convenios Internacionales de los cuales el Ecuador es parte y que establecen que su aplicación e interpretación debe estar sujeta a su contenido y protección a la vigencia de los derechos y garantías fundamentales de la persona humana y no inventar falacias como equivocadamente vienen sosteniendo ciertos sectores interesados en que se vulnere las garantías fundamentales. Las investigaciones realizadas en la etapa de instrucción fiscal y las experticias realizadas para justificar la materialidad de la infracción, alcanzan el valor de pruebas las cuando, son sustentadas y valoradas en el juicio (acción que se considera como "la judicialización" de las actuaciones realizadas o cumplidas en la etapa de la instrucción fiscal no como institución procesal penal sino como medio para alcanzar que las evidencias acopiadas en la instrucción fiscal y las aportadas en la audiencia de juicio adquieran la categoría de prueba por haber sido actuadas ante el correspondiente órgano jurisdiccional), por ello, las versiones recibidas por el Fiscal alcanzan valor de prueba cuando son ratificadas por quienes las rindieron en el curso de la audiencia de juzgamiento; y; los anticipos de prueba cuando son incorporados al juicio en la fase de prueba ante el Tribunal en otras palabras, cuando son pedidas, ordenadas, actuadas e incorporadas al proceso de conformidad con la Ley procesal penal ante el Juez, esto es ante órgano jurisdiccional competente. Estas directrices devienen de las instituciones puntualizadas en los artículos 79, 119, 250 y 252 del Código de Procedimiento Penal y en cumplimiento de los principios fundamentales de legalidad, oralidad, inmediación, oficialidad de cargos en la sustanciación del proceso; dispositivo y de contradicción en la presentación de las pruebas, proporcionalidad, unidad, concentración, independencia, publicidad y otros puntualizados en los artículos 75, 76, 77, 82, 168 y 169 de la Constitución de la República. El objeto material y jurídico de la prueba que se debe, actuar se encuentra determinado por el tipo penal que se acusa que, en la especie, es atentado al pudor, lo que significa que tratándose de un delito contra la libertad sexual de las personas y si la víctima es menor de edad lo que se busca proteger a través del ordenamiento jurídico es su sano desarrollo y seguridad sexual, por lo que debe probarse la conculcación de esa libertad, seguridad o sano

desarrollo sexual y la forma como se lo hizo; así mismo debe probarse que en el caso de menores se le haya obligado a "realizar actos de naturaleza sexual sin que exista acceso carnal", lo que en el presente caso no está probado y más aún cuando la presunta víctima ni siquiera rindió su testimonio ante el órgano jurisdiccional competente, que en este caso es el Tribunal Penal, en donde se cumple el mandato legal y constitucional de la inmediación, contradicción y concentración de la prueba. Además, que en tratándose de delitos de naturaleza sexual en donde no hay testigos directos es indispensable el testimonio de la víctima, pero no solo en la parte procesal interesada de la acusación (fiscal-acusadora particular) sino ante el órgano competente, donde el Juez y el procesado pueda preguntarle de si ocurrieron o no los hechos del acto libidinoso (atentado al pudor), para luego de ello formarse la convicción el juzgador, lo que el caso sub lite no fue posible hacerlo, pues la presunta agraviada no concurrió ante el Tribunal Penal, con el equivocado argumento de la re victimización, cuando del propio expediente se desprende que es la propia abuela de la menor (acusadora particular) quien con su proceder y la serie de acciones legales e incluso acudir hasta la prensa ha permitido la re victimización de su nieta la niña Sol Serrano Dorfflinger, impidiendo con ello que objetivamente se descubra la verdad procesal, que a decir del profesor Alemán ROXIN y la fiscalía en respeto del principio de mínima intervención y oportunidad está obligada a buscar esta verdad procesal y no solo acusar por acusar. En cuanto al **tipo subjetivo**, este delito es doloso, no admitiéndose la culpa o imprudencia y, dada la estructura del tipo el dolo debe ser directo, esto es, el autor debe conocer y querer el tocamiento impúdico, en contra de la voluntad de la víctima, esto es, la realización de los elementos del tipo objetivo, para alcanzar el fin propuesto, satisfacer su propia lascivia. En el caso sub judice del análisis de la sentencia y confrontada con las normas que dicen las recurrentes ha violado el Tribunal Penal, no se vislumbra que tal hecho haya acontecido y mucho menos que los elementos del tipo subjetivo: conocimiento y voluntad libidinosas, se encuentran demostradas, más aún cuando es el propio señor **VÍCTOR HUGO SERRANO DUQUE**, padre de la menor presuntamente ofendida, quien señala que en efecto siempre ha cuidado de su hija e hizo las veces de madre y padre cuando estuvo con la menor en los Estados Unidos de Norteamérica y por las circunstancias tenía que cuidar de su hija y hacer el aseo personal y acepta que por este hecho tenía que bañarla, llevarle a la escuela, entre otras actividades concernientes con la edad de la menor y darle el cariño, así como la protección que la menor requería lo que evidentemente se desprende también de la declaración rendida por la abuela materna; 5.- El delito de atentado al pudor como ya hemos dicho, es doloso, no admitiéndose la culpa y dada la estructura del tipo, el dolo debe ser directo, esto es, el autor debe conocer y querer la realización de los elementos de tipo objetivo, para alcanzar el fin propuesto, esto es, conocer y querer realizar actos de naturaleza sexual, sin que exista acceso carnal ilegítimo por cualquier de la modalidades que contempla el tipo penal, a una persona de cualquier género; **en el caso, conforme se desprende del tipo penal es "obligar" a realizar actos de "naturaleza sexual", entendiéndose** que lo que se busca través del tipo penal es proteger la reserva sexual, entendida como el respeto a su incolumidad física, psíquica y dignidad en la

persona, especialmente vista desde la óptica de su pudicia personal sexual, por lo que el fin del tipo es sancionar la agresión, sexual sin acceso carnal o introducción de objetos, ni penetración bucal o anal. Se exige necesariamente que la prueba vaya encaminada a demostrar la relación corporal directa entre el sujeto activo y el pasivo en el que se realicen actos de tocamientos en las partes pudendas. Por ello los "actos de naturaleza sexual" involucran actos materiales objetivos, esto es, actos libidinosos no tendientes a llegar al coito, pero si desahogar el apetito de lujuria, el abuso o finalidad libidinoso del autor es su voluntad y conciencia, su dolo de autor; **6.-** La Constitución de la República en el artículo 76 numeral 2 consagra la **garantía de presunción de inocencia** en concordancia con el artículo 4 del Código de Procedimiento Penal, la que como es obvio finca la totalidad de las demás garantías procesales penales. La **garantía jurisdiccional** trasciende a la consideración interna del proceso, y se ubica más allá de él. De la presunción de inocencia se derivan consecuencias fundamentales, unidas por idéntico razonamiento, de ello que, funciona como un juicio a priori que debe ser motivadamente destruido en caso de condena, con la consecuente necesidad de declaración de responsabilidad. El momento de la consumación del delito es un instante perfectamente determinado por el tiempo; y es de vital importancia, incluso a efectos de establecer la validez de la ley penal aplicable en un caso muy puntual. También es procesalmente importante tomar en cuenta en donde (lugar) se verificó el daño, que sería probatoriamente eficaz con tan solo un reconocimiento del lugar del hecho, que en el presente caso no existe y que se supone según lo señala la abuela materna de la menor y acusadora particular fue perpetrado en la casa que habitaba junto con el acusado, y que fue negado por el acusado; por lo que las reglas de competencia territorial también se fincan en el espacio (lugar) en donde fue perpetrada la infracción, en concordancia con la garantía jurisdiccional contemplada en el artículo 86 de la Constitución y artículo 84 del Código de Procedimiento Penal que establece que se debe probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta investigación del caso, por cualquiera de los medios previstos en este Código. Por lo que el Tribunal considera que estas falencias enunciadas, violan el derecho a la defensa consagrados en la Constitución en el artículo 76 Número 7, en concordancia con el derecho de las personas a reclamar de los órganos jurisdiccionales la tutela efectiva de sus derechos e intereses consignado en el artículo 75 y 76 numeral primero del mismo cuerpo constitucional, consecuente y consistente con el artículo 10, 11 numeral 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada el 10 de diciembre de 1948, artículos XVIII, XXVI, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre adoptada el 30 de marzo de 1948, artículos 8 numeral 1, 2, letra f) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita el 22 de noviembre de 1969, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrito el 4 de abril de 1968 Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos suscrita el 26 de julio del 2002, por cuanto el acusado al desconocer el lugar y la fecha en que se le imputa cometió el delito, pudo alegar y sustentar con puntualidad y certeza argumentos que apoyen su tesis de inocencia, es evidente que se violó el debido proceso, más aún que la acusadora particular en acopio con la fiscalía

practicaron pruebas a espaldas del procesado por lo que al tenor del Art. 156 del Código de Procedimiento Penal era potestad exclusiva del juez tomarlas en cuenta o no, por lo que en la aplicación de la norma citada el Tribunal Penal desestimó la prueba testimonial que era de oídas y las pericias hechas sobre documentos que no gozaban de ninguna legitimidad, desestimación que fue apegada a estricto derecho. Los acusadores tanto, público como particular, están obligados jurídica y doctrinariamente a colaborar con el esclarecimiento de la verdad jurídica dentro del proceso penal acusatorio, por lo que estos sujetos no pueden sustraerse al deber de suministrar todas las pruebas, sin retaceos. No cabe permitirles manipular la prueba por acción u omisión (como sucede en el presente caso), y se les debe exigir que incorporen a juicio toda aquella prueba conocida específicamente, como tampoco puede permitirse a la acusación oficial que goza de todo el peso del aparato estatal y apoyada por la acusación particular, omitir diligencias básicas para establecer la temporalidad y espacialidad de un hecho que se persigue oficialmente como en el presente caso. La adopción de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas (explicitación y desarrollo útil de las reglas de la sana crítica en materia de carga probatoria para casos de difícil prueba), dentro de un proceso penal acusatorio, ayudan a obtener la verdad jurídica objetiva, por lo que la acusación pública y, privada deben entenderlas y manejarlas con destreza cognoscitiva; **7.-** El derecho de igualdad procesal, justamente encuentra su balance ideal entre la presunción de inocencia y esta última aseveración, esto es, la paridad de condiciones respecto de quien ejerce la acción pública y quien debe soportar la imputación, circunstancias que forman parte de un debido proceso constitucional que esta Sala de Casación pregona. El aseguramiento de la efectividad de la defensa y una acusación pública y privada, que en este caso no fueron respetuosas del debido proceso, exigen a este Tribunal una actitud comprometida con las garantías constitucionales, y esta actuación en este sentido, no debe ser percibida como atentatoria del principio de imparcialidad, sino como una reafirmación de éste, pues de no ser así se verificaría una complicidad en el desequilibrio del proceso favorable a la acusación oficial. Al efecto, el maestro Pedro Pablo Camargo en su obra "El Debido Proceso", editorial Leyera 2000, Bogotá Colombia, pág. 30 señala: "Se da una nulidad constitucional ipso iure o de efectos inmediatos que dejan sin valor legal una prueba recaudada con violación del debido proceso, o sea obtenida por encima o con desconocimiento de las garantías procesales a las que tiene todo acusado... pruebas ilegalmente trasladadas, testimonio obtenidos en el exterior por la Fiscalía General de la Nación sin la presencia del acusado y su defensor, testimonios arreglados de testigos arrepentidos, etc...". Por su lado, el procesalista César Martín Castro en su obra "derecho procesal penal" Editorial jurídica Giley, volumen II, Lima 1999 al referirse a la prueba ilícita señala: "Se define por prueba prohibida aquella que se obtiene con infracción de los derechos fundamentales, entendiendo por obtención, aquella labor tendiente a llegar a un resultado probatorio al proceso, esto es tanto la actividad de búsqueda e investigación de la fuente de prueba por mecanismos que violan los derechos fundamentales: aplicación a la fuente de un método ilícito y extracción de un resultado que en si mismo viola un derecho esencial". En este aspecto es unánime la doctrina y la jurisprudencia al sostener que la obtención de pruebas

violando preceptos constitucionales. y de manera especial garantías fundamentales del debido proceso deben ser "inutilizables" y por consiguiente no se las puede incorporar a un proceso penal. Por ello, en nuestro sistema procesal penal se excluye la prueba ilícita, así lo contemplan los Arts. 87 y 88 del Código de Procedimiento Penal que refieren o tratan sobre los indicios. Es evidente que la sentencia recurrida se ajusta al texto de los Arts. 87 y 88 numeral 2 del Código de Procedimiento Penal. Al respecto, el Art. 6 del Código Orgánico de la Función Judicial, señala "Las juezas y jueces aplicarán la norma constitucional por el tenor que más se ajuste a la Constitución en su integridad. En caso de duda, se interpretará. En el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos garantizados por la norma, de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional."; **8.-** Por último, cabe señalar que en el presente caso no está en juego, en duda, ni se hace necesario la aplicación del principio en favor del niño o del procesado, por lo que no cabe hacer un juicio de ponderación para establecer qué bien jurídico tutelado por el derecho tiene preeminencia como lo reclama la acusación, pues del estudio inextenso del expediente, así como del examen de la fundamentación del recurso, fácilmente se infiere que lo que pretende en el caso, la acusación particular es acudir al derecho penal para resolver conflictos de índole eminentemente civil lo que evidentemente no puede prosperar, ya que el derecho penal de última ratio y mínima intervención está concebido para tutelar bienes jurídicos que otras ramas del derecho no las protegen y en ningún caso para satisfacer intereses personales, pues es evidente que lo que se persigue es la

obtención de la tenencia de la supuesta agraviada.

QUINTO: RESOLUCIÓN.- Por lo expuesto, esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia considera que al no haberse comprobado la existencia del delito y la responsabilidad del acusado, con fundamento en los artículos 75, 76 numeral Primero, 86, 169, 172 de la Constitución de la República del Ecuador, Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos señalados; artículos 5, 23, 25 y 26 del Código Orgánico de la Función Judicial; 156 del Código de Procedimiento Penal y no habiendo violación de la ley en la sentencia recurrida como equivocadamente sostiene la acusación en ninguna de las formas establecidas en el Artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPUBLICA, desestima los recursos de casación formulados por los motivos señalados precedentemente. Notifíquese, Publíquese y Devuélvase.

F) Dr. Hernán Ulloa Parada, Dr. Luis Moyano Alarcón, Dr. Milton Peñarreta Álvarez JUECES NACIONALES.- CERTIFICO.- f) Dr. Hermes Sarango Aguirre, SECRETARIO RELATOR.

Certifico que las doce (12) fotocopias que anteceden son iguales a su original.- Quito 11 de enero del 2011.

f) Dr. Hermes Sarango Aguirre, SECRETARIO RELATOR.



SUSCRÍBASE

Al Registro Oficial Físico y Web

Av. 12 de Octubre N 16-90 y Pasaje Nicolás Jiménez / Edificio NADER

Teléfonos: Dirección: 2901 629 / 2542 835

Oficinas centrales y ventas: 2234 540

Editora Nacional: Mañosa 201 y 10 de Agosto / Teléfono: 2455 751

Distribución (Almacén): 2430 110

Sucursal Guayaquil: Malecón N° 1606 y Av. 10 de Agosto / Teléfono: 04 2527 107

Síguenos en:

www.registroficial.gob.ec

facebook

twitter