



# REGISTRO OFICIAL

## ÓRGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

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

### EDICIÓN ESPECIAL

**Año I - Nº 37**

**Quito, martes 6 de agosto de 2013**

**Valor: 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

40 páginas

[www.registroficial.gob.ec](http://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:

252-05	Rolando Brito Moreira .....	2
22-07	Wilson Chavarría .....	3
405-07	Klever Porras .....	4
381-08	Irwin Josep Lara Quintero y otros .....	6
402/08	Darwin Oswaldo Ortega Peña .....	7
119-09	Pedro Vicente Vega León y otro .....	9
122-09	Nelson Cabezas Dávila .....	11
349-09	Franklin Aníbal Piedra y otros .....	13
557-09	Washington Omar Pintado Gómez .....	26
616-09	Dr. Juan Teodoro Cordero Jaramillo y otros ..	27
861-09	Leonardo Venancio Meneses Pozo .....	31
968-09	Ángel Gonzalo Nauñay Ñaupa .....	31
1098-09	David Mauro Tankamask Juank .....	33
266-10	Luis Rolando Quinabanda Chacán y otro .....	36
275-10	Oswaldo Darío Yaguana Salinas .....	37
350-10	Setrafor Cía. Ltda. ....	38
525-10	Isaac Vladimir Coba Claudio .....	39
912-10	Bayardo Polivio Moreno Piedrahita Tates y otros .....	39

No. 252-05-or

Seguido contra Rolando Brito Moreira por tenencia de armas.

**Juez Ponente:** Dr. Arturo Pérez Castillo  
(Art. 185 Constitución de la República del Ecuador)

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA DE LO PENAL**

Quito, 31 de marzo del 2011, las 11h50.

**VISTOS:** El Agente Fiscal Distrital de Manabí, Ab. José Ávila Reyes, interpone recurso de casación de la sentencia pronunciada por el Segundo Tribunal Penal de Manabí, en la que absuelve al procesado Rolando Brito Moreira, a quien se le juzga por el delito de tenencia ilegal de armas, porque según dice, el Tribunal ha aplicado indebidamente los principios fundamentales sobre la prueba y su valoración, violando los Arts. 79, 84, 85, 86, 87 y 88 del Código Procesal Penal, y en la fundamentación del recurso se solicita a la Sala corregir el error en el que ha incurrido dicho Tribunal. Para resolver se considera: **PRIMERO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA.-** Esta Primera sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, es competente para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto, de conformidad con la ley, 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. 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. 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; y, la Resolución Sustitutiva dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre y publicada en el R.O. No. 511 de 21 de enero del 2009 y el sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de Jueces Nacionales de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento del presente juicio penal.-**SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.-** Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial alguna, que podría causar su nulidad; por lo que, este Tribunal de Alzada, declara la validez de esta causa penal.- **TERCERO.- FUNDAMENTO DEL RECURSO.-** La Ministra Fiscal General, al fundamentar el recurso de casación, en el considerando Tercero dice que el hecho acusado corresponde al delito de tenencia ilegal de armas, previsto y reprimido en el Art. 31 de la Ley de Fabricación, Importación, Exportación, Comercialización y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios, ocurrido el 27 de junio del 2003, a eso de las 15h30, en la Avenida del Ejército y Tercera Transversal de la ciudad de Portoviejo, lugar en que fueron detenidos Rolando Brito Moreira y Euro Benito Espinales Cantos, cuando miembros de la Jefatura Antinarcóticos hacían patrullaje por la ciudad y recibieron un llamado indicándoles que, en ese sitio se hallaba un grupo de personas haciendo disparos y consumiendo drogas; que junto al personal del GOE y de

Operaciones Motorizadas concurren hasta el lugar; que al percatarse de la presencia policial, Espinales Cantos lanzó una envoltura conteniendo marihuana y Rolando Brito Moreira lanzó a la maleza un arma de fuego tipo subametralladora. Que la declaración del Agente de policía Augusto Monserrate Alonso García, es presencial y da cuenta de los hechos que vio, que tanto merecen credibilidad. Que el criterio esgrimido por el Tribunal Penal, que pretende controvertir sin fundamento, lo presenciado por el policía Alonso García, contraviene el Art. 79 del Código Procesal Penal, que determina que las pruebas deben ser producidas en juicio ante los tribunales penales; que, el Art. 85 de la norma Adjetiva Penal, se refiere a la finalidad de la prueba, que no es otra cosa que establecer la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado; que aceptar el criterio mantenido en el fallo devendría en impunidad, que desde su perspectiva, la declaración del único testigo que vio al acusado Rolando Rodolfo Brito Moreira, lanzar la subametralladora a los matorrales carece de valor, con lo que se ha inobservado los preceptos del Art. 86 ibidem: “toda prueba será apreciada por el juez o tribunal conforme a las reglas de la sana crítica”. En consecuencia dice, que el Segundo Tribunal Penal de Manabí, violó la ley en la sentencia absolutoria, por lo que, fundamentando en estos términos el recurso de casación interpuesto por el Ab. José Ávila Reyes, Agente Fiscal de Manabí, solicita a la Sala corregir el error en el que ha incurrido dicho Tribunal, dictando la sentencia que corresponde por el delito señalado. **CUARTO.- CONSIDERACIÓN DE LA SALA.-** De conformidad con lo dispuesto en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, “El recurso de casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o por errónea interpretación. No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba”. Lino Enrique Palacio, en “Los Recursos en el Proceso Penal, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, pág. 115, acertadamente señala que “la vía del recurso de casación no procede para provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios en que se apoya la sentencia, por cuanto el valor de las pruebas no está prefijado o predeterminado de antemano y corresponde por lo tanto a la apreciación del Tribunal de juicio la determinación del grado de convencimiento que aquellas pueden producir sin que dicho Tribunal deba justificar por qué otorga mayor o menor mérito a una prueba que a otra”. Es importante establecer, que de acuerdo con las normas legales que rigen la casación penal, es obligación de quien recurre por esta vía, demostrar en qué consiste las violaciones de la ley en la sentencia, esto es hacer evidente la contravención a las normas legales en cuanto a su texto, o establecer claramente en qué consiste la interpretación de la ley o la falsa aplicación de la misma y de qué manera ha influenciado en la equivocada decisión de los juzgadores. Por lo expuesto, esta Sala está imposibilitada de realizar un reexamen de las pruebas actuadas, ya que la ley le concede esta facultad al juzgador, quien por su independencia y haciendo uso de la sana crítica, que no es otra cosa que el acervo de capacidad, experiencia, lógica jurídica y convicción personal, es a quien le corresponde la valoración de la prueba, tanto más que, por su inmediación en el recaudo procesal, tiene la sustentación de todos los elementos de juicio para decidir lo que en derecho

corresponde. La señora Ministra Fiscal manifiesta entre otras cosas que "... al percatarse de la presencia policial, Espinales Cantos lanzó una envoltura conteniendo marihuana y Rolando Brito Moreira lanzó a la maleza un arma de fuego, tipo sub ametralladora". Es necesario destacar, dice, "que la declaración del Agente de Policía Augusto Monserrate Alonso García García, es presencial y da cuenta de los hechos que vio, por tanto merece credibilidad" y que el criterio esgrimido por el Tribunal Penal pretende controvertir sin fundamento, lo presenciado por el mencionado policía, contraviniendo el Art. 79 del Código Procesal Penal, que determina que las pruebas deben ser producidas en el juicio ante los tribunales penales; que el Art. 85 ibídem se refiere a la finalidad de la prueba y que no es otra que establecer la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado; dice que, aceptar el criterio mantenido en el fallo devendría en impunidad, que desde su perspectiva la declaración del único testigo que vio al acusado Brito Moreira lanzar la sub ametralladora a los matorrales carece de valor, con lo que inobserva los preceptos del Art. 86 del cuerpo de leyes invocado: "toda prueba será apreciada por el juez o tribunal conforme a las reglas de la sana crítica" y que por lo tanto, el Segundo Tribunal Penal de Manabí, violó la ley en la sentencia absolutoria. Sin embargo de todo lo dicho, en la Obra "El Testimonio y la Confesión", Primera Edición 2001, Editorial Jurídica Bolivariana, José María Paz Rubio, Fiscal del Tribunal Supremo. Madrid (España), en el Tema: "Clases de Testigos", pág. 46, al referirse al testigo policía dice: "... el policía no es un testigo privilegiado : no resulta aceptable en línea de principio que, las manifestaciones policiales tengan que constituir prueba plena y objetiva de cargo destructora de la presunción de inocencia por sí misma, habida cuenta la calidad por razón de su condición de "agente de la autoridad" de las mismas. Y, continúa, no puede ser así por que cualquiera sobreestimación procesal de las declaraciones policiales llevaría consigo de modo inevitable la degradación de la presunción de inocencia de los sujetos afectados por ellas. De modo que las aportaciones probatorias de los agentes de la autoridad no deberán merecer más valoración que la que objetivamente derive, no del a priori de la condición funcional de éstos, sino de la consistencia lógica de las correspondientes afirmaciones...", circunstancias que según se desprende de la sentencia, han sido analizadas, en base a la sana crítica a la que nos hemos referido anteriormente, más aún, tomando en consideración que, como dice Carlos Antón Mittermaier, Profesor de Derecho Penal Heidelberg (Alemania) en el tema Fundamentos del Valor del Testimonio, pág. 259 de la Obra citada, "...Siendo necesarios dos testigos conformes para que pueda haber condena, dedúcese de aquí que un solo testimonio no puede hacer plena fe; por eso los legisladores de algunos países han prohibido la condena en virtud de él, y en esto consiste una de las más preciosas garantías de la inocencia. Cuando el tormento era un medio judicial, la declaración de un testigo único podía dar por resultado que se aplicase el tormento al acusado; pero hoy, solo constituye una presunción..." premisa que ha sido tomada en cuenta por el Tribunal, habida cuenta que, tratándose de un Tribunal de Garantías Penales, aún concediendo que, "en los procesos más corrientes, la presunción está en contra del acusado, no es menos cierto que debe actuarse como si la presunción estuviese establecida en

su favor y en consecuencia, el juez debe adoptar la máxima de que es mejor dejar escapar un culpable que condenar un inocente, en otras palabras debe cuidarse mucho más de la injusticia que condena que de la justicia que absuelve ..." La Prueba en el Juicio Oral Penal" Jeremías Bentham. Colección Grandes Maestros del Derecho. Ediciones Cueva Carrión. Quito-Ecuador. Pág. 45. En consecuencia, el Segundo Tribunal Penal de Manabí, al dictar sentencia, ha obrado con estricto apego a las normas de derecho sin que se observe violación alguna de las alegadas por el Fiscal, Arts. 79, 84, 85, 86, 87 y 88 del Código Adjetivo penal, que menciona el Ab. José Ávila Reyes, Agente Fiscal Distrital de Manabí, lo que implica que la sentencia reúne los requisitos establecidos en el Art. 24 numeral 13 de la Constitución Política vigente a la fecha (Art. 76 numeral 7, literal l) actual), y en el Art. 304-A y 309 del Código de Procedimiento Penal. **QUINTO.- RESOLUCIÓN.-** Por lo expuesto y apartándonos del criterio de la Fiscalía General del Estado, 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 LAS LEYES DE LA REPUBLICA", al tenor del Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto, disponiendo se devuelva este proceso al Tribunal de origen para la ejecución de la sentencia recurrida.- Notifíquese y Publíquese.

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Milton Peñarreta Álvarez, Arturo Pérez Castillo, Jueces Nacionales y Conjuez Permanente.- Certifico.- Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

Certifico que las cuatro fotocopias que anteceden son iguales a sus originales.- Quito, 11 de abril del 2011.

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

---

#### No. 22-07-OR

Juicio que sigue contra Wilson Chavarría por homicidio simple

#### CORTE NACIONAL DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO PENAL

Quito, 23 de febrero del 2011, las 17h30.

**VISTOS.-** Wilson Antonio Chavarría Chavarría, quien a foja 26 desiste del recurso de revisión que interpusiera respecto de la sentencia dictada por el Tribunal Penal de Cotopaxi, ha reconocido su firma y rúbrica conforme así aparece a fojas 36 de este cuaderno.- En tal virtud, se

acepta el desistimiento.- Notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada, Milton Peñarreta Álvarez.- Jueces Nacionales. Certifico, Secretario Relator. Dr. Hermes Sarango Aguirre.

Certifico que la presente es fiel copia del original.- Quito, 4 de marzo del 2011.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator, Primera Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia.

---

**No. 405-07-OR**

En el juicio seguido contra Klever Porras por abigeato denunciado por José Usiña,

**Juez Ponente:** Dr. Luis Moyano Alarcón.

(Art. 185 de la Constitución de la República del Ecuador)

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA DE LO PENAL**

Quito, 22 de febrero del 2011, las 15h45.

**VISTOS:** El señor GONZALO PORRAS, padre de menor adulto KLEBER GUILLERMO PORRAS GRANJA, interpone recurso de casación contra la sentencia dictada por el Juzgado de la Niñez y Adolescencia de Latacunga, el día 2 de mayo del 2007, a las 20H00, a quien se impuso internamiento institucional hasta por Veintiocho meses de conformidad con lo dispuesto en el Art. 370, numeral 3, literal c) del Código de la Niñez y Adolescencia, sentencia confirmada en todas sus partes por la Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Latacunga el día 8 de junio del 2007, a las 8H43; El recurso presentado fue fundamentado por el recurrente, habiéndose corrido traslado con el mismo al señor Ministro Fiscal General del Estado, quien contestó, de conformidad con lo que establece el Art. 355 del Código de Procedimiento Penal. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.-** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto de conformidad con la ley, 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. 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 de 2008, publicada en el R.O.

No. 511 de 21 de enero del 2009 y el sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de Jueces Nacionales de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento del presente juicio penal. **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 Alzada declara la validez de esta causa penal. **TERCERO: FUNDAMENTACION DEL RECURSO.-** El recurrente sostiene en su escrito de fundamentación que al momento de resolver por parte del inferior, su hijo ya era mayor de edad y por lo mismo esta fuera de la competencia que para estos casos concede el Código de la Niñez y Adolescencia, que no se ha probado la supuesta responsabilidad de su hijo en el delito sancionado, ni se ha tomado en cuenta que está exento de responsabilidad, en el supuesto que hubiere participado en el delito por el parentesco de hermano (sic...), contrariando de esta manera lo dispuesto en el Art. 45 del Código Penal, con el supuesto autor del delito, y por otra parte el juez de origen no tiene ya competencia para juzgar a mi hijo, que a la fecha de dictarse la resolución es mayor de edad, ya pues que el artículo 1 del código antes citado señalan que sus disposiciones sobre la protección integral que es el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, disposición que se complementa con el Art. 2 ibidem que indica cuáles son los sujetos protegidos por sus disposiciones, disponiendo en primer lugar que sus normas son aplicables a todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años, y en segundo lugar dice que por excepción PROTEGE a personas que han cumplido dicha edad, en los casos expresamente contemplados en ese código, como es el de los alimentos y en el supuesto que nos ocupa, no hay disposición expresa para que se sancione a un individuo mayor de edad a que vaya a internarse en establecimiento donde solo existen menores infractores. El Juez en este caso que tiene carácter penal debe atenerse a la letra de la ley, conforme lo señala el artículo 4 del Código Penal en vigencia, sin que su resolución sea antojadiza ni extensiva como ha sucedido en este caso, en que se ha impuesto a una persona mayor de edad como si fuere menor adolescente, lo que daría el fenómeno de una mayor de edad en reclusorio de menores. El internamiento como señala el Art. 330 del Código de la Niñez y Adolescencia, en el inciso último se opera en el adolescente infractor, cuando éste ha cometido delito penado con reclusión y el abigeato en ninguna de sus formas, esta sancionado con dichas penas, sino que en todo caso, leve o grave el abigeato esta sancionado con prisión, según lo dispone los artículos 554 y 555 del Código penal, por lo que ha hecho una interpretación errada de la ley. En este caso, y solicita que casen las sentencia y absuelvan a su hijo. **CUARTO: DICTAMEN FISCAL.-** El Doctor Alfredo Alvear Enríquez, Director Nacional de Asesoría Jurídica € Subrogante del Ministro Fiscal General del estado, al contestar la fundamentación del recurso de casación realizada por la recurrente, manifiesta que: 1.-La prohibición contenida en el Art. 4 del Código Penal esta directamente relacionada a la interpretación que el juzgador o quien aplica la ley debe dar al sentido y alcance de los contenidos normativos, y que en materia penal rige exclusivamente para los casos y presupuestos expresamente previstos en la norma, sin que proceda aplicar tales hipótesis para casos o eventos análogos, y tomando en cuenta que a la fecha de sucederse el hecho y la conducta

objeto del proceso iniciado por el Juzgado de la Niñez y Adolescencia de Latacunga, Kleber Porras Granja tenía 17 años de edad, la iniciación de dicho proceso y la resolución adoptada por el Juez en ese trámite no constituye quebrantamiento alguno de la norma contenida en el Art. 4 del Código Penal. En cuanto a la alegación de que existe infracción a lo dispuesto en el Art. 45 del Código Penal, debemos señalar que la hipótesis de esta norma esta referida a la exención que el legislador considera y establece respeto al encubrimiento ejecutado y dirigido en beneficio del cónyuge o de los parientes consanguíneos o afines señalados en la misma disposición, presupuestos que no corresponde ni concurren en modo alguno en los hechos constitutivos de infracción atribuidos al adolescente Kleber Wilfrido Porras Granja en la presente causa, por lo que el cargo formulado en estos términos carece en absoluto de sustento ni fundamento.- 2.- En cuanto al cargo formulado por el recurrente respecto a que se ha ordenado una medida de internamiento calificando la conducta del adolescente como que corresponde a una infracción sancionada condena de reclusión, debemos señalar lo siguiente: En la resolución del Juzgado de la Niñez y Adolescencia Kleber Wilfrido Porras Granja ha incurrido en una conducta correspondiente al delito de abigeato tipificado en el Art. 554 del Código Penal, y bajo esta consideración, al advertir que este delito esta reprimido por el Art. 555 del mismo código con pena de prisión, correspondía entonces aplicarse una de las medidas socio-educativas previstas en el numeral 2 del Art. 370 del Código señalado, incurriendo en un evidente error de selección de la norma sustantiva determinada para definir su resolución. Por lo expuesto estima que el recurso de casación formulado por el recurrente es procedente en los términos y consideraciones señaladas, y en merito a ello, procede entonces que la Sala case la sentencia impugnada.-

**QUINTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.-** 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; ya por contravenir expresamente a 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 y práctica del recurso de casación, esta Sala está impedida de realizar una nueva valoración del acervo probatorio, así como 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 las conclusiones jurídicas que constan en el fallo recurrido, en el que, se ha determinado que el menor infractor con su hermano Jehová Porras Granja son los responsables del robo de ganado de propiedad de José Usuño Quisaguano, y de otras personas, que fueron recuperados en la propiedad de Vinicio Díaz, ubicada en el sector de El Triunfo Grande del cantón Sigchos, al ser preguntado Vinicio Díaz, así como Gustavo Guasti, por la Policía de Sigchos sobre tales

robos han manifestado que los que sacaron el ganado fueron los hermanos Porras Granja, entre ellos el menor adolescente Kleber Porras G. y que ellos le enseñaron a robar el ganado de todas las propiedades. Que al momento de la aprehensión el menor adolescente Kleber Porras G, ha manifestado que el ganado del señor Golfredo Navarro se encontraba en la propiedad de su cuñado Vinicio Díaz, y les ha dicho a los perjudicados que vengán a reconocer si el ganado es de ellos, que se recupero tres cabezas de ganado. De tal manera que esta demostrada la materialidad de la infracción, así como la responsabilidad penal del menor adolescente, Por otra parte al Juzgado de la Niñez y Adolescencia 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. El Art. 5 del Código Orgánico de la Función Judicial preceptúa: "**Las Juezas y jueces, las autoridades administrativas 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 mas favorables a las establecidas en la Constitución aunque las partes no la invoquen expresamente**", y el Art. 6 del mismo cuerpo legal señala: "**Las juezas y jueces aplicarán la norma constitucional por el que más se ajuste a la Constitución en su integridad. En caso de duda, se interpretará en el sentido que mas favorezca a la plena vigencia de los derechos garantizados por la norma, de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional**". El Art. 76, numeral 6 de la Constitución de la República señala: "**la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales**, en el caso que nos ocupa, el Juez de la Niñez y Adolescencia de Latacunga, en la parte resolutive de la sentencia, aplico indebidamente la norma contemplada el numeral 3 del Art. 370 del Código de la Niñez y Adolescencia, por la infracción cometida por el menor adolescente, por lo que se violó claramente lo dispuesto en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, además con las pruebas aportadas por los sujetos procesales se ha demostrado claramente que las cabezas de ganado robadas fueron recuperadas en su oportunidad, por la policía del Cantón Sigchos y entregadas debidamente a sus propietarios. **SEXTO: RESOLUCION.-** Por las consideraciones antes expuestas, y acogiendo el dictamen fiscal, esta Primera Sala Especializada 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 LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**", y de conformidad con lo dispuesto en el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal esta Primera Sala de lo Penal casa la sentencia, y declara que el menor infractor Kleber Porras Granja, es AUTOR del delito de ABIGEATO, tipificado en el Art. 554 del Código Penal y sancionado con el Art. 555 del mismo Código, como a la fecha de cometerse el delito el acusado era menor de edad y tenía 17 años, de conformidad con lo dispuesto

en el Art. 370, numeral 2, literal g) del Código de la Niñez y la Adolescencia, se impone la medida socioeducativa de internamiento con régimen de semilibertad de UN AÑO, Ordenándose la devolución del proceso a fin de que se ejecute la sentencia - Notifíquese y Publíquese.-

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada, Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.- Certifico, Secretario Relator.- Dr. Hermes Sarango Aguirre.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator, Primera Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia.

---

**No. 381-08**

Juicio contra Irwin Jhosep Quintero y otros por asesinato

**Juez Ponente:** Dr. Luis Moyano Alarcón

(Art. 141 Código Orgánico de la Función Judicial)

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA DE LO PENAL**

Quito, 22 de febrero del 2011, las 16h00.

**VISTOS:** Con fecha 9 de junio del 2005, a las 17h25, el Tribunal Quinto de lo Penal del Guayas, declara que Irwin Joseph Quintero o Irwin Joseph Lara Quintero, Jhonny Castro Corozo y Kléber Antonio Sánchez Arce, son autores del delito tipificado en el Art. 550 y reprimido en el Art. 552, ambos del Código Penal, imponiéndoles la pena de veinticinco años de reclusión especial, a cada uno de ellos. El sentenciado, Jhonny Castro Corozo interpone recurso de revisión, una vez concluido el trámite previsto para este tipo de recursos, y siendo el momento de resolver, la Sala considera: **PRIMERO.-** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de revisión interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1; Disposición Transitoria Octava de la Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en el R.O. No. 449 del 20 de octubre del 2.008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa: 001-08-SI-CC de fecha 28 de noviembre de 2008, dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de Diciembre del 2.008; la Resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre del 2008 y publicada en el R.O. 511 del 21 de enero del 2009; y, el sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de jueces nacionales de esta Primera Sala de lo Penal.- El Dr. Gerardo Morales Suárez, Conjuez Permanente de esta

Primera Sala de la Corte Nacional, avoca conocimiento de la presente causa, en virtud del oficio No. 1225-SG-SLL-2010, de 1 de diciembre de 2010, firmado por el señor doctor José Vicente Troya Jaramillo, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.- **SEGUNDO:** Revisado el expediente, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pueda afectar la decisión de esta causa, por lo que se declara expresamente su validez.- **TERCERO:** De conformidad con el Art. 364 del Código de Procedimiento Penal, vigente a esa época, se abrió el período de prueba, durante el cual el recurrente no presentó ninguna sobre nuevos hechos que demuestren error en la sentencia impugnada, no obstante lo cual, se remitió el proceso para dictamen del Ministerio Público; **CUARTO:** El Ministro Fiscal General, Dr. Washington Pesantez Muñoz, en su dictamen, expresa: “ El recurso de revisión es extraordinario y especial, lo primero ya que no abre una nueva instancia y lo segundo, porque solo procede en las causales expresamente señaladas en el Art. 360 del Código Adjetivo Penal, las que deben ser precisadas y justificadas, pues no basta citar en forma general como lo hace el recurrente para considerar que la impugnación ha sido fundamentada, siendo necesario que se demuestre lo aseverado, mediante nueva prueba. Quien lo interpone queda obligado a probar los hechos o indicios falsos que llevaron al juzgado a dictar sentencia condenatoria en su contra, razón por la cual, el recurrente tiene que practicar prueba fehaciente y plena con tal finalidad, la que tendrá que ser distinta de la que sirvió al juzgador para determinar la responsabilidad penal del sentenciado en el fallo impugnado. Solo en atención a esta posibilidad es que la ley permite desvirtuar la cosa juzgada mediante recurso de revisión. **QUINTO.-** La falta de nueva prueba actuada por el recurrente para justificar las causales invocadas para revisión, en el período de prueba correspondiente deja sin asidero el recurso deducido, por no haberse demostrado los fundamentos de su impugnación.- Por lo que 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 LAS LEYES DE LA REPUBLICA**, declara improcedente el recurso de revisión interpuesto por Jhonny Castro Corozo y ordena la devolución del proceso al Tribunal de origen y notifíquese.

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada, Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.- Certifico, Secretario Relator. Dr. Hermes Sarango Aguirre.

Certifico que la presente es fiel copia de su original.- Quito, 28 de febrero del 2011.

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

**Juez Ponente:** Dr. Luis Moyano Alarcón.

(Art. 185 de la Constitución de la República)

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA DE LO PENAL**

Quito, 17 de febrero del 2011, las 17h00.

**VISTOS:** Darwin Oswaldo Ortega Peña interpone recurso de casación de la sentencia dictada por el Tribunal Primero de lo Penal de Loja, el 9 de julio del 2008, que le encuentra autor del delito tipificado y reprimido en el Art. 459 del Código Penal y lo condena a la pena de tres meses de prisión, prevista en el Art. 460 del mismo código, modificándola a sesenta días de prisión correccional por haber aportado atenuantes, en aplicación del Art. 73 en relación con los números 6, 7 y 10 del Art. 29 del Código Sustantivo Penal, por no concurrir ninguna circunstancia agravante.

**PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.-** Esta Sala tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver el recurso de casación, 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: 001-08-SI-CC de fecha 28 de noviembre de 2008, dictada por la Corte Constitucional y 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 del 2008; y publicado en el R.O. No. 511 de 21 de enero del 2009; y, el sorteo de ley respectivo, por lo que en nuestras calidades de jueces nacionales de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento de la presente causa.- **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** En la sustanciación de la causa han sido observadas y aplicadas las normas del Código Adjetivo Penal en vigencia, sin que se advierta omisión de solemnidad sustancial que influya en su decisión; por lo que este Tribunal de Casación declara la validez de esta causa penal.- **TERCERO: ANTECEDENTES PROCESALES.-** El hecho se conoce debido a que el Hospital Binacional de la ciudad de Macará, se comunicó que allí se encontraba un cadáver de aproximadamente 21 años de edad, de nombres Fabián Guerrero, por lo que el Fiscal inicia la indagación previa; y, al realizar el levantamiento del cadáver se conoce que se trata de Héctor Fabián Guerrero Fuenmayor, quien tenía un orificio de bala de arma de fuego de entrada y otro de salida.- A través del parte policial se llega a saber que el policía Víctor Patricio Flores Aguirre había sido atacado física y verbalmente por un grupo de individuos ebrios dentro de la Discoteca Macondo, por lo que se retiró del lugar, pero que ellos lo persiguieron, atacándolo en el parque que queda cerca del Banco de Fomento, al ver eso el policía Darwin Oswaldo Ortega Peña, que se encontraba dando seguridad al Banco, salió en su ayuda, por lo que también fue agredido y que el ahora occiso trató de desarmarlo, que durante el forcejeo se produjo una detonación que impactó en el cuerpo de uno de los agresores del policía Ortega.- **CUARTO: FUNDAMENTACION DEL RECURSO.-** El policía

Nacional Darwin Oswaldo Ortega Peña, fundamenta su recurso de Casación manifestando: **1)** Que existe falta de aplicación del Art. 86 del Código de Procedimiento Penal, porque no se hace una buena aplicación de las reglas de la sana crítica; **2)** Que en el numeral 8 del fallo, el Tribunal dice que el homicidio en referencia, es el resultado de una conducta prevista en el Art. 14 inciso 5 del Código Penal, porque actuó con imprudencia y poco profesionalismo, cuando se acercó al grupo de agresores, a quienes debía advertirlos y tratar de ayudar a su amigo, a una distancia prudente; **3)** Que el Tribunal da por probado, que en ningún momento sacó a relucir el arma o amenazó a alguien con ella, por lo que tampoco la accionó; **4)** Que el Tribunal hizo una correcta aprehensión intelectual de los hechos y circunstancias que los rodearon, pero su error es en cuanto al silogismo, llegando a una conclusión errada, a pesar de que considera acertada su actuación al acudir en auxilio de su compañero. **5)** Que él cumplió la ley, al reducir al mínimo el uso de la fuerza, poniendo en práctica lo que mandan los Arts. 20 y 33 del Código de Ética Profesional de la Policía Nacional, que obliga a “Actuar sin vacilaciones en auxilio o defensa de la integridad de sus compañeros, familiares y de la ciudadanía en general...”. Así como el Art. 3 del Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, porque la actuación policial debe estar sujeta a los “Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”, constante en el Libro de Procedimiento Policiales y Derechos Humanos (primera edición 1999 Quito- Ecuador), donde en las disposiciones generales consta, en el Art. 4 que “... Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando los medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto...”. Y más normas que constan en el libelo. **6)** Que de lo analizado se deduce que el juzgador no aplicó adecuadamente las reglas de la sana crítica y las normas procesales que rigen la valoración de la prueba. Por lo que pide que se analicen estos aspectos. **7)** Existe falta de aplicación del Art. 304-A del Código de Procedimiento Penal, porque pronuncia sentencia condenatoria cuando en los autos no hay mérito para ello, porque ha demostrado ser inocente. **8)** Que existe falsa aplicación del Art. 459 del Código Penal, cuando se ha demostrado que no obró con alguna forma de culpa, que hay ausencia de acción delictiva de su parte, lo que se produjo fue un accidente fortuito. **9)** Que no se aplicó el Art. 24 numeral 11 de la anterior Constitución Política de la República, disposición mantenida en el Art. 76 literal K) de la actual Constitución, en relación con el Art. 187 ibidem; el Art. 4 del Código Penal del Código Penal de la Policía Nacional, el Art. 7 del Código de Procedimiento Penal de la Policía Nacional, el Art. 110 de la Ley de Personal de la Policía Nacional, no se respetó el fuero policial. Por lo que solicita se case la sentencia enmendando la violación de la Ley y se lo absuelva de su responsabilidad penal **QUINTO.- DICTAMEN FISCAL.-** El Dr. Washington Pesantez Muñoz, Ministro Fiscal General del Estado, al emitir su dictamen, en la parte principal, expresa: **1)** Que no está en las facultades del tribunal Ad quem, examinar todo el proceso nuevamente, ni hacer un nuevo análisis y valoración de la prueba, porque el recurso de casación es limitado y excepcional, sino que está restringido a los errores de derecho en la sentencia, siempre que se presente una o más de las causas fijadas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, debiendo verificar

que las normas aplicadas sean las que corresponden al caso. **2)** Que el Art. 19 del Código Penal, dice que “no comete infracción de ninguna clase el que obra en defensa necesaria de su persona, con tal que concurran las siguientes circunstancias: actual agresión ilegítima; necesidad racional del medio empleado para repeler dicha agresión y falta de provocación suficiente por parte del que se defiende”; y, el Art. 21 *ibidem*, señala que: “no comete infracción alguna el que obra en defensa de otra persona, siempre que concurran las dos primeras circunstancias del Art. 19 y que, en caso de haber precedido provocación del agresor, y no hubiere tomado parte en ella el que se defiende”, **3)** Que el verbo rector de la conducta del acusado es “causar” la muerte, no matar, lo que le diferencia del delito de homicidio simple, porque ocasionar algo que no se había previsto, es característica de la culpa. Se encuentra probado que los atacantes estuvieron en mayor número en relación al policía que estaba siendo agredido y que el acusado actuó en defensa de esa agresión ilegítima de los pandilleros contra un ciudadano. **4)** Que la prueba ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada conforme al Art. 83 del Código de Procedimiento Penal. Se ha probado que los atacantes estaban armados de un bate de béisbol, que quisieron quitarle el arma de dotación policial, que él no sacó su arma, que él no fue quien disparó el arma, que el ahora occiso era muy peligroso; **5)** Que la parte conclusiva de la sentencia dice que: “... el hecho de que el acusado no haya tenido la voluntad de matar no significa que el suceso en tal sentido constituya un “imprevisto”... y que el forcejeo de que se habla, haya sido un hecho al que no se pudo resistir, pues este forcejeo es el resultado inmediato de que se acercó sin la prudente conducta...”; lo cual no hace sino, corroborar que no se cumplió el requisito básico de la conducta punible que es el dolo; Que el Art. 14 del Código Penal, en el último inciso dice que: “La infracción es culposa cuando el acontecimiento pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de Ley, reglamentos y órdenes.”; y, el Art. 32 del Código Penal, consigna que: “Nadie puede ser reprimido por un acto previsto en la Ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia”. De la prueba del juicio se infiere que jamás hubo intención ni siquiera de usar el arma, peor de matar, por lo que la conducta del procesado fue imprudente pero no punible. Por lo que considera que es procedente el recurso de casación interpuesto por el sentenciado Darwin Oswaldo Ortega Peña, debido a que el Tribunal Primero de lo Penal de Loja inobservó el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal, al haber realizado una errada aplicación de las reglas de la sana crítica al valorar la prueba. Así como de los Arts. 252 y 304 A *ibidem*, condenando indebidamente al procesado. Por lo que solicita que esta Sala así lo declare.- **SEXTO: ANÁLISIS DE LA SALA Y RESOLUCION.- 1)** La casación penal es un medio extraordinario de impugnación, 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.- Para el Tribunal de Casación le está vedado el analizar y valorar nuevamente la prueba, pero sí puede observar si el juzgador realizó una correcta aplicación de la ley, en correlación a los hechos evidenciados en el proceso. Para que prospere la casación, es indispensable que la fundamentación sea clara, precisa y lógica; para ello, el recurrente debe especificar la violación

de la norma en cualquiera de las hipótesis fijadas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal; esto es, evidenciar la contravención a las normas legales en cuanto a su texto, o establecer claramente en qué consiste la errónea interpretación de la ley o la falsa aplicación de la misma, lo que ha realizado de manera muy minuciosa el recurrente. De aquello deviene que, en este recurso, como medio de impugnación, el recurrente busca demostrar al Tribunal de Casación que el tribunal inferior, se equivocó al aplicar indebida o erróneamente algunas normas de derecho en la sentencia recurrida.- **2)** La finalidad de la prueba es establecer “tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del imputado”, el Art. 21 *ibidem*, señala que: “no comete infracción alguna el que obra en defensa de otra persona, siempre que concurran las dos primeras circunstancias del Art. 19 y que, en caso de haber precedido provocación del agresor, no hubiere tomado parte en ella el que se defiende”, que son justamente las circunstancias en las que se produce la muerte de el ahora occiso, es decir que se cumplen los presupuestos de la legítima defensa a otra persona; por lo que no existe responsabilidad, porque conforme al texto legal, no cometió infracción alguna el recurrente; **3)** Sin embargo el Tribunal en primer lugar no toma en cuenta estos artículos de la ley penal, aplicables al caso, y evidentemente, tampoco aplica de manera correcta las reglas y principios de la sana crítica (lógica, experiencia); puesto que, es incontrovertible que las presunciones que el Juez o el Tribunal obtengan en el proceso deben estar “basadas en indicios probados, graves, precisos y concordantes; mas, para que de esos indicios se pueda presumir el nexo causal entre delito y responsabilidad, deben encontrarse plena y absolutamente cumplidos los requisitos que de manera taxativa establece el Art. 88 del Código de Procedimiento Penal. En el presente caso los hechos que debían ser correlacionados con la ley, la doctrina y la jurisprudencia, porque según el mismo Tribunal, se encuentran probados son: que el procesado trató de repeler la agresión ilegítima de la que era víctima su compañero, que los agresores eran un número mayor de personas, que se encontraban armados con un bate de béisbol, que el occiso quiso desarmar al recurrente y en el forcejeo, salió un tiro del arma del policía, que él no disparó, ni tuvo la voluntad de hacerlo, peor de causar la muerte del agresor. En este caso que nos ocupa, no se ha demostrado que la muerte de Héctor Guerrero Fuenmayor, se produjo como consecuencia de una acción u omisión dolosa del recurrente, quien de no haber prestado auxilio a su compañero que estaba siendo agredido por una turba de sujetos, probablemente hubiera sido víctima, por lo que no se ha comprobado la responsabilidad del policía Darwin Oswaldo Ortega Peña, a quien el Tribunal Penal, en lugar de condenarlo, debió aplicar el Art. 32 del Código Penal, que dice: “Nadie puede ser reprimido por un acto previsto en la Ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia”. Es evidente que en este caso no existió dolo, sino que obró en defensa necesaria de su compañero. - **4)** Por lo que esta Sala, luego de un profundo análisis jurídico, lógico, crítico de la sentencia recurrida, encuentra que no hay coherencia entre las partes considerativas y dispositivas del fallo impugnado, puesto que el mismo Tribunal en su sentencia (acepta que el acusado no ha tenido la voluntad de matar, que no accionó el mecanismo de disparo, sino que en el forcejeo el arma se disparó), sin embargo lo encuentra autor del delito de homicidio inintencional, transgrediendo los Arts. 252 y 304

A. No hace una adecuada aplicación de las reglas y principios de valoración de la prueba, lo que le lleva a dictar de manera errada sentencia condenatoria.- Por lo que 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 LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal y aceptando el dictamen fiscal, declara procedente el Recurso de Casación interpuesto por el policía Darwin Oswaldo Ortega Peña, a quien se le absuelve y ordena se devuelva el proceso de manera inmediata al órgano jurisdiccional de origen para los fines legales pertinentes. Notifíquese.

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada, Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.- Certifico, Secretario Relator.- Dr. Hermes Sarango Aguirre.

Certifico que la presente es fiel copia del original.- Quito, 22 de febrero del 2011.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator, Primera Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia.

---

**No. 119-09-or**

**Juez Ponente:** Dr. Milton Peñarreta Álvarez  
(Art. 185 de la Constitución de la República del Ecuador)

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA DE LO PENAL**

Quito, 29 de marzo del 2011, las 16H00.

**VISTOS:** Los señores Pedro Vicente Vega León y Jorge Herminio Castillo Caranguí, interponen recurso extraordinario de Casación de la sentencia dictada por el Segundo Tribunal Penal de Cañar, el 12 de agosto de 2008.- a las 14h00, mediante la cual, se le impone la pena individual de dieciséis años de reclusión mayor especial y ocho años de reclusión mayor ordinaria respectivamente, por considerarlos autor y cómplice del delito que tipifica el Art. 550 del Código Penal, y lo sanciona el Art. 552 último inciso ibídem. El Tribunal sentenciador concede el recurso y remite el proceso a la Corte Nacional de Justicia, mismo que por sorteo legal correspondió su conocimiento a esta Sala, el cual para resolver el recurso dice. **PRIMERO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA .-** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de revisión interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1; Disposición Transitoria Octava de la Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de Octubre del 2.008;

numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de Diciembre del 2.008; y, la Resolución Sustitutiva dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de Diciembre del 2008 y publicada en el Registro Oficial 511 del 21 de enero del 2009; y, el Sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de Jueces Nacionales y Conjuez Permanente, respectivamente de esta Primera Sala de lo Penal. **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.-** Revisado el proceso, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pueda afectar la decisión de esta causa, por lo que se declara expresamente su validez. **TERCERO.- FUNDAMENTACION DEL RECURSO.-** Pedro Vicente Vega León manifiesta su inconformidad con la sentencia, porque considera que en ella se ha transgredido el numeral 13 del artículo 24; y los numerales 26 y 27 del artículo 23 de la Constitución Política del Estado de 1998; así también los artículos 86, 79, 252 y 304 – A del Código de Procedimiento de Penal, argumentando que el fallo recurrido no enuncia las normas o principios jurídicos que sustentan su decisión, ni la pertinencia de la aplicación a los antecedentes del hecho, sino que más bien es producto de una incorrecta apreciación del único medio de prueba inculpatario, como es el testimonio del señor Luis Alberto Cárdenas Lindao, el mismo que al ser meramente referencial, de ninguna manera cumple con los requisitos constitucionales y legales para alcanzar el valor de prueba, pues para obtener tal calidad, debe ser la persona que refirió lo sucedido, quien se presente ante el Tribunal a rendir su declaración, agregando que no existen en su contra indicios probados, graves, precisos y concordantes que permitan presumir su responsabilidad en el presente caso. Al referirse a la comprobación de la existencia material de la infracción, agrega que lo único probado es la existencia fáctica de la muerte de la señora María Dolores Narváez Angamarca, sin que conste comprobado el elemento doloso del agente que dio muerte a la víctima. Por su parte Jorge Herminio Castillo Caranguí sostiene que el Tribunal Penal ha violado los artículos 16, 23 numerales 3, 4, 26 y 27; y los numerales 1, 2, 4, 7, 13, y 14 del artículo 24 de la Constitución Política del Estado de 1998, en relación con los artículos 80, 87, 124 y 143 del Código de Procedimiento Penal, manifestando que en la sentencia pronunciada por el Segundo Tribunal Penal del Cañar no existe motivación jurídica, ni la debida congruencia entre su parte considerativa y resolutive, siendo inverosímil que la misma se encuentre sustentada en una sola prueba de carácter espontáneo referencial, como lo es el testimonio rendido en la audiencia del juicio por parte de Luis Alberto Cárdenas Lindao, el mismo que de ninguna manera puede constituirse en un medio de prueba idóneo para su condena, más aún si como medio de defensa a su favor obra su testimonio, en el que de manera radical niega cualquier tipo de participación en el presente caso. **CUARTO: DICTAMEN FISCAL:** En su considerando tercero el Fiscal General del Estado Washington Pesántez manifiesta que: “El Tribunal Penal deja consignado en su sentencia que la existencia misma de la infracción se justifica con las siguientes actuaciones probatorias: 1. El acta de la diligencia inicial de levantamiento de cadáver, en la que se describe que el cuerpo inerte fue encontrado con ataduras a nivel de pies y manos y con evidentes signos de violencia; 2. El testimonio rendido por el doctor Luis Romero Mogrovejo, encargado de practicar la diligencia de reconocimiento exterior y autopsia del cadáver de la occisa María Dolores Narváez Angamarca, quien en la audiencia

del juicio concluye que la causa probable de la muerte es la asfixia mecánica por sofocación, pues las prendas que cubrían el rostro habían determinado la imposibilidad de respirar por la boca y los orificios nasales; y 3. El informe pericial de inspección ocular al escenario de la infracción, practicado por el agente de policía César Zhingre Quiroga. En lo que tiene que ver con la participación de los acusados, el juzgador expresa que por imperativo legal, cabe referirse por separado a la participación de cada uno de los acusados, así: la responsabilidad penal de Pedro Vicente Vega León es deducible del testimonio rendido por Luis Alberto Cárdenas Lindao, a quien el nombrado procesado, en los días sucesivos al hecho le narró de manera detallada la forma en que éste se produjo. Dicha declaración es apreciada por el Tribunal, el que concluye que dada la concordancia con la materialidad de los hechos y la declaración de Raúl Angamarca, ese elemento de información ingresa al cuadro demostrativo con un alto grado de credibilidad, pues fácilmente le permite establecer que el acusado Vega León le relató a Cárdenas Lindao su actuación conjunta con otras personas, quienes tomaron de manera directa e inmediata una tarea determinada en la labor delictual. Respecto a la actuación de Jorge Herminio Castillo Carangui, el Segundo Tribunal Penal del Cañar expresa que los acusados en su afán de conseguir su exculpación, tratan de justificar una coartada, a través de prueba testimonial y documental, por la cual procuran convencer al Tribunal que al momento de sucedidos los hechos, se encontraban en un lugar diverso de aquel en el que se produjo la infracción, añadiendo que para la comisión del delito, se hacía necesaria la participación de una persona, quien se encargaría de proporcionar información sobre la existencia del dinero mantenido en estricta reserva, así como la seguridad con la que la ahora occisa se mantenía en el interior de su departamento, información que según dice, provendría de un sujeto que mantendría estrechos nexos de amistad y de confianza con la víctima, como es el acusado Jorge Herminio Castillo Carangui, quien se granjeó la estimación y confianza de la ahora occisa María Dolores Angamarca Narváez, para facilitar el resultado, así lo sostiene la Fiscalía y lo demuestran los testimonios no solo del acusador particular Carlos Molina, hijo de la víctima, sino también el testigo Luis Alberto Cárdenas Lindao, quien en su parte pertinente expresa "...yo le pregunté que cómo así sabían y él me dijo que un señor que andaba con ella le aviso que ella en la casa tenía cien mil dólares..." informando además que en cierta ocasión vio al referido procesado conversar con el coacusado Pedro Vega León, elementos justificativos suficientes que le permiten al Juzgador concluir que Jorge Herminio Castillo Carangui, tuvo actuación en el acto materia de este proceso, "...pero su actividad participativa le otorga únicamente la condición de cómplice secundario, en los términos regulados en el artículo 43 del Código Penal..." Una vez analizados los elementos de información que fueran introducidos a la audiencia del juicio, el juzgador los aprecia en su conjunto y eleva a la calidad de prueba debidamente actuada, aquellos que le dan certeza respecto de los hechos puestos a su consideración, realizando sobre dicha base, el ejercicio jurídico de encasillar la conducta de los acusados en las normas sustantivas penales correspondientes, como son los artículos 550 y 552 inciso último del Código Penal, preceptos legales en virtud de los cuales además declaró en derecho las consecuencias jurídicas en ella establecidas, advirtiéndose

que la sentencia a más de apreciarse formalmente motivada, no es más que el producto de la correcta aplicación de las normas relacionadas con las reglas generales de la prueba y su valoración, del juicio y de la sentencia, como son los artículos 79, 252 y 304-A del Código de Procedimiento Penal, y de ninguna manera fruto de simples presunciones." Por todo lo expuesto el Fiscal General del Estado considera que el recurso interpuesto por los acusados Pedro Vicente Vega León y Jorge Herminio Castillo Carangui es improcedente. **QUINTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA:** El recurso de casación es un medio extraordinario de impugnación a una sentencia firme dictada por los tribunales penales o por las cortes provinciales, para enmendar la violación de la ley material en la sentencia o de sus garantías fundamentales sustanciales, cuando se contraviene su texto, cuando se ha hecho una falsa aplicación o cuando se ha interpretado erróneamente: **1)** La contravención con el texto de la ley puede ser directa o indirecta. En el primer caso, puede ocurrir: **a)** Porque la conducta que se acusa no es constitutiva de delito, pero para impugnar esta condición, no debe referirse a los medios de prueba de la instancia, sino a la falta de alguno de sus elementos, v.gr., tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. **b)** Cuando el juez de instancia al dictar la sentencia estimó equivocadamente la exclusión de uno de los elementos del delito o consideró a la conducta como no constitutiva pese a cumplir con todos los presupuestos para su existencia, reiterando que estos presupuestos no conllevan al análisis fáctico o probatorio y mucho menos a la valoración de la prueba y a la sana crítica, que no cabe en este tipo de recursos. **c)** Cuando se ha producido un exceso de las facultades del juzgador de instancia al utilizar una facultad excepcional y condicionada de modo discrecional, como ocurre cuando se declara la malicia o la temeridad de la denuncia o de la acusación. y, **d)** Cuando se ha inobservado una garantía fundamental sustancial, es decir, cuando no se ha considerado cualquiera de las garantías previstas en los artículos 76 y 77 de la Constitución como el derecho a la libre opinión y expresión del pensamiento o de otros del debido proceso sustancial que no tienen relación con los medios de prueba, como el *quantum* y proporcionalidad de la pena, la cosa juzgada y los principios constitucionales como aquellos conocidos como *non bis in idem*, *ne reformatio in pejus* y de dignidad humana. Estas cuatro hipótesis conllevan a una contravención normativa que vuelve necesaria su defensa mediante el recurso de casación para mantener el imperio de la Ley, de allí el término conocido como *nomofilaquia* o función *nomofiláctica*, por la protección del ordenamiento jurídico que exige el sometimiento a esa voluntad, manteniendo la regularidad en la aplicación correcta de las normas, al margen de la justa decisión del caso juzgado y de las partes procesales.- Un segundo supuesto refiere a la violación del principio de legalidad o su adecuación de la conducta imputada a la norma abstracta y circunstancias modificativas de la pena. Por último, la violación directa de la ley se produce por la inaplicación de la prescripción de la acción.- La violación indirecta conlleva la indebida aplicación de las reglas de valoración de la prueba, de cuyo yerro se afecta a la norma sustancial por carambola, en cuyo caso y como presupuesto esencial, se debe determinar cuál es esa regla objetiva de valoración que ha sido violada para luego identificar el medio de prueba que ha sido valorado defectuosamente, señalando las fojas donde éste se encuentra, determinando la norma que regula esa operación intelectual, de forma

precisa, no genérica, esto es, el artículo de la ley, demostrando los razonamientos de lógica jurídica completos, concretos y exactos de la trasgresión, es decir, los medios de prueba y las normas procesales que regulan la valoración; y, por último, identificando las normas sustantivas afectadas por esta defectuosa o irregular aplicación de la regla demostrativa que en la parte resolutive de la sentencia han sido equivocadamente aplicadas. Este yerro se produce cuando el juez se inventa una prueba no practicada, cuando se omite una prueba decisiva o importante, cuando se valora prueba ilícita y cuando se invierten a la norma medio en norma fin, es decir, la norma probatoria que se pretende infringida y el quebranto de la norma fin o sustancial.- **2)** La indebida aplicación de la ley implica que los hechos imputados se adecuan en una norma distinta de la que corresponde, violando así dos normas jurídicas: la norma que se aplicó equivocadamente y la norma que se dejó de aplicar, esto implica que el juez en lugar de aplicar una norma lo aplica otra diferente. La aplicación indebida conlleva a la inadecuada concepción de la premisa menor del silogismo, bien porque la conducta que se juzga se adecua a una figura típica distinta de la aplicada en el fallo, lo cual se produce por yerro de diagnosis jurídica, o bien porque al establecer la hipótesis legal y la tesis del caso concreto se ha producido una equivocación. Esta equivocación se produce también cuando existe un defecto en la estructura del fallo y este defecto puede ser por: **a)** cuando se contradiga a sí mismo, no cuando haya contradicción entre la acusación y la defensa. En este supuesto se produce la denominada **incongruencia**, que implica la falta de razonamientos armónicos entre sí y su consecuente resolución que conforman una unidad lógico jurídica que no puede ser escindida. **b)** cuando en la resolución se produce una situación excluyente entre sí. **c)** cuando no esté debidamente respaldada, esto es, motivada. Este defecto se conoce como **inconsistencia**. La motivación constituye una relación de vinculación del juez a la Ley y al Sistema de Derecho dimanante de la Constitución, mediante el cual, el justiciable está en la garantía de exigir del órgano jurisdiccional el fundamento y los principios que sustentan las decisiones de los jueces y de oponerse a resoluciones arbitrarias, lacónicas o incongruentes.- **3)** Por último, la indebida aplicación se produce cuando se advierten vicios *de ultra petita, extra petita y citra petita*. La interpretación errónea se refiere al error acerca de la voluntad normativa o *vis* de la ley, que implica que el contenido del precepto, no la voluntad que le dio el legislador que la creó, incurre en un error al considerar una disposición meramente declarativa como correctiva, porque se lo hace de forma extensiva, porque se lo concibe de manera apresurada, superflua o ambigua, o porque se lo aplica en forma restrictiva, esto es, porque se ha producido una irracionalidad del juicio, v.gr. se interpreta como homicidio un hecho que solo es tentativa, o se interpreta como asesinato un homicidio simple. Estos errores deben ser descritos en la fundamentación cumpliendo los presupuestos expresados. **4)** La “sustracción realizada con violencia o amenaza de una cosa físicamente accesible no debe ir acompañada de la exigencia subjetiva del homicidio conexo que caracteriza el latrocinio, porque esta figura penal de matar para robar, excluye la figura del robo agravado, aunque sea para ocultar el robo, para asegurar sus resultados o procurar la impunidad, porque en estos casos, el homicidio esta condicionado a las circunstancias, en

donde la condición *criminus* causa es el propósito que guía al autor a matar para apoderarse de la cosa ajena; mientras en el robo agravado, como sucede en el presente caso, el propósito que guía al autor, no es el matar para robar, sino el de apropiarse de la cosa ajena y en el proceso de ejecución se presentan otras circunstancias distintas al plan criminoso que diera lugar al homicidio. **5)** Por otra parte, luego de un análisis exhaustivo de la sentencia, se advierte que existe coherencia entre la parte considerativa y resolutive, que la conclusión lógica desde la perspectiva jurídica es la correcta, pues la valoración de la prueba es la adecuada, sin que existan violaciones a las normas legales como lo sostiene los recurrentes, de manera que, al no existir en la sentencia ninguna causal de violación establecidas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. Por las consideraciones que anteceden, coincidiendo con la opinión del señor Fiscal General del Estado, 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 LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por los casacionistas Pedro Vicente Vega León y Jorge Herminio Castillo Carangui.- Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Milton Peñarreta Álvarez y Arturo Pérez Castillo, Jueces Nacionales y Conjuez Permanente.- Certifico.- Secretario Relator.- Dr. Hermes Sarango Aguirre.

Certifico que las cuatro fotocopias que anteceden son iguales a sus originales.- Quito, 11 de abril del 2011.

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

---

#### No. 122-09-or

Seguido contra Nelson Cabezas Dávila por el delito de tránsito.

**Juez Ponente:** Dr. Hernan Ulloa Parada

(Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial)

#### CORTE NACIONAL DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO PENAL

Quito, 12 de enero del 2011, las 17h00.

**VISTOS: ANTECEDENTES:** **a)** De fojas 75 del proceso, consta que, el 30 de junio del 2004, el Dr. Francisco Hidalgo Sáenz, Agente Fiscal de la Unidad de Delitos de Tránsito de Pichincha, inicia la etapa de instrucción fiscal en contra de Nelson Cabezas Dávila, por encontrar suficientes indicios de ser el autor del delito tipificado y

sancionado en el Art. 74 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestres; **b)** De fojas 834 a 841, consta la sentencia dictada por el Juez Séptimo de Tránsito de Pichincha, que lo declara autor y responsable del delito antes referido, sancionado en el Art. 74 *ibidem*, y que le impuso la pena de cuatro años de reclusión menor extraordinaria y multa de cuarenta salarios mínimos vitales generales; **c)** La causa pasa a la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Superior de Quito, por recurso de apelación presentado por el procesado, la que dicta sentencia el 12 de septiembre del 2008, confirmando la del inferior, como consta de fojas 25 a 28 de los autos. **d)** El sentenciado interpone recurso de casación y en virtud del sorteo de ley, realizado el 5 de enero del 2009, se radicó la competencia de la causa en esta Primera Sala de lo Penal.- Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.- PRIMERO: JURISDICCIÓN y COMPETENCIA.-** Esta Sala tiene jurisdicción y competencia para resolver el recurso interpuesto, 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. 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 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; y el sorteo de ley respectivo. Por lo que esta Primera Sala de lo Penal, ha dado el trámite respectivo y el 18 de febrero del 2009, envía el proceso a la Fiscalía General del Estado, la que lo recibe en esa misma fecha, como consta a fojas 11 del proceso, y que devuelve el proceso con el dictamen, a esta Sala, el 3 de julio del 2009; **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: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.-** El recurrente Dr. Nelson Cabezas Dávila, en el escrito de fundamentación que corre de fs. 7 a 9 del expediente de esta Primera Sala de lo Penal, en la parte más importante manifiesta que: **1)** En la sentencia impugnada se violan las garantías básicas del debido proceso, como las señaladas en los numerales 1 y 14 del Art. 24 de la Constitución vigente a esa época, garantía contenida en el numeral 4 del Art. 76 de la actual Constitución. Dice que los señores Magistrados no indican cual fue la prueba debidamente actuada, con la que se probó el estado de embriaguez, porque no existe. Se viola el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal en relación con el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, norma supletoria en materia penal, por una falsa aplicación en la valoración de la prueba. Estas violaciones constitucionales y legales hacen que los Magistrados concluyan con una errónea interpretación y aplicación del Art. 74 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestres. Los Magistrados se apartan de las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba, violando garantías básicas del debido proceso. Manifiesta que han transgredido las siguientes disposiciones: Arts. 82, 94 y Disposición final del Código de Procedimiento Penal, Art. 2 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento para el Sistema de Acreditación de Peritos. **2)** El Fiscal, Dr. Marcelo Torres, en la audiencia de juzgamiento al sostener los fundamentos de su acusación, dijo que se han violado las garantías básicas del

debido proceso, por lo que se aparta del dictamen fiscal y acusa al Dr. Nelson Cabezas con el Art. 77 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestres. Sin embargo el juez Séptimo de Tránsito, apartándose de esta acusación le condena por el Art. 74; y los Magistrados de la Tercera Sala sin analizar los fundamentos del recurso de apelación, confirman la sentencia, rebasando los límites de la acusación fiscal. El examen de sangre realizado en la Clínica Pichincha, se la hizo únicamente con fines de dar la correcta atención médica, y entre otras cosas, no se cumplió con la cadena de custodia, ni fue realizada por un perito acreditado en la fiscalía, para que tenga valor legal.- Se contraviene también al Art. 95 del Código Adjetivo Penal sobre la designación de peritos, y el Art. 249 del Reglamento General de la Aplicación de la Ley de Tránsito; así como, la disposición final del Código de Procedimiento Penal.- Se transgrede el Art. 194 de la Constitución vigente, que señala los límites de la acusación dentro de los cuales el juez debe pronunciarse, el principio de legalidad de la prueba señalada en el Art. 83 del Código de Procedimiento Penal, lo que implica también violación de la regla de la sana crítica. **CUARTO: DICTAMEN FISCAL:** El doctor Alfredo Alvear Enríquez Director de Asesoría Jurídica, Subrogante del señor Fiscal General del Estado, cumpliendo con lo previsto por el Art. 355 del Código Adjetivo Penal opina en su dictamen que: **1)** La Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Quito, asevera que el acusado tiene responsabilidad en el delito tipificado por el Art. 74 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestres, porque conducía en condiciones psicomotrices disminuidas, por encontrarse en estado de embriaguez; sin embargo, no obra de autos análisis alguno respecto a los fundamentos técnico – científicos que proporcionen la certeza sobre esa condición. **2)** Tampoco consta en la sentencia, prueba documental o testimonial que evidencie la práctica de la prueba de alcoholemia, además, para la toma de muestras para la realización del peritaje sobre la presencia de alcohol en la sangre, se debe observar la norma del Art. 82 *ibidem*, que prescribe el consentimiento expreso, pero por lo manifestado por los peritos, se habría violado a la garantía constitucional contenida en el numeral 14 del Art. 24 de la Constitución Política vigente a la fecha del juzgamiento y las pruebas obtenidas con violación de la Constitución o la ley, no tienen validez alguna, esta regla se encuentra contenida en el numeral 4 del Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador 2008. En la sentencia recurrida se ha violado la disposición del numeral 14 del Art. 24 de la Constitución Política del Estado de 1998, que garantiza el debido proceso y los siguientes Arts. del Código de Procedimiento Penal: así como los Arts. 82, 83 relativos a la legalidad de la prueba, En consecuencia la sentencia ha incurrido en una falsa aplicación del Art. 74 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, al habersele sentenciado por infringir dicha norma sin que se hubiere comprobado legalmente el estado de embriaguez, cuando lo correcto era aplicar el Art. 77 de la Ley *ibidem*, la misma que por falta de aplicación también ha sido violada. Por lo expuesto, considera que el recurso de casación interpuesto es procedente y solicita que la Sala así lo declare; **QUINTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.- 1.-** La casación penal es un medio extraordinario de impugnación, 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. **2.-** La

casación no es un recurso ordinario, por lo que no está entre las facultades de la Sala, el efectuar una nueva valoración de la prueba, ni volver a analizar las argumentaciones jurídicas sostenidas por los sujetos procesales durante la sustanciación de la causa; sin embargo, si tiene potestad de ver si fueron aplicados debidamente los principios de valoración de la prueba, poniendo en practica su criterio en base a la experiencia y a la sana crítica, para dar el justo valor a cada uno de los hechos, de las pruebas y analizarlos en conjunto para dictar un fallo conforme a Derecho y a la justicia; **3.-** En el proceso de marras, se encuentra que el Juez Séptimo de Tránsito y la Sala Penal de la Corte Superior de Quito, han hecho su análisis de manera correcta, valorando la prueba legalmente actuada, como suficiente y descartando la que no se ha actuado conforme a derecho; teniendo en cuenta que: **a) El mismo procesado, durante la audiencia de juzgamiento con juramento, expresa que hasta la 01h30, había ingerido algunas copas de whisky,** que a esa hora fue a descansar y que a las 08h00 se levantó para venir a Quito; sobre esto, el Art. 143 del Código de Procedimiento Penal dice: "Valor del testimonio.- El acusado no podrá ser obligado a declarar en contra de si mismo, pero podrá solicitar que se reciba su testimonio en la etapa del juicio, ante el "tribunal de garantías penales". Su testimonio servirá como medio de defensa y de prueba a su favor, **pero de probarse la existencia del delito, la admisión de culpabilidad hecha en forma libre y voluntaria, dará al testimonio del acusado el valor de prueba contra él**".- **b)** producido el accidente su hijo no permitió que se le hiciera la prueba de alcoholemia; y al respecto, el Art. 98 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestres dice: "El negarse a que se le practiquen dichos exámenes, se tendrá como indicio de hallarse en estado de embriaguez o de intoxicación por efectos de drogas estupefacientes o psicotrópicas". **c)** El perito que si está acreditado por la Fiscalía al momento de realizar su experticia, que realizó el informe No. 2155B-2004, se ratificó en su informe sobre el reconocimiento del lugar de los hechos y la manera como se produjo el accidente. **d)** Prueba que junto con todo lo actuado durante la audiencia, y que aún descartando las impugnadas por el procesado, concuerdan con las anteriores, por lo que llevaron al Juez, al convencimiento de la existencia material del delito y la responsabilidad del encausado Dr. Nelson Cabezas Dávila en el accidente de tránsito con heridos y un muerto, por el que se lo juzga.- **RESOLUCIÓN.-** Por las consideraciones expuestas, la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, apartándose del dictamen fiscal, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA,** declara improcedente el recurso de casación interpuesto por Nelson Cabezas Dávila, y dispone devolver el proceso a la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Quito.- Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dr. Hernán Ulloa Parada, Luis Moyano Alarcón, Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.- Certifico, Secretario Relator, Dr. Hermes Sarango Aguirre.

Certifico que la presente es fiel copia del original.- Quito, 12 de abril del 2011.

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

**No. 349-09-or**

Juicio seguido contra Franklin Piedra y otros por peculado.

**Ponente:** Dr. Luis Moyano Alarcón

(Art. 141 Código Orgánico de la Función Judicial).

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA DE LO PENAL**

Quito, 21 de marzo de 2011.- Las 15h30.

**VISTOS:** El Tribunal Tercero de Garantías Penales de Loja, en su sentencia de fecha 30 de marzo del 2009, a las 11H06, declara como autores de delito de peculado, tipificado y sancionado en el Art. 257 del Código Penal y les impone la pena de CUATRO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA a los procesados **BYRON FERNANDO TAMAYO RAMÍREZ; FRANKLIN ANÍBAL PIEDRA JARAMILLO; JOSÉ ANTONIO ZAVALA TOLEDO; CÉSAR ALEXANDER ROSADO URIÑA Y JOSÉ BIENVENIDO ROSADO URIÑA,** de la referida sentencia los condenados interponen recurso de casación. 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 y la 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 y el sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de Jueces Nacionales de esta Primera Sala de lo Penal, según se desprende de los respectivos nombramientos, 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: FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS DE CASACION.- A)** El recurrente **BYRON FERNANDO TAMAYO RAMÍREZ,** en su escrito de fundamentación del recurso de casación en lo fundamental, señala: " ... según el Artículo 2 de la Ley Orgánica Aduanera, el territorio Aduanero es el territorio nacional y comprende las zonas: Primarias y Secundarias, de la misma forma el Art. 3 ibídem, prescribe que "Zona Primaria es la Parte del Territorio Aduanero en la que se habitan recintos para la práctica de los procedimientos aduaneros; zona secundaria es la parte restante del territorio aduanero ... ". El Art. 122 de la Ley Orgánica Aduanera, las funciones específicas del Servicio de Vigilancia Aduanera (SVA) especialmente el Literal a) del mentado artículo que dice: "Ejercer las zonas primarias y secundarias, vigilancia sobre las personas, mercancía y medios de transporte", esto, en concordancia con el Art. 63 del Reglamento Orgánico Funcional "siendo imprescindible acotar, que el Servicio de Vigilancia Aduanero para cumplir esta tarea cuenta con personal de inspectores y personal de vigilancia

especializados. Por lo tanto, no era de mi incumbencia custodiar y vigilar la supuesta mercadería sustraída, además no fui la única persona que posee las llaves del ingreso a la bodega arrendada por el señor Franklin Aníbal Piedra Jaramillo, para que diga que yo soy el principal responsable de la custodia y vigilancia, más aún siendo el hecho delictivo perpetrado un día sábado fuera de mi horario de mi trabajo, que nada tengo que ver en el asunto, condenándome sólo por el hecho de haber obtenido las llaves de dicha bodega que no prestaba ninguna garantía ni seguridad, que también fue notificado de mi parte con antelación al hecho delictivo, pero las autoridades aduaneras hicieron caso omiso, al no atender oportunamente mi requerimiento. El Artículo del Reglamento Orgánico Funcional, claramente establece las funciones y atribuciones de la Unidad de Control de la zona Primaria, pero en ninguno de sus numerales se determina que esta unidad o alguno de sus funcionarios, tengan la obligación de custodiar físicamente las bodegas o las mercaderías que guardan en ellas por motivo de incautación. En tal virtud, las labores de las zonas primarias tiene que ver exclusivamente con el movimiento de las mercancías que ingresan, salen y permanecen en la zona primaria, dichas labores se remiten sustancialmente a: Controlar, coordinar, programar, organizar, supervisar, revisar y constatar, pues eso son los verbos rectores que se usan en la descripción de cada una de las funciones y atribuciones, es decir, tarea netamente de índole administrativo pero en ningún caso de guardiana, custodia o brindar seguridad armada los fines de semana, como erróneamente se me ha atribuido para sentenciar el Tribunal Tercero de Garantías Penales de Loja. Señores Jueces, no hay duda que se ha producido la sustracción de abundantes mercancías de la bodega arrendada por la CAE, el hecho delictivo constituye la infracción penal, que debía el Fiscal, exhaustiva y minuciosamente realizar las investigaciones, con el objeto de descubrir a los autores, cómplices y encubridores, pero en este caso, el representante de la Fiscalía, para descubrir a los responsables del delito, no ha hecho ni el menor esfuerzo posible, simplemente aduciendo que soy funcionario público se atribuye equivocadamente a acusarme por delito de peculado, es más el Tribunal, basado en simples versiones referenciales nada presencial, concluye sentenciando a un hombre inocente, por lo que debe ser remediado por la máxima autoridad de la Función Judicial, en aplicación de la ley y de la Justicia, por cuanto, la sentencia dictada por el Tribunal Penal, incurre flagrantemente a la violación del debido proceso, así como: el principio de proporcionalidad, que no puede ser posible que todos sean autores del delito, pese el compareciente haberles justificado que en el día de los hechos he permanecido en la ciudad de Cuenca. Terminada la Etapa de Instrucción, el señor Agente Fiscal, sin tomar en cuenta los elementos de descargo presentados por el compareciente me acusa como autor del supuesto delito de peculado, con agravantes; y en la audiencia preliminar llevada a cabo, el Juez Penal pronunció el auto de llamamiento a juicio, por lo que correspondió el conocimiento y sustanciación de este caso al Tribunal Tercero de Garantías Penales de Loja, en ello el Tribunal solo toma en cuenta las declaraciones que nada dice en contra del compareciente, yo nunca estuve en el lugar el día sábado 23 de agosto del 2008, pese a esto, el Tribunal dice que soy el autor del delito de peculado... para resolver este caso se ha violado flagrantemente el Art. 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución de la República del

Estado, ya que la sentencia que estoy impugnando viola el principio Constitucional, esto es la motivación, porque no existe coherencia entre el supuesto hecho, con los fundamentos de derecho enunciada en la sentencia. "Art. 313.- Pronunciamiento.- La sentencia debe expedirse dentro del tercer día posterior a la clausura del juicio ... Redactada la sentencia el tribunal debe regresar a la sala de audiencia, después de ser convocadas verbalmente todas las partes en el juicio, el documento debe ser leído ante los que comparezcan." "Art. 314.- Notificación.- La sentencia será notificada dentro de los tres días posteriores al pronunciamiento, bajo sanción de una multa equivalente a la cuarta parte de un salario mínimo vital del trabajador en general, que se impondrá al secretario por cada día del retraso". También se demuestra que se ha violado el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal que dice: Para emitir esta sentencia el Tribunal Penal, viola los Artículos 4, 29 numerales 5, 6 y 7 del Código Penal, ya que, no se han tomado en cuenta al momento de resolver, de esta forma contraviniendo a la letra de la Ley; dichos artículos dicen: Art. 4 del Código Penal "Interpretación extensiva e indubio pro reo. Prohíbese en materia penal la interpretación extensiva. El juez debe atenerse, estrictamente, a la letra de la ley. En los casos de duda se la interpretará en el sentido más favorable al reo". "Art. 29, son circunstancias atenuantes todas las que, refiriéndose a las causas impulsivas de la infracción, al estado y capacidad física e intelectual del delincuente, a su conducta con respecto al acto y sus consecuencias, disminuye la gravedad de la infracción, o la alarma ocasionada en la sociedad, o dan la alarma ocasionada en la sociedad, o dan a conocer la poca o ninguna peligrosidad del autor, como en los casos siguientes: 5) Presentarse voluntariamente a la justicia, pudiendo haber eludido su acción con la fuga o el ocultamiento;" "6) Ejemplar conducta observado por el culpado con posterioridad a la infracción;" "7) Conducta anterior del delincuente que revele claramente no tratarse de un individuo peligroso". La sentencia dictada por los miembros del Tribunal Tercero de Garantías Penales de Loja, no hay congruencia y sistematización lógica entre la parte expositiva y resolutive de la sentencia impugnada advirtiéndose violación de la ley en la misma, y demuestra los errores de hecho y derecho que tiene la sentencia y el proceso en sí, que sirvió de antecedente para la misma ... también se ha violado el Art. 84 del Código de Procedimiento Penal, porque esta norma exige que se prueben todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta investigación del caso, por cualquiera de los medios previstos en este Código y ningún hecho que tenga relación con el delito que se juzga se ha logrado probar. Finalmente se ha violado también los Artículos 85 y 86 del mismo cuerpo legal, porque ninguna prueba se ha establecido la responsabilidad del sentenciado y como no existe prueba es imposible apreciarla conforme a las reglas de sana crítica. Además toda la sentencia es insustancial porque no tiene fundamento lógico alguno, tal como lo dejó demostrado en los párrafos anteriores, por un lado y por otro, la fiscalía ha tratado de presentar como prueba algunos documentos certificados, sin que estos sea pedido, ordenado y practicado por el Tribunal, por lo que existe la violación de la prueba. También se viola el Art. 304 del Código de Procedimiento Penal, al existir duda en mi caso y si determinara que la infracción se ha justificado..."; B) El recurrente **FRANKLIN ANÍBAL PIEDRA JARAMILLO**, en su escrito de fundamentación del recurso

de casación, en lo fundamental, expresa: "... El Tribunal Tercero de Garantías Penales de Loja, hizo una falsa aplicación de los artículos 11 y 14 del Código Penal ya que como dice el primer artículo "nadie podrá ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si el acontecimiento dañoso o peligroso de que depende la existencia de la infracción no es consecuencia de su acción u omisión" Esta norma debe ser comprendida en concordancia con lo dispuesto por el artículo 14 del mismo Código Penal que señala que la infracción es dolosa y culpable, siendo culpable la infracción cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de la ley, reglamento u órdenes. Por lo dicho no puede atribuirse como autor del delito de peculado, tipificado en el artículo 257 del Código Penal, a Franklin Aníbal Piedra porque en el proceso no se demostró que él haya causado el acontecimiento dañoso o peligroso de que depende la existencia de la infracción y que está protegido por la ley penal; es decir, no se puede especular ni hacer conjeturas acerca del cometimiento de una infracción penal por simples deducciones subjetivas no demostradas materialmente en el proceso de juzgamiento, menos si para la existencia de infracción se requiere la voluntad dañosa o el designio de causar daño. En el presente caso, no hay prueba alguna que indique una actitud dolosa del acusado ... **Contravención expresa del texto de los artículos 85, 86, 87 y 88 del Código de Procedimiento Penal y artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial ...** Es alarmante lo que dice la sentencia: "Por lo demás, se ha demostrado legalmente, que el encargado de las llaves de la bodega de donde desaparecieron las mercaderías, era el señor Byron Tamayo, y que además también eran manejadas por el señor José Zavala y **si bien no existe prueba directa que los vincule con el cometimiento de la infracción**, esto es, que nadie los vio a ellos que se apropiaron de la mercadería el 23 de agosto del 2008, a eso de las 16h00 ... El Tribunal no recogió la prueba de descargo aportada por el condenado, quien demostró que la razón que llevó a realizar las gestiones para el almacenamiento de las mercaderías que estaban en proceso judicial abandono y demás procesos judiciales fue justamente porque en el mes de Febrero del 2008 la empresa Almacontes y CIA, (actual almacenadora donde estaba la mercadería antes del ser trasladada), informó por escrito, el documento consta en el proceso, que desde algunos meses la CAE les otorgó el permiso de concesión y por ello la mercadería que estaba almacenada en Almacontes tenía que ser retirada porque les quitaba operatividad y también porque sobre dicha mercadería no tenían responsabilidad ... Sobre la existencia material del delito, no se puede afirmar alegremente que existe peculado porque el acusado es el Gerente Distrital de la CAE quien dispuso que se trasladara la mercadería de la bodega Almacontes a la nueva bodega del señor Suquilanda donde al mes ésta desapareció. No es tampoco fundamento suficiente de acusación el hecho de que pese a la negativa del Servicio de Vigilancia Aduanera de custodiar la mercadería y de contratar guardias privados para el resguardo de la misma en la nueva bodega no se haya detenido el traslado, bajo el pretexto de que se conocía que dicha bodega no contaba con un sistema de seguridad que garantice la integridad de la mercadería a almacenar. En el caso, existió violación de leyes, reglamentos, etcétera de parte de los señores de Servicio de Vigilancia Aduanera

porque los Gerentes Distritales en uso de sus atribuciones y funciones según el Reglamento Orgánico Funcional y de la propia Ley Orgánica de Aduanas pueden disponer la vigilancia y custodia de la mercadería ingresada de conformidad al artículo 113 de la Ley Orgánica de Aduanas. Cuando el Gerente DISPONE algo, sus mandatos deben de ser acatados y cumplidos, esto incluye al Servicio de Vigilancia Aduanera cuya función de acuerdo al artículo 122 de la Ley citada, por lo tanto era obligación del Servicio de Vigilancia Aduanera cumplir mi orden y vigilar la bodega donde se encontraba la mercadería. El Tribunal no tomo en consideración lo que se presentó como prueba de descargo que era contundente y que no dejaba lugar a espacio a los cargos formulados por la Fiscalía en contra de Franklin Piedra, que a su vez sometió a conocimiento de los Jueces hechos que no pasan de ser indicios indirectos y dispersos, porque éstos nunca pudieron ser demostrados conforme a derecho; es decir, el Tribunal valoró la prueba en indiscutible violación de los artículos 85, 86, 87 y 88 del Código de Procedimiento Penal, pues concluyó mediante prueba indirecta y realizando presunciones basadas en presunciones sobre la materialidad de la infracción y lo que es más lastimoso, la responsabilidad del condenado. El Tribunal especuló porque no existió ninguna prueba material respecto a la existencia de la infracción de peculado y responsabilidad del condenado. Lo único con que contó el Tribunal como elemento material de la existencia de la infracción fue el hecho del robo de la mercadería, nada más!!! Esto último significa que el Tribunal Penal también aplicó los artículos 87 y 88 contraviniendo expresamente su texto, lo cual también es una violación expresa al artículo 4 del Código Penal porque se está interpretando extensivamente las normas procesales penales pertinentes a la prueba ... Consecuentemente, existe violación al artículo 86 del Código de Procedimiento Penal porque es notorio y lógico que el Tribunal Penal violó las reglas de la sana crítica ya que no hizo una valoración adecuada a las mal elaboradas pruebas y consecuencia de ello, me condenó como autor de peculado ... De lo expuesto, resulta evidente que el Tribunal Tercero de lo Penal de Loja incurrió en violación de los artículos indicados y especialmente del artículo 86 del Código de Procedimiento Penal que trata sobre la valoración de la prueba según las reglas de la sana crítica, por lo que corresponde a este tribunal de casación verificar dichos yerros para aplicar correctamente los artículos que fueron constantemente citados y repetidos. **Falsa aplicación de los artículos 257 y 547 del Código Penal y artículo 76 numeral 7 literal I de la Constitución de la República del Ecuador.** El Tribunal, si bien pretende argumentar sobre el delito de peculado, lo hace de una manera tan penosa que es necesario dejar sentado cuales son los elementos del delito y contrastarlos con los hechos para determinar si se ha producido o no la tipicidad; el peculado que se encuentra tipificado en el artículo 257 del Código Penal, es una figura penal que sanciona la violación de la correcta marcha de la administración pública en su aspecto patrimonial por parte de un funcionario público... El bien jurídico en este delito lo constituye el eficaz desarrollo de la administración, pero referida concretamente al cuidado de los fondos públicos que surgen en razón de los deberes especiales que incumben al funcionario. Por otro lado, en el peculado existe un sujeto activo calificado, el funcionario público; por ello, entonces, se hace necesario determinar objetivamente qué objetos jurídicos son los afectados directamente ya que la

administración pública es genérica. Estos objetos jurídicos serían dos: por un lado, el deber de probidad, lealtad, fidelidad del funcionario público, que es en definitiva, una suerte de fe pública" depositada por mandato legal en aquel funcionario, quien al incurrir en este delito ha faltado precisamente a su deber de probidad para con la sociedad toda:" y por otro, la falta al deber se materializa causando un perjuicio al patrimonio público. Es por consiguiente, un delito en el cual el funcionario público afecta al correcto desenvolvimiento de la administración pública" perjudicando su patrimonio. Daño patrimonial y grave alarma social por la falta al deber de probidad se conjugan en el accionar ilícito del servidor público ... El Código Penal también incluye en el tipo legal del peculado como sujetos activos a los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales; los servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos para ciertos actos en que hayan intervenido; de igual forma, en ciertos actos a los servidores de la Dirección General de Rentas y a los servidores de aduanas. Estos servidores también forman parte de las instituciones del Estado, y por tanto, su inclusión no contraría la determinación del tipo sobre el sujeto activo ... Por lo expuesto, en el tipo legal del delito de peculado debe interpretarse como servidor público a todas aquellas personas que ejercen funciones públicas bajo el marco general de la norma constitucional. La Constitución de la República en el segundo inciso del artículo 233, determina que la circunstancia personal del sujeto activo sí se comunica, al decir que, las normas que sancionan el peculado se aplicarán a quien participe en el delito, aunque no tengan la calidad de funcionario público. Cabe anotar que la Constitución Política de 1998 ya estableció la comunicabilidad en el segundo inciso del artículo 121. Como se ha visto, para la existencia del delito de peculado se requiere que el sujeto activo sea un funcionario público que tenga a en su poder en virtud o razón de su cargo bienes muebles sobre los cuales les dé un uso distinto a su destino o abuse de éstos mediante desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. Evidentemente, al día en que se sustrajo fraudulentamente la mercadería de la última bodega donde fueron destinados los bienes muebles, Franklin Piedra era el Gerente Distrital de la CAE en Loja-Macará; sin embargo pese a este cargo público que lo constituye al condenado en funcionario público, los bienes sustraídos no se encontraban a su cargo ni disposición porque el 30 de octubre de 2008 estos fueron incautados por orden judicial y la responsable de su custodia era la señora fiscal de aduanas cuyo cargo no tiene relación alguna con la Gerencia Distrital de Loja- Macará, ya ella es parte de la Fiscalía, y por tanto, los bienes incautados estaban bajo las órdenes de la misma Fiscal sin perjuicio de que esta mercadería se encontrase en bodegas de la CAE, por lo que era imposible que Franklin Piedra pueda disponer en su calidad de Gerente Distrital de la CAE sobre los bienes incautados y custodiados por la fiscalía. Obviamente, el condenado si bien era Gerente Distrital de la CAE en Loja-Macará, no podía ser sancionado por peculado por el simple hecho de que la mercadería incautada no se encontraba en su poder en razón o en virtud de su cargo, por lo tanto al no existir éste elemento normativo indispensable para la existencia jurídica del delito de peculado, mal se puede hablar de que ha incurrido en la conducta típica de este ilícito. Aquello que manifestó la Fiscalía y por lo que sancionó el Tribunal Penal no puede ser otra cosa que un

insentido porque de autos consta que la mercadería se encontraba incautada por orden judicial, y por lo tanto, la custodia de ésta estaba en manos de la fiscal que solicitó dicha medida cautelar y por ello el resguardo y mantenimiento de los bienes retenidos dejaron de estar bajo la tutela de la CAE. Por otro lado, si bien la norma del artículo 257 del Código Penal dice que "*los servidores de los organismos y entidades del sector público, que en beneficio propio o de terceros, hubiere abusado de dinero públicos o privados de efectos que los representen, piezas títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder o en virtud de su cargo (...)*". Al no encontrarse nacionalizada la mercadería, mal podía la CAE o Franklin Piedra, en su calidad de Gerente Distrital de la CAE en Loja- Macará, beneficiarse o beneficiar a terceros de la disposición arbitraria de la mercadería que se encontraba en las bodegas de la CAE, por la simple razón de que a esa época ésta mercadería no estaba a disposición del condenado porque al no encontrarse estos bienes nacionalizados legalmente, no estaban a cargo de la CAE o Franklin Piedra y mucho menos se podía haber distraído dicha mercadería en razón del cargo que tenía a esos días el condenado, porque estos muebles se mantenían bajo la disposición de sus propietarios, los importadores; por tanto, si hubiese existido algún delito relacionado con la distracción fraudulenta de estos bienes, no podía ser otro que el tipo penal de hurto y ningún otro. Dentro del proceso investigativo y de las pruebas aportadas en el juicio, no se demostró que Franklin Piedra hubiere abusado de los bienes de los importadores, como se dijo en el apartado correspondiente a la violación de los artículos pertenecientes a la prueba, lo único que hizo la fiscalía y los jueces del Tribunal tercero de Garantías Penales de Loja fue someterse a elucubrar y obtener conclusiones basadas en supuestos no demostrados legalmente, por ello y por lo que se ha venido explicando en líneas anteriores, no existe ningún elemento demostrativo que indique que Franklin Piedra abusó de los bienes de los importadores ... El peculado es un delito de resultado material, por ello, el acto y el resultado son distintos, ambos son diferenciados. El resultado siempre será un beneficio ilícito producto de un perjuicio material al sujeto pasivo de la infracción, específicamente en el peculado, en un detrimento del patrimonio de la administración pública. Por consiguiente, perjuicio y beneficio tienen una suerte de relación de causalidad, el uno conduce al otro, en definitiva, lo importante es que la institución pública afectada haya sido perjudicada con un correlativo beneficio del sujeto activo o pasivo, entonces, para demostrar un beneficio ilícito es necesario pasar por la demostración del perjuicio. El beneficio se demostrará al verificar que el agente ingresó los bienes perjudicados a su esfera de dominio o a la de un tercero. Si se trata de fondos públicos se debe demostrar que la administración pública representada en alguna de sus instituciones haya sufrido un detrimento patrimonial y que los bienes objeto del perjuicio han sido trasladados al dominio o posesión del sujeto activo o de una tercera persona ... De la valoración probatoria, se puede colegir que no existió elemento alguno sobre el que se pueda haber comprobado el beneficio propio o de terceros, sino solamente se desprendieron suposiciones y presunciones no demostradas de que la mercadería sustraída fraudulentamente fue con el objeto de beneficiarse o beneficiar a terceros, que según la teoría de la fiscalía recogida por el Tribunal Tercero de Garantías Penales de

Loja, eran los mismos dueños de los bienes importados. Pese a esta teoría que podría tener sentido, no se llegó a comprobar conforme a derecho que los señores Rosado Uriña se beneficiaron de la sustracción de su mercadería, ni tampoco se demostró que Franklin Piedra pretendió beneficiar a los señores nombrados o que se quiso él beneficiar de la distracción, supuestamente, fraudulenta de esos bienes. Existe, evidentemente una falsa aplicación del artículo 547 del Código Penal que tipifica el delito de hurto, y que señala que es autor de este ilícito quien sin violencia ni amenazas contra las personas, ni fuerza en las cosas, sustrajeren fraudulentamente una cosa ajena con ánimo de apropiarse. En el caso particular, es evidente que existió hurto de las mercancías cuyos propietarios serían los señores Rosado Uriña, porque de autos consta que la bodega fue abierta sin fuerza ni tampoco hubo daños en la misma, lo que evidencia que existió un hurto porque se demostró legalmente que personas no identificadas se sustrajeron fraudulentamente la mercadería con la intención de apropiarse de la misma. Esta conclusión es lógica pues hasta la fecha no se ha devuelto dicha mercadería lo que muestra que existió el elemento subjetivo del tipo respecto al ánimo de apropiarse de las cosas sustraídas fraudulentamente, hecho objetivo también comprobable porque se ha demostrado en el juicio que existió una sustracción fraudulenta de la mercadería. El Tribunal Penal en evidente violación al artículo 547 del Código Penal, realizó una falsa aplicación de esta norma al no haber corregido el error de la Fiscalía que acusó por delito de peculado, sancionando del mismo a Franklin Piedra quien evidentemente no tuvo ninguna participación en el delito sancionado incorrectamente porque lo que en realidad tuvo lugar aquel sábado 23 de agosto de 2008 fue delito de hurto sobre el que no se pudo demostrar legalmente la participación de los verdaderos autores como son las diez personas que fueron vistas sacando la mercadería, los choferes de los camiones en los cuales se sustrajo fraudulentamente las cosas y el sospechoso señor aparcado en su vehículo rojo que permanentemente hablaba por celular. Existe falsa aplicación del artículo 76 numeral 7 literal I de la Constitución de la República del Ecuador ...". Concluye solicitando se acepte el recurso de casación por él formulado y se lo absuelva; C) Por su lado, **JOSÉ ANTONIO ZAVALA TOLEDO**, al fundamentar su recurso, en lo principal, señala: "... Aplicación indebida del artículo 257 del Código Penal, que tipifica el delito de peculado. Según esta disposición, el delito de peculado se integra por tres elementos: Un sujeto activo, que debe ser un servidor público o encargado de un servicio público; El objeto del delito, que consiste en dineros **públicos** o de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles; La conducta dolosa, que tiene como verbo rector "abusar" de tales bienes, que estuvieron en poder del servidor público en virtud o en razón de su cargo ... En la sentencia recurrida, únicamente se ha considerado en el análisis uno de los elementos del delito de peculado, este es la calidad de funcionario público. No se ha considerado que, por un lado, el objeto material en el presente caso jamás estuvo en poder de José Zavala en virtud o razón de su cargo; y que por otro, no hay del proceso elemento alguno del que se desprenda que José Zavala abusó de alguna forma del objeto material, que consistía en 2847 cartones de mercadería que se encontraban incautadas en las bodegas de la Corporación Aduanera Ecuatoriana de Macará. Como demostración de

que el objeto material del delito no estaba en poder de José Zavala en virtud o razón de su cargo, constan del expediente una infinidad de pruebas que demuestran que él desempeñaba sus funciones en el departamento de operaciones de la Corporación Aduanera Ecuatoriana CAE, y las únicas atribuciones que él tenía son las que expresamente constan establecidas en el artículo 72 del Reglamento Orgánico Funcional de la Corporación Aduanera Ecuatoriana que dice: "*Art. 72.- Son funciones y atribuciones del Departamento de Operaciones Aduaneras de las gerencias distritales, las siguientes: 1. Controlar los procesos aduaneros de las unidades de control de zona primaria, nacionalización, exportaciones, aforo, regímenes especiales y garantías, courier o correo postal y sala de arribo internacional. 2. Coordinar el correcto funcionamiento de las unidades operativas y de servicio de la Gerencia Distrital. 3. Las demás que le corresponden a su área o que le sean asignadas o delegadas por la Gerencia Distrital.*" Como se ve, nunca estuvo entre las funciones de José Zavala encargarse de la seguridad de las bodegas contratadas para almacenar la mercadería objeto del ilícito, ni contratar guardias de seguridad para la misma. Tampoco nunca, de ninguna forma, se le encargó o delegó las funciones de custodia de la mercadería, o la tenencia de las llaves de acceso a las bodegas donde se encontraban. El único encargo, que por escrito y en virtud del artículo 72 numeral 3, le asignó el Gerente Distrital de la CAE en Loja a José Zavala con relación a la mercadería que constituye el objeto material del ilícito, fue trasladarlas desde las instalaciones de "Guamán Torres Almacontes & Cía." hasta una nueva bodega arrendada por la CAE (contrato de arrendamiento en el cual no tuvo participación alguna José Zavala, (a fojas 8-10) ubicada en el Barrio Velasco Ibarra de la ciudad de Macará. Dicho encargo se cumplió sin novedades entre los días 24 a 28 de julio de 2008. Así consta del Oficio No. GDL-DAJL-MM-0062, de fecha 24 de julio de 2008 (fojas 236); y del Acta de Entrega/Recepción de la bodega de almacenamiento temporal de "Guamán Torres Almacontes & Cía.", de la misma fecha (fojas 392-394). A su vez, la orden emanada del Gerente Distrital de la CAE en Loja, tuvo como antecedente el pedido de retiro de la mercadería realizado por el Gerente General de "Guamán Torres Almacontes & Cía.", mediante Oficio No. GTA-GG-0007-2008, de 25 de febrero de 2008 (fojas 386). De lo que se concluye que el traslado ordenado por el Gerente tuvo su origen en un pedido del propietario de la bodega temporal en la cual se encontraba la mercadería y no en la intención de sustraerse la misma, menos aún de José Zavala. Por lo tanto, el hecho de que José Zavala haya trasladado esta mercadería de conformidad con lo que, por escrito, le ordenó el Gerente Distrital de la CAE en Loja, no puede considerarse como un acto ilícito. Fue el resultado del cumplimiento de una orden superior, que no configura de modo alguno la existencia del delito de peculado y si bien el delito de peculado no lo comete únicamente quien tiene en su poder los bienes o recursos, sino quien tiene facultad para disponer de ellos o posibilidad de hacerlo, hay que hacer notar que José Zavala nunca tuvo esa facultad, pues los bienes nunca estuvieron bajo su custodia. Una vez trasladada la mercadería concluyó el encargo que se le asignó, y por consiguiente cualquier responsabilidad de José Zavala sobre dicha mercadería terminó. Con relación a que no existe en el proceso elemento alguno del cual se desprenda que José Zavala abusó de cualquier forma de la mercadería incautada por la

CAE, consta expresamente en el considerando SEXTO de misma sentencia, que: "*no existe prueba directa que los vincule con el cometimiento de la infracción, esto es, que nadie los vio a ellos que se apropiaron de la mercadería el día 23 de agosto de 2008 ...*" Aún más, consta del expediente la certificación otorgada por TAME, el 13 de octubre de 2008 (fojas 1581), de la cual se desprende que José Zavala viajó el 22 de agosto de 2008, en el vuelo 146 desde Loja hacia Quito, el mismo que despegó de Loja a las 17h59 y arribó a Quito a las 18h44; y a su vez que el 25 de agosto de 2008, viajó en el vuelo No. 145, desde Quito hacia Loja, el mismo que despegó de Quito a las 5h56 y arribó a Loja a las 6h41, de la que se desprende que el día sábado 23 de agosto de 2008, en que se cometió el ilícito objeto de la presente causa, el señor José Zavala ni siquiera se encontraba en la ciudad de Loja, lugar donde se cometió la infracción. De lo dicho claramente se desprende que la sentencia no analizó dos de los tres elementos del delito de peculado, lo que le llevó a realizar una aplicación indebida del artículo 257 del Código Penal. Errónea interpretación del artículo 42 del Código Penal, ya que del análisis que el Tribunal Penal realiza, la sentencia califica a José Zavala como autor del delito, por haber realizado actos previos que coadyuvaron a su ejecución y sin los cuales no habría podido perpetrarse la infracción ... Ahora bien, según el artículo 42 del Código Penal invocado por el Tribunal, para ser reputado como autor, los actos previos deben haber sido realizados "*deliberada e intencionalmente*", esto es con premeditación de un propósito delictual, lo cual en el presente caso ni existe ni está probado en forma alguna. Durante la tramitación de esta causa se ha determinado que José Zavala únicamente realizó dos actos; el primero, trasladar la mercadería en cumplimiento de una orden; y, el segundo, enviar una comunicación al Gerente recomendando que se adopten seguridades en las bodegas que la CAE había escogido para almacenar la mercadería que se le ordenó trasladar ... De lo dicho resulta evidente que al emitir su sentencia el Tribunal interpretó erróneamente el artículo 42 del Código Penal. Falta de aplicación del artículo 76 numeral 2 de la Constitución Política de la República, y de los artículos 4 y 88 numeral 2 del Código de Procedimiento Penal ... Sin embargo, la sentencia recurrida rompe el principio de presunción de inocencia reconocido por la Constitución y el Código de Procedimiento Penal, y atribuye a José Zavala una actuación dolosa, fundando la presunción de que participó con voluntad y conciencia en el cometimiento de la infracción en otra presunción: que con el envío de la comunicación (fojas 1585) de fecha 25 de julio de 2008, en la cual informó al Gerente Distrital de la CAE en Loja la urgencia de contratar servicio de guardiana y de custodia temporal para las nuevas bodegas arrendadas por la CAE para almacenar la mercadería que le habían ordenado trasladar, únicamente "aparentó" preocupación, cuando su verdadero interés era que los hermanos Rosado Uriña recuperaran la mercadería que les había sido incautada, a cambio de un beneficio económico. Ninguna de estas afirmaciones del Tribunal está fundada en hechos reales y probados. No existe en el expediente ningún elemento del cual se desprenda que José Zavala haya obtenido algún beneficio económico del delito, ni se desprende que haya tenido relación alguna con los hermanos Rosado Uriña, quienes dicho sea de paso tampoco se ha probado que sean los autores materiales de la infracción, ni siquiera que sean los propietarios de la mercadería sustraída ... Las

presunciones no verificables no pueden ser consideradas ciertas, unívocas o directas, como lo hace la sentencia recurrida, y en consecuencia no pueden servir para condenar a una persona como autor de un delito. Para esto debe existir absoluta certeza por parte del juzgador al momento de administrar justicia, conforme lo dispone el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal. Falta de aplicación del artículo 18 del Código Penal... Ya se ha establecido que al trasladar la mercadería objeto material del ilícito, José Zavala se limitó a cumplir las órdenes que le fueron impartidas por el Gerente Distrital de la CAE en Loja, mediante Oficio No. GDL-DAJL-MM-0062, de fecha 24 de julio de 2008 (fojas 236) y la orden emanada por su superior constituyó para José Zavala una resolución de autoridad competente, pues entre las funciones y atribuciones del Departamento de Operaciones Aduaneras de las Gerencias Distritales consta expresamente cumplir las que le sean asignadas o delegadas por la Gerencia Distrital. Así consta en el artículo 72 numeral 3 del Reglamento Orgánico Funcional de la Corporación Aduanera Ecuatoriana. Falta de aplicación del artículo 65 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, de la Resolución expedida el 24 de marzo de 2010 por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, y del artículo 2 inciso quinto del Código de Procedimiento Penal. Ninguna de estas disposiciones fue considerada siquiera por el Tribunal de instancia en la sentencia recurrida ... Como consecuencia de los hechos que dieron origen al presente juicio, la Contraloría General del Estado realizó un análisis al proceso de ingreso, almacenamiento, custodia y nacionalización de las mercancías ingresadas al país por el VI Distrito de la Corporación Aduanera Ecuatoriana con sede en Macará, al amparo de los manifiestos de carga 109-2007-03-280 y 109-2007-03-281; cuyos resultados constan en el informe No. DR4-0013-2009, que no determinó ningún tipo de responsabilidad en contra de nadie, mucho menos de José Zavala, cuyo nombre ni siquiera fue mencionado, sino que únicamente concluyó que "*La falta de celeridad en la provisión de seguridades por parte del personal administrativo financiero de la Corporación Aduanera; la ausencia de mecanismos de control y custodia de la bodega ... , ocasionaron que las mercancías no estén debidamente protegidas, posibilitando su desaparición, que fue denunciada el 25 de agosto de 2008.*" Si la Contraloría General del Estado no determinó ningún perjuicio al Estado ni tampoco indicios de responsabilidad penal en contra de ningún funcionario de la CAE, y concretamente no lo hizo en contra de José Zavala, por consiguiente falta en su caso el requisito de procedibilidad exigido por el artículo 65 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado para iniciar una instrucción fiscal en su contra. La discusión sobre este tema quedó zanjada con la expedición por parte de la Corte Nacional de Justicia de la resolución de fecha 24 de febrero de 2010, publicada en el Registro Oficial No. 154, de 19 de marzo de 2010, misma que es de aplicación obligatoria aún para la propia Corte Nacional, conforme lo establece el artículo 180 numeral 6 del Código Orgánico de la Función Judicial, y que es concluyente al determinar que el informe de la Contraloría General del Estado en el que se determine indicios de responsabilidad penal es requisito **previo** al inicio de la instrucción fiscal por el delito de peculado, no se diga a la expedición de una sentencia condenatoria por dicha infracción. Esta resolución es de aplicación obligatoria en este caso, también por expresa disposición del inciso quinto del artículo 2 del Código de

Procedimiento Penal, que establece que *"todas las leyes posteriores que se dictaren sobre los efectos de las normas del procedimiento penal o que establezcan cuestiones previas, tales como requisitos de prejudicialidad, procedibilidad o admisibilidad, deberán ser aplicadas en lo que sean favorables a los infractores"*. En conclusión, si ni siquiera puede existir un proceso por peculado ante la ausencia del informe de la Contraloría estableciendo indicios de responsabilidad penal en contra de una persona determinada, mucho menos puede existir una sentencia condenatoria en su contra. Falta de aplicación del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, por haberse quebrantado en la apreciación de la prueba reglas elementales de la sana crítica ... La defectuosa valoración de estos elementos probatorios llevó al Tribunal a la errónea interpretación del artículo 42 del Código Penal y a la indebida aplicación del artículo 257 del Código Penal, como antes se explicó". Finaliza solicitando se expida sentencia absolutoria; **D) Los recurrentes CÉSAR ALEXANDER ROSADO URIÑA Y JOSÉ BIENVENIDO ROSADO URIÑA**, en su recurso de casación formulan lo siguiente: " A.-) EXISTE FALSA APLICACIÓN DEL ARTICULO 85 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.- 1.- la *finalidad del juicio es lo* comprobación conforme a derecho de la existencia del delito (acción u omisión) que es objeto del proceso; y la individualización e identificación de los autores cómplices y encubridores de dicho delito. Así lo dicen los artículos 250 y 252 del Código de Procedimiento Penal. En el mal llamado delito de PECULADO, por el cual se nos ha acusado sin ser funcionario público y a fin de inculparnos, se aplicó el "principio" de "unidad delictiva", delito que se encuentra descrito en el artículo 257 del Código Penal y que, de acuerdo a la doctrina consta de tres los elementos: "a) que el autor sea un empleado público;" con respecto a este primer elemento, está hartado probado que nuestra actividad es la privada vinculada al comercio exterior; "b) que tenga a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, se refiere este elemento tanto a la cosa que puede ser objeto material del delito, como al título que se encuentra en poder del malversador. Objeto del delito son los caudales o efectos públicos o de particulares. Por caudales se entiende principalmente el dinero, y por efectos los bienes muebles y valores negociables al portador. Se requiere además de la calidad de empleado público, para configurar el delito, que el empleado tenga los caudales o efectos por razón de su oficio o, en ciertos casos de un encargo." **AQUEL EMPLEADO QUE EN OCASIÓN DE LA FUNCIÓN O POR MERO ACCIDENTE, SI SE SUBSTRAE LOS CAUDALES O EFECTOS, PODRA COMETER UN APROPIACION INDEBIDA, Y SI SE APROPIA DE CAUDALES O EFECTOS QUE NO SE ENCUENTREN A SU CARGO, NI SIQUIERA ACCIDENTALMENTE**, el Servicio de Vigilancia Aduanera, conforme al numeral 1 del artículo 122 de la ley Orgánica de Aduanas "ejercer vigilancia en la zona primaria sobre las mercancías" "se negó a prestar tal colaboración aduciendo no ser sus funciones y no tener personal suficiente" la Ley Orgánica de Aduana dice todo lo contrario... No somos responsables de ningún delito y peor de la gravísima infracción que se nos quieren endilgar, somos los agraviados y únicos perjudicados por el robo de 2478 cartones conteniendo diversas mercancías, de propiedad de la empresa GERKIT S.A., que se encontraban en una bodega especial contratada

por la Gerencia General de la Aduana de la Corporación Aduanera Ecuatoriana CAE en una zona primaria y bajo el control de la aduana de Macará, quienes son los únicos responsables de su custodia y conservación del buen estado de las mercancías. En la sentencia se incurrió en error en derecho al tenor de lo dispuesto en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal que sin reunir los elementos integrantes del llamado delito de PECULADO, se nos acusa de dicho delito en calidad de autores, solo a base de pruebas conjeturales y de la mal llamada, reglas de la sana crítica, como lo señala en el Considerando Sexto, "a base de las reglas de la sana crítica, el Tribunal estimo comprobado conforme a derecho la existencia material de la infracción y tiene la plena convicción de que los procesados son autores responsables de los hechos que motivaron el presente juicio". Sentencia, por la cual se ha violado la Ley, porque se ha contravenido expresamente a su texto; se ha hecho una falsa aplicación de la misma; y, se han interpretado erróneamente las siguientes normas arts. 85, 86, 87, 304-A, 309 numeral 2, 312, todos del Código de Procedimiento Penal y artículo 4, del Código Penal. **ART.- 86** Apreciación de la prueba.- Toda prueba será apreciada por el Juez o Tribunal conforme a las reglas de la sana crítica. Ninguna de las normas de este Código, se entenderá en contra de la libertad de criterio que establece el presente artículo ... En el presente caso no existe la sana crítica lo que existe además de una crítica enferma es una crítica injurídica, se nos quiere hacer responsables de hechos, porque como éramos los dueños de las mercancías y estuvimos en algunas oportunidades en la ciudad de Macará constatando y verificando el estado de las mercancías, así como el de la indagación realizada por la fiscalía de aduana, por supuesta inobservancia formal que se habría producido en el despacho para la nacionalización de dichas mercancías lo que permitió la iniciación de la indagación. Nuestra justísima preocupación como propietario de las mercancías por su estado y condición de la mercancía es lo que el Tribunal Tercero de Garantías Penales de Loja en una interpretación imaginaria realiza una supuesta "operación lógica", por lo que señala en el considerando Sexto de la sentencia "puesto que, en un concierto previo y en acuerdo de voluntades, este hecho resulta intrascendentes, dado que cada uno debió cumplir el rol asignado para el efecto de asegurar el resultado. Aquí el concierto de voluntades, se podría decir que es el acuerdo o convenio entre dos o más personas con la finalidad de llevar adelante la comisión de un determinado hecho delictivo, los que previamente se distribuyen entre sus miembros, las acciones y responsabilidades que se complementan para alcanzar el fin deseado". De lo que se desprende y era claro el deseo del tribunal, de perseguirnos y perjudicarnos, aún careciendo de prueba, violando preceptos legales para determinar responsabilidades dentro de una inexistente infracción de PECULADO, a través de iluminadas imaginaciones que le hacían ver el "concierto de voluntades" para la comisión de un delito, por cuanto estaba totalmente probado, la existencia del elemento objetivo del tipo, que fue la sustracción o robo de las mercancías de la bodega de Aduana de Macará. Pero de ese robo no pudieron demostrar y probar quienes fueron los elementos subjetivos que participaron, elementos subjetivos y normativos, que son constitutivos del tipo en una conducta concreta para poder declarar la existencia del delito. Por lo que al no tener el elemento subjetivo, esto es los sujetos responsables de la infracción, el Tribunal se ingenio para acusarnos sin prueba,

señalando (en el Considerando Sexto) la existencia de un "concierto previo y en acuerdo de voluntades" y que "cada uno debió cumplir el rol asignado para el efecto de asegurar el resultado", pretendiendo de esa forma crear, el elemento subjetivo de la infracción, o la voluntad intencionalmente dirigida a la sustracción (dolo) de las mercancías, por parte de nosotros los hermanos ROSADO URIÑA, cuando lo único que se probó en el extenso proceso, fue la existencia material de un delito el "resultado material" de, HURTO o ROBO de MERCANCIAS, por lo que existe falsa aplicación del artículo 85 del Código de Procedimiento Penal. EXISTE FALSA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 86 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Los supuestos indicios probados según la sentencia; a) que éramos propietarios de las mercancías y teníamos intereses en recuperarla; b) que en el traslado de una bodega a otra, de las mercancías estuvo presente todo el tiempo y sabía dónde se encontraba la mercancía César Rosado Uriña; c) que en las nuevas bodegas se ubicó las mercancías en un solo lugar cerca de la puerta. Los indicios antes señalados que dicen estar comprobados conforme a derecho no son aquellos que para el objeto del proceso sean pertinentes. Por cuanto como ya lo tenemos expresado el interés lógico de todo propietario de un bien es estar pendiente del estado y condición del mismo, más aún si este se encuentra retenido en una oficina pública. Por lo que este hecho del interés personal que hayamos tenido sobre la mercancía no nos puede jamás incriminar de ser responsable participe de la infracción descrita por el Tribunal. Así como también los supuestos otros indicios que insisto, no son hechos pertinentes con objeto del proceso, que Cesar Rosado en su condición del hermano del propietario de los bienes que estaban siendo trasladado de una bodega a otra no lo puede jamás responsabilizar de hechos futuros por el robo de mercancías, es ilógico presumir que porque sabía dónde estaba la mercancía se podía determinar que este era un "indicio probado", grave, preciso y concordantes y que pudo llevar a ese Tribunal a la presunción de ser parte activa de la infracción. Así mismo es importante señalar que el Art. 88 CPP, expresa que solo se consideraran las presunciones a fin de establecer el nexo causal entre la infracción y sus responsables cuando existan dos o más indicios que tuvieran relación con el objeto del proceso y tuvieran relación entre ellos, solo entonces, ese Tribunal podría haber presumido que los hermanos Rosado Uriña hubieran intervenido en la infracción que es objeto de esa sentencia, ya sean como autor, cómplice o encubridor ... EXISTE FALSA APLICACIÓN DEL ART. 87 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ... Por lo que jamás se llegó a tener la plena posesión de la verdad o al conocimiento perfecto de que y en qué circunstancias fueron robadas las mercancías en la bodega. El único hecho cierto es que el 22 de Agosto del 2008, todos los bultos de las mercancías se encontraban en dicha bodega y el 25 de Agosto de ese mismo año, las mercancías habían sido sustraídas, siendo este el único hecho cierto, real, probado, siendo lo demás lucubraciones injurídicas de la determinación de responsabilidades. Lo demostrado es la responsabilidad con que la Corporación Aduanera Ecuatoriana llámese usted funcionario de la Gerencia Distrital o los funcionarios de la Gerencia General que firmaron el contrato de la bodega no tuvieron la precaución de asegurar con la respectiva vigilancia de los bienes que se iban a depositar ahí. Por lo que a no tener la certeza de la comprobación conforme a derecho de la existencia de la

infracción penal y su responsable o de tener duda debió dictarse sentencia absolutoria. FALSA APLICACIÓN DEL NUMERAL DEL RT. 309 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, numeral 2.- "La enunciación de las pruebas practicadas y la relación precisa y circunstanciada del hecho punible y de los actos del acusado que el tribunal estime probados". Se viola flagrantemente esta disposición que es un requisito para dictar sentencia en la cual se obliga a que enuncie la prueba circunstanciada del hecho punible y que los actos actuados en dichos actos por el acusado se estime probado. No hay un solo acto que se considere contrario a derecho de que hayamos realizado nosotros y que sea materia de esta sentencia, todos nuestros actos fueron lícitos, de haber estado presente en el momento, por ser propietario de las mercancías es un acto ilícito reprochable, por haber estado presente en el traslado de una bodega a otra de nuestros bienes son actos lícitos. Por lo que existe falsa aplicación del Art. 87 del Código de Procedimiento Penal; FALSA APLICACIÓN DEL Art. 304-a del CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL...; EXISTE FALSA APLICACIÓN DEL ART. 312 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL...". Termina solicitando se acepte el recurso de casación y se los absuelva. **CUARTO: DICTAMEN FISCAL.-** El Fiscal General del Estado, doctor Washington Pesantes Muñoz, en lo pertinente en su dictamen, expresa: "... **TERCERO.-** Del análisis de la sentencia, no se encuentra ningún elemento que contribuya a demostrar la existencia de los verbos rectores del delito de peculado, analizados en el considerando segundo; a más de que el examen especial de Contraloría General del Estado; no determinó indicios de responsabilidad penal de ninguno de los imputados en aspectos de peculado. Por tanto no se subsume los actos juzgados dentro del tipo de peculado analizados; abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo; ya consista el abuso en desfalco o malversación, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante; en el presente caso todas las pruebas que obran en la sentencia y el proceso articulan y tipifican el delito contra la propiedad constantes en el Art. 560 del Código Penal y en el peor de los casos el delito, de evasión de tributos. Por lo expuesto solicito se case la sentencia, por indebida aplicación o errónea interpretación de las normas de derecho precedentes jurisprudenciales; a más de una indebida falta de aplicación y errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables. Siendo precedente mandar a investigar robo y evasión tributaria, fundamentalmente como presuntos autores de estos ilícitos a los funcionarios de la compañía importadora esto es, la cosa sobre la que recayó el daño o los efectos del acto; el medio que evidencia el riesgo para el bien jurídico que se pretende proteger; que en si presente caso se constituye el tipo doloso de omisión, ya que los dos ciudadanos actuaron u operaron una adaptación del concepto de dolo a la estructura de la pasividad, prescindiendo en el requisito del querer y contentándose con el de conocer que el primero asomaba como el representante de los importadores de la mercadería y como tal participó en todos los actos que se realizaron como consecuencia de la retención de la mercadería, quien por no pagar los altos impuestos de importación a fin de recuperar sus mercancías, estando presente incluso en el traslado de la mercadería; y el segundo como representante legal de la compañía GERKIR, quien ejerció los actos a

través de su hermano, quien siendo el único importador, había hecho fraccionar las facturas para que asomen distintos importadores con el mismo fin de evadir impuestos en su intento de nacionalización fraudulenta nacían los dos hermanos y por su omisión se provoca demora...".

**QUINTO: ANALISIS JURIDO DE LA SALA.-** En base a las "pruebas" evacuadas en la audiencia de juicio, el Tribunal Tercero de lo Penal de Loja ha sentenciado a los acusados recurrentes por considerarles autores del delito tipificado y sancionado en el Art. 257 del Código Penal, al efecto, la Sala hace el siguiente análisis: **a)** El Art. 257 del Código Penal en la parte pertinente al caso, prescribe: "*Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años, los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que, en beneficio propio o de terceros, hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. La pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional...*". Al respecto, del peculado ha señalado Francisco J. Ferreira D., en su obra "Delitos contra la Administración Pública", tercera edición, Editorial Temis S.A., Santa Fé de Bogotá, 1995, pág. 14, respecto al peculado dice: "... el peculado es el delito que comete el funcionario encargado de administrar bienes, ya de propiedad del Estado o de los particulares, pero puestos bajo administración estatal, apropiándose de ellos o usándolos indebidamente.". Por su lado, Raúl Goldestein, en su Diccionario de Derecho Penal y Criminología, segunda edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1983, pág. 522, dice: "La sustracción de caudales o efectos públicos por parte del funcionario público al que le fueran confiados, constituye el delito de *peculado*, incluido entre los ejemplos de la malversación de caudales públicos... Sujeto activo es el funcionario público a quien le haya sido confiada por razón de su cargo la administración, percepción o custodia de caudales o efectos. Por equiparación pueden serlo los particulares a quienes por determinados títulos esos bienes les hubieren sido confiados.- El objeto sobre el cual recae el delito debe serlo el caudal o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada en razón del cargo. No basta la simple tenencia de esas cosas, ya que se requiere la facultad de disponer de ellas... El peculado es un delito de daño, para su comisión es imprescindible que los bienes y efectos públicos salgan del patrimonio del Estado e ingresen en el del funcionario". También en el Compendio de Setenta Años de Jurisprudencia, en la pág. 385, se señala: "Los elementos constitutivos de este delito (PECULADO), son los siguientes: a) sujeto activo que sólo puede ser "un empleado público o la persona encargada de un servicio público", en cuyo poder se encontraren los bienes en virtud o razón de su cargo; b) El objeto material existente, según los términos de la ley: dineros públicos o privados, efectos que lo representen, piezas, títulos o documentos o efectos mobiliarios, que como dicho, que en razón del cargo estuvieren en poder del empleado público o encargado del servicio público; c) La conducta que estriba en "abusar" de tales bienes ya consista el abuso, en desfalco, malversación de fondos, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante, de forma que radique siempre en actos de apropiación o distracción que dice la

doctrina, contenidos en beneficio propio o de terceros, pues ha de advertirse que si bien el verbo rector conforme la ley ecuatoriana es "abusar", no puede desligarse en dicho abuso de la "forma" en que se comete, lo cual puede ser únicamente las señaladas en la ley; d) El elemento psicológico que es la voluntad del abuso mediante desfalco, malversación, disposición arbitraria, o cualquier otra forma semejante, a sabiendas que se trata de bienes pertenecientes a la administración pública y con el fin de obtener provecho propio o de un tercero. El peculado en consecuencia es un delito doloso, nuestra legislación no establece la modalidad de culposo que si existe en otras legislaciones referidas a la malversación; e) El resultado que radica en lo que algunos autores denuncian "el cambio del vínculo" o relación de la cosa con el agente, en virtud de la apropiación o de la distracción. Objeto del peculado, es la lesión que se infringe al patrimonio público, por parte del funcionario que, violando sus deberes de probidad y fidelidad; es decir, dolosamente se apropia o distrae de bienes que le fueron confiados en razón de su cargo. Por consiguiente, el peculado es una figura típica dolosa, que exige el abuso de los recursos públicos y privados; **b)** Cabe recalcar que el tipo penal de peculado es doloso por lo que se hace necesario dejar establecido lo que la jurisprudencia y la doctrina ha señalado del dolo y al efecto, según **Raúl Plascencia Villanueva**, en su obra Teoría del Delito, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, pág. 113 y ss., refiriéndose al dolo y la culpa, manifiesta: "El dolo y la culpa constituyen, en términos del estado actual de la evolución de la dogmática penal, elementos del tipo penal, lugar resultante de su ubicación a nivel de la acción por parte de la teoría final de la acción, la cual hoy se percibe como dominante en la dogmática penal, cuestión por la que debemos desterrar todo planteamiento que pretenda analizarlo como forma especie o elemento de la culpabilidad ... El dolo ha constituido durante el transcurso de la historia uno de los elementos subjetivos de mayor relevancia ... En los inicios de la teoría del dolo se le concibió a partir de la teoría de la voluntariedad, desarrollándolo como una consecuencia directa que el autor ha previsto y deseado; sin embargo, esta idea fue superándose, hasta que se sustituyó por la representación bajo la base de que no permitía definir el dolo eventual. Las ideas expuestas por Mayer permitieron resolver el dilema del dolo eventual mediante la teoría de la representación al señalar que la producción contraria al deber de un resultado típico es dolosa no sólo cuando el autor se representa el resultado que sobrevendrá al emprender la acción, sino también cuando esa representación no le movió a cesar en su actividad voluntaria. Lo anterior, dio lugar al desarrollo de la teoría de la voluntad y de la representación en torno al dolo ... En la doctrina causa lista clásica, el dolo se concebía como *dolus malus*. Contenía como tal, dos aspectos: a) el conocimiento y voluntad de los hechos, y b) la conciencia de su significación antijurídica (conocimiento del derecho). Actualmente, en virtud de los aportes derivados de la teoría final de la acción es preferible utilizar un concepto más restringido de dolo, que se entiende como dolo natural, concepción diversa de la propuesta del finalismo ortodoxo, en la que el dolo incluía únicamente el conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo del injusto y no requiere que se advierta que dicha realización es antijurídica (no incluye la conciencia de la antijuricidad ... *El dolo directo de primer grado o intención* En este primer caso el dolo de primer

grado o intención se refiere al autor que persigue la acción típica o, en su caso, el resultado requerido por el tipo, dominando el factor de voluntad. La intención en el sentido anterior se reduce a una cuestión eminentemente subjetiva que alcanza la concreción del tipo penal situándose más allá del tipo objetivo y que acorde con el tipo se debe tener presente pero que no precisa alcanzar. En efecto, la intención es retomada por el legislador en diversos tipos, los cuales aluden a eventos futuros, refiriéndose a la intención no como dolo, sino a nivel de la certeza, la duda o el desconocimiento ... El dolo directo (*dolus directus*) constituye una de las manifestaciones del dolo al revestir la producción de un resultado típico con la conciencia de que se quebranta un deber jurídico en pleno conocimiento de dicha circunstancia y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere. Lo cual se traduce en la concurrencia en el autor del conocimiento de lo que va a realizar en relación con el tipo y en especial la previsibilidad de la producción de un resultado típico, siendo el conocimiento el aspecto central. La manera como el legislador acostumbra designar el dolo directo es mediante la idea de "conociendo" o "a sabiendas" ... ELEMENTOS DEL DOLO: A. El conocimiento: El conocimiento de lo que se pretende hacer es uno de los elementos exigidos por el dolo, pero cuáles son las características de dicho conocimiento. En principio, debe ser actual, es decir, en el momento mismo en que el autor despliega su comportamiento y debe referirse a los elementos del tipo objetivo que está concretando. Empero, no todos los elementos del tipo objetivo son factibles de conocer de una misma manera, por ejemplo, los normativos exigen de una valoración jurídico-social incluso requieren de un conocimiento técnico: por ejemplo un título de crédito, el servicio público, las armas de uso exclusivo del ejército y fuerzas armadas, ameritan una reflexión jurídica y una respuesta de la ley, siendo distinto el conocimiento que puede tener una persona con instrucción jurídica en comparación con quien adolezca de ésta: sin embargo, la exigencia de la ley es el conocimiento simple que se pueda tener de dichos conceptos ... Por otra parte, los elementos descriptivos requieren la percepción de los sentidos por ejemplo las lesiones que se infieren a una persona durante una riña suponen el conocimiento de la violencia que se está ejerciendo para dañar al oponente. En relación con el conocimiento, éste puede anularse con motivo del error sea sobre los presupuestos o bien sobre los elementos del tipo, con las posibilidades de ser vencible o bien invencible, el primero existe en aquellos casos en que el sujeto activo no tiene la posibilidad de conocer la realidad típica objetiva no valorativa a pesar de ponerse en juego el cuidado posible y adecuado para no caer en una falsa apreciación, en tanto el vencible aparece cuando el sujeto por no haber desplegado el cuidado posible y adecuado produce la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Los efectos del error son diversos, así, tratándose del invencible, no existe el dolo ni la culpa y para el caso del segundo se elimina la posibilidad del dolo pero no de la culpa. B. *Querer*.- En materia de voluntad, vale la pena recordar la idea respecto de la libertad de voluntad que se origina en la libertad individual del ser humano, su aparición en la concreción del tipo, por ejemplo, el que desea dañar el patrimonio de otra persona y lo logra. En el sentido anterior la voluntad es una definición del sujeto activo sobre un objeto conocido y puede

presentarse de manera deliberada o indeliberada. Pero en cuáles casos puede afirmarse que el sujeto quiere realizar su comportamiento; podríamos señalar que será cuando acepta el resultado anticipadamente, sea por representación o bien porque aparece como probable sin que tal probabilidad sea suficiente para detenerlo en la realización de su propósito, o bien en la omisión del deber que está obligado a acatar. El querer puede ser anulado en un momento determinado por la presencia de fuerzas externas irresistibles denominadas como *vis absoluta*, *vis mayor* y los actos reflejos. La *vis absoluta* y la *vis mayor* son fuerzas físicas, externas e irresistibles que, por recaer sobre el cuerpo del sujeto impiden en el caso concreto, al querer típico, la primera es atribuible al ser humano y la segunda a las fuerzas de la naturaleza. Los actos reflejos se entienden como reacciones del cuerpo humano involuntarias en respuesta a estímulos externos ... El tratamiento de esta figura descansa en una base fundamental: si el dolo supone el conocimiento y el querer realizar un determinado comportamiento, al existir error en el sujeto activo, la parte relativa al conocimiento no se concreta por consecuencia el dolo se excluye. Por otra parte si lo que hace falta es el conocimiento de los elementos del tipo calificado, entonces se integra el tipo básico y para el caso de que el error se deba a una conducta culposa, entonces debe sancionarse por la concreción del tipo de manera culposa. si es que la ley prevé dicha posibilidad...". En tanto que el profesor **Juan Bustos Ramírez**, en su tratado de Derecho penal Parte General, Volumen III, Editorial Jurídica del Ecuador, pág. 745 y ss., hablando del dolo sostiene: "El aspecto cognitivo del dolo El primer problema que presenta el estudio del elemento intelectual cognitivo del dolo es el que se refiere a la cuestión del conocimiento mismo o, más exactamente, que hemos de entender por conocimiento como elemento integrante de la definición del dolo ... El que ignora o aprecia erróneamente las circunstancias estando en condiciones de conocerlas correctamente, tendrá responsabilidad penal, pues le era exigible ese conocimiento... En otras palabras, como el sujeto con mayor atención podría haber conocido esas circunstancias (conocimiento potencial), habrá infringido el deber de cuidado exigido. Habrá actuado, en conocimiento, imprudente... El aspecto volitivo del dolo.- El aspecto psicológico volitivo, de conducción, en el dolo, resulta fundamental (cf. Schewe, 1972, 111 ss.) El proceso psicológico de dirección del hecho ha sido atacado desde la psiquiatría y psicología en el sentido de que, si se exigiera, en muchos casos no se podría hablar de dolo. Se señalan los comportamientos por afecto o impulso y las llamadas acciones de cortocircuito. En todos estos casos, resulta difícil señalar que el autor "quiso" el proceso que desencadenó, que hubo esa dirección final del hecho. Schewe (ob. Cit., pág. 90 ss.) señala con razón que la raíz de esta discrepancia entre juristas y psiquiatras reside en que ambos ven el problema desde diferentes perspectivas. El psiquiatra ve el problema desde el punto de vista interno, del proceso de formación de la voluntad. Para el jurista, este problema es propio del momento de análisis del sujeto responsable, esto es de todo lo subjetivo referido al sujeto y no a su actuar. Cuando el jurista se refiere al dolo, se refiere a la voluntad expresada, a la voluntad que se ha manifestado en el exterior. Lo que interesa destacar, en consecuencia, en el aspecto volitivo del dolo, es la dirección de la voluntad, como se proyecta el individuo en la relación social ... El dolo no es un simple querer, es una voluntad en

realización, esto es, un querer que se materialice en actos. Luego, no hay dolo por faltar un elemento volitivo si el sujeto sólo tiene la voluntad de hacer algo y esta voluntad no se materializa en hechos que están dentro de la esfera de dominio del sujeto. Así, no hay voluntad, por lo tanto tampoco dolo, si el sujeto le paga un billete aéreo a una persona con la esperanza de que el avión se caiga, pues el hecho de que dicho accidente ocurra no puede ser dominado por el autor... El dolo directo es aquel en que la realización típica llevada a cabo es justamente la perseguida por el autor, por ejemplo, Juan quiere matar a Pedro y le dispara acertándole en el corazón. El *dolo de consecuencias necesarias* es aquel en que se produce un hecho típico indisolublemente ligado a lo perseguido por el autor y que, por eso mismo, es conocido y querido por él. Por ejemplo, Juan que quiere matar a su enemigo coloca una bomba en el avión en que viaja. Necesariamente la muerte de su enemigo irá acompañada de la muerte de los otros pasajeros y de la tripulación. El dolo eventual, en principio, sería aquel en que la realización perseguida lleva consigo un hecho típico probable con el cual el autor cuenta dentro de la realización llevada a cabo. Por ejemplo, un conductor de un automóvil que ha apostado que atravesará la ciudad en menos de media hora, ve como un anciano en la próxima esquina se dispone a atravesar a la otra acera confiado en el derecho que le confiere un paso de cebra. El conductor se representa como probable que pueda atropellar al anciano que ya se encuentra en medio de la calzada pero contando con la probable muerte del anciano, no se detiene, pues desea ganar la apuesta. Efectivamente, atropella al peatón que muere instantáneamente. El dolo eventual desde antiguo ha presentado grandes problemas conceptuales, sobre todo por su proximidad con la culpa consciente. De ahí que las diferentes propuestas doctrinales explicativas del mismo, se centren en la búsqueda de criterios que permitan con certeza afirmar que, frente a un caso dado, el sujeto ha actuado con dolo y no simplemente de forma imprudente. Como puede apreciarse, no se trata sólo de un problema dogmático, sino antes que nada de un problema político criminal ya que, a una conducta en que los elementos cognitivos y volitivos del dolo aparecen difusos, se le va a aplicar el marco penal de la conducta dolosa. Por eso las diferentes teorías del dolo eventual se ven en la necesidad de explicar el porqué del castigo más grave y, en consecuencia, ofrecer criterios para fundamentar dogmáticamente que, frente a una conducta dada, se está ante una conducta dolosa y no culposa ... **Teoría estricta del dolo.** - *Para esta teoría, el dolo comprende tanto el conocimiento actual de los elementos objetivos del tipo, como el conocimiento actual del injusto (la antijuridicidad). Para la teoría del dolo estricta, en la medida en que tanto el error de tipo como el error de prohibición afectan al aspecto cognitivo del dolo, tanto uno como otro conducen necesariamente a las mismas consecuencias jurídicas. El error, sea de tipo o de prohibición, si es invencible elimina el dolo y la imprudencia, es decir, toda vinculación personal del sujeto con el hecho y, por tanto, eximen de responsabilidad criminal. Lo mismo sucede si es vencible y no hay tipo imprudente. En cambio, si es vencible y la conducta imprudente está tipificada, el autor responderá por este delito...* En el caso sub iudice, con facilidad se puede determinar con claridad que la conducta de los imputados no hay dolo directo, pues no quisieron ni previeron el resultado y en el caso concreto de los procesados en ningún momento pusieron en peligro ni

lesionaron con su actuar ningún bien jurídico tutelado por la ley, y peor aún que haya tenido la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo del delito, su actuar se construyó a las funciones para las cuales fueron designados en su calidad de funcionarios de la CAE en el caso y en lo relacionado con los señores ROSADO UREÑA ni siquiera eran funcionarios públicos y lo que es más eran lo dueñas de las cosas que fueron sustraídas, además que las afirmaciones subjetivas y cargadas de prejuicios hechas en la sentencia dictada por los jueces de garantías penales del Tribunal Penal de Loja, toda vez que lo aseverado ellos no está respaldado en prueba legalmente introducida al proceso sino que se lo hacen en base de presunciones e indicios, que evidentemente invalida su fallo, es decir, que el elemento volitivo y cognitivo estuvieron ausentes en el fin de querer causar un daño patrimonial al Estado y peor aún faltar a la fidelidad y confianza depositadas en ellos, pues su conducta se ajustó al accionar propia de su función, así como en la fidelidad, por lo que vuelve atípico el hecho imputado y por lo mismo no se puede formular ningún juicio de reproche en contra de los procesados, pues ellos actuaron en apego estricto del cargo para el cual fueron designados; **c) Presupuestos de la autoría.**- Se reputan autores los que han perpetrado la infracción, sea de una manera directa e inmediata, sea aconsejando o instigando a otro para que la cometa, cuando el consejo ha determinado la perpetración del delito; los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución; los que han determinado la perpetración del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas, imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo; los que han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción; y los que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el acto punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin. Se trata, en fin, de supuestos en que la persona realiza la ejecución de propia mano, sin necesidad de otras personas. Como bien se ha afirmado, en estos casos el dominio de la acción es indudable, en tanto el sujeto haya actuado con dolo y se den los elementos del tipo. Expresado en palabras de Jakobs, el ejecutar el hecho de propia mano es condición suficiente -supuestos los elementos de la autoría específicos del delito- de la responsabilidad plena (autoría, dominio del hecho), pero en la mayoría de los casos no es además condición necesaria. En tanto que son coautores los que toman parte en la ejecución del hecho. Según Jakobs, existe coautoría cuando "según el plan de los intervinientes, se distribuyen las aportaciones necesarias para la ejecución, sea en todos los estadios del delito, sea entre los distintos estadios, de manera que personas no participantes de la ejecución codeterminan la configuración de ésta o el que se lleve o no a cabo". Así pues, los elementos de la coautoría serían según este criterio dos: la decisión común del hecho y la intervención en la comisión a título de autor. No hay duda de que el coautor es un autor, de modo que le corresponden todas las características del autor. Por eso debe tener el codominio del hecho y las calidades exigidas para el autor, en los delitos especiales, así como los elementos subjetivos del tipo que se requieren en el tipo penal como es el caso del delito de peculado que se trata de un delito especial propio. Según lo sostiene, el profesor Edgardo Alberto Donna en su obra La Autoría y la

Participación Criminal, Segunda edición ampliada y profundizada, Colección Autores de Derecho Penal, pp. 41-71, desde el punto de vista de la teoría de autor aquí sostenida, la posibilidad de la coautoría se limita a los hechos dolosos: "Solo un tipo delictivo posible de ser cometido con dolo puede constituir el fundamento de la coautoría, entendida ésta como la concurrencia querida, consciente y con división del trabajo en varios autores, con el fin de obtener el mismo resultado típico. De este modo, sólo puede ser coautor quien sea autor es decir aquel que tenga el dominio final del hecho... Coautor será quien, en posesión de las cualidades personales de autor, sea portador de la decisión común respecto del hecho y en virtud de ello tome parte en la ejecución del delito. La coautoría se basa, como ya dijimos, en la división del trabajo: cada coautor complementa con su parte en el hecho la de los demás en la totalidad del delito y responde por el todo. Se exige una ejecución común del hecho, y a ella pertenecen: a) La decisión común al hecho: el acuerdo recíproco, expreso o tácito, sobre la perpetración común de aquél que puede establecerse hasta el momento de la consumación. Cada coautor responde sólo hasta donde alcanza el acuerdo no habrá responsabilidad por el exceso del otro. b) La ejecución común del hecho: cada coautor ha de ser, subjetivamente, coportador de la decisión común, y, objetivamente, completar con su aportación los aportes de los demás, configurando un hecho unitario. Siempre es coautor quien, en posesión de las cualidades personales de autor, efectúa una acción de ejecución en sentido técnico sobre la base de un plan común en relación al hecho, pues en la acción de ejecución por medio de un actuar final voluntario se expresa de la manera más clara la incondicionada voluntad propia de realización. Pero también es coautor quien objetivamente sólo realiza actos preparatorios de ayuda, cuando es coportador de la decisión común al hecho. Por eso, tiene que comprobarse en forma especial la participación en la decisión delictiva, para lo cual se invocará como indicio el conjunto de circunstancias objetivas y subjetivas del hecho. El minus de coparticipación objetiva en la realización típica tiene que ser compensado con un plus de coparticipación especial en el planeamiento del delito...". Agrega el autor que esta clase de delitos especiales propios como el peculado: "... La autoría se determina desde esta perspectiva por el deber específico, que se deriva de tener encomendada una concreta materia jurídica, de los que están implicados a comportarse adecuadamente, cuya infracción consciente fundamenta la teoría. Este deber no surge de la norma penal, que es la que desencadena la sanción prevista en el tipo, existente en todo delito. Se trata de un deber extrapenal, que no se extiende a todos los implicados en el delito. Son deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y que se originan en otras ramas del Derecho. Esto lleva a que poco importe, en estos delitos, que la infracción sea por acción o por omisión. La teoría de Roxin ha sido criticada. En primer lugar se afirma que de seguirse este concepto, sólo existiría un desvalor de acción, pero no un desvalor de resultado, en el sentido de lesión o peligro al bien jurídico. De modo que sólo se podría hablar de un desvalor de acción que es la infracción al deber. Si se quisiera afirmar que en estos delitos también existe un desvalor de resultado, debería reconocerse que la autoría no sólo se fundamenta en la infracción de deber, sino que habría un requisito más. En palabras de Gracia Martín, "por lo menos en la producción de un resultado y, cuando así se

requiera por el tipo, en que ese resultado derive de una concreta modalidad de acción. Como consecuencia lógica no podría tampoco distinguirse entre delito consumado y tentativa, ya que la infracción al deber es lo que constituye lo injusto de tales delitos. Sin duda la crítica más fuerte estaría en la contraposición con un Estado de Derecho, debido a la vaguedad de los deberes. Así Martín afirma que en los delitos de funcionarios, no habría más remedio que referir la infracción del deber a vagos y genéricos conceptos como deber de fidelidad, deber de obediencia, deber de subordinación, etcétera. La crítica de Gracia Martín se sintetiza en sus palabras: "en los delitos especiales puede afirmarse y no hay que desconocer el hecho de que la infracción de un deber es un elemento del tipo. Pero, contrariamente a lo que se sostiene por un amplio sector doctrinario, inspirándose en Roxin, creo que la lesión de un deber extrapenal formalizado o no- puede ser a lo sumo indicio de la tipicidad de lo injusto especial. Por ende se trataría de una tautología. Que el funcionario que revela secretos que haya tenido por su cargo infringe obligaciones que tenía por su rango y jerarquía está fuera de duda, ya que esta violación es de gravedad. Pero no se explica la esencia del delito especial. Por ende, para esta posición hay que buscar la esencia de estos delitos en otro lugar. Gracia Martín afirma que el autor calificado se encuentra en una relación especial con el bien jurídico protegido. Explica este autor que existen bienes jurídicos primarios cuya agresión está al alcance de cualquier persona. Por el contrario, hay otros bienes jurídicos que no se encuentran a disposición de cualquiera, y que cumplen sus funciones en estructuras cerradas, limitadas, a las que no tienen acceso todos los individuos sino sólo los habilitados...". De lo expuesto, se colige claramente que ninguno de los presupuestos establecidos, tanto por la norma penal como por la doctrina mayoritariamente aceptada en el concierto jurídico se cumplen en el caso, materia de juzgamiento, pues nunca hubo concierto para cometer el delito de peculado ni otro tipo penal, ya que su actuar estuvo encaminado a encontrar una salida para proteger la mercadería que estaba bajo su custodia y que por tal circunstancia el Gerente de la CAE, Regional Macara ( Loja ), se vio en la necesidad de arrendar una bodega para guardar las mercaderías incautadas, mismas que fueron sustraídas de dichas bodegas las que tenían que haber estado resguardadas por la fuerza pública y que pese al requerimiento hecho por las autoridades de la CAE, no se brindó dicha protección, lo que provocó la sustracción de tales mercaderías y que ha motivado el presente enjuiciamiento penal de manera equívoca por el delito de peculado, cuando de lo que obra del proceso se trataría de un delito de hurto en el cual nada tienen que ver los sentenciados, es decir, que en el caso sub lite no hay autores por los motivos que quedan analizados; **d)** Por otra parte, para que existan indicios de responsabilidad penal por el delito de peculado antes y en los actuales momentos es necesario que la Contraloría General del Estado haya determinado tales indicios, conforme expresamente lo dispone el Art. 65 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que en la parte pertinente, prescribe: "... Cuando por actas o informes y, en general, por los resultados de la auditoría o de exámenes especiales practicados por servidores de la Contraloría General del Estado, se establezcan indicios de responsabilidad penal, por los hechos a los que se refieren el artículo 257 del Código Penal, los artículos agregados a continuación de éste, y el artículo innumerado agregado a continuación del

artículo 296, que trata del enriquecimiento ilícito y otros delitos, se procederá de la siguiente manera: 1. El auditor Jefe de Equipo que interviniera en el examen de auditoría, previo visto bueno del supervisor, hará conocer el informe respectivo al Contralor General o a sus delegados, quienes luego de aprobarlo lo remitirán al Ministerio Público, con la evidencia acumulada, el cual ejercerá la acción penal correspondiente de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Penal. Dichos informes también serán remitidos a las máximas autoridades de las instituciones auditadas...”. En el caso sub lite, del análisis del proceso, se observa que si bien existe el informe de Contraloría No. DR4-0013-2009 (fs.1006-1015 ), tampoco es menos cierto que del mismo no se desprende ningún indicio de responsabilidad penal en contra de los procesados y peor aún por el delito de peculado y lo único que señala el aludido informe es responsabilidad administrativa, por lo que es obvio que no se podía instaurar un proceso penal sin este requisito previo, conforme expresamente lo señala la norma antes citada; e) Por su lado, el Art. 212 de la Constitución de la República, en lo atinente, manifiesta: “...Serán funciones de la Contraloría General del Estado, además de las que determine la ley: 1. Dirigir el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos. 2. Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado, f) Por su parte, el Art. 39 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, al referirse a la **determinación de responsabilidades y seguimientos, expresa:** “...A base de los resultados de la auditoría gubernamental, contenidos en actas o informes, la Contraloría General del Estado, tendrá potestad **exclusiva** para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal. Previamente a la determinación de responsabilidades administrativas y civiles culposas que se desprendan de los informes elaborados por las auditorías internas, la Contraloría General del Estado examinará el cumplimiento de los preceptos legales y de las normas de auditoría y precederá a determinarlas con la debida motivación, sustentándose en los fundamentos de hecho y de derecho pertinentes. De existir indicios de responsabilidad penal, se procederá de acuerdo a lo previsto en los artículos 65, 66 y 67 de esta Ley. En todos los casos, la evidencia que sustente la determinación de responsabilidades, a más de suficiente, competente y pertinente, reunirá los requisitos formales para fundamentar la defensa en juicio. La Contraloría General del Estado efectuará el seguimiento de la emisión y cobro de los títulos de crédito originados en resoluciones ejecutoriadas...”. La parte acusadora y la Contraloría General del Estado, antes de iniciar cualquier acción legal, debían actuar conforme a la normativa constitucional y orgánica vigente, especialmente, para determinar si la actuación de los acusados en el ejercicio de sus funciones encuadraron o no su conducta en las directrices determinadas por el tipo penal de peculado, lo que evidentemente en el presente caso, no sucede; g) En un Estado Constitucional, Social y Democrático de Derechos y Justicia, como se define al Ecuador en el primer artículo de la Constitución, solo podrá considerarse legítima la

intervención del sistema penal en la esfera de libertad de las personas, cuando esta se constituya en la última opción a la que puede acudir la sociedad para la protección de bienes jurídicos, así como para aquellos casos en que el conflicto social, no tiene posibilidades de ser resuelto por otros medios de política social<sup>1</sup>. Esta tendencia racionalizadora del fenómeno penal, que resulta consustancial con el nuevo marco constitucional, nos obliga a entender al Sistema Penal como *ultima ratio* o última herramienta con la que cuenta el Estado para “autoconstatarse y automantenerse”<sup>2</sup>. Las anteriores consideraciones, en las cuales el concepto de bien jurídico se constituye en piedra angular del sistema penal, implica además de la despenalización de aquellas conductas insignificantes, la reserva del Sistema Penal para aquellos casos en que su dañosidad sea de tal magnitud, que se justifique la intervención en la esfera de libertad de las personas. El carácter refractario, fragmentario y sobre todo residual del Sistema Penal, excluye de su ámbito, aquellas conductas que generen vulneración de bienes jurídicos o conflictos sociales, que puedan ser debidamente resueltas por otras áreas del derecho. Estos argumentos por supuesto, no excluyen al patrimonio de su calidad de bien jurídico merecedor de protección penal, sino que racionalizan la intervención penal, dentro del marco de un Estado Democrático. Guardando coherencia con lo señalado en considerandos anteriores, por su carácter de *ultima ratio*, al derecho penal debe quedar reservada la tarea de reaccionar frente a los comportamientos más intolerables de desprecio a las normas fundamentales que rigen la convivencia, reaccionando frente a ellos con los medios más graves e importantes de que dispone el ordenamiento jurídico<sup>3</sup>. No se ha demostrado que el delito que se les acusa si la administración pública verdaderamente fue puesta en peligro cuando menos en la rectitud, probidad y prestigio en el cuidado de sus bienes o de aquellos de carácter particular que le han sido entregados en administración o custodia y en algunos casos, además, si fueron lesionados o puestos en riesgo otros intereses también públicos o privados dependiendo de la relación jurídica correspondiente. Por las consideraciones expuestas, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, esta Primera Sala de lo Penal por ser concordante con lo sostenido por esta Sala en reiteradas ocasiones, acogiendo el dictamen fiscal, admite los recursos de casación formulados y revoca la sentencia emitida por el Tribunal Tercero de lo Penal de Loja y ratificando el estado de inocencia se ABSUELVE a: **BYRON FERNANDO TAMAYO RAMÍREZ, FRANKLIN ANÍBAL PIEDRA JARAMILLO; JOSÉ ANTONIO ZAVALA TOLEDO; CÉSAR ALEXANDER ROSADO URIÑA Y JOSÉ BIENVENIDO ROSADO URIÑA**, cuyas edades y más

<sup>1</sup> Bacigalupo, Enrique; PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL, AKAL Ediciones, Madrid, 1997, pág. 52

<sup>2</sup> Bustos Ramírez, Juan; CONTROL SOCIAL, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1987, pág. 87

<sup>3</sup> Muñoz Conde, Francisco; DERECHO PENAL Y CONTROL SOCIAL, Editorial Temis, Bogotá, 2004, pág. 43.

generales de ley constan en la sentencia recurrida; además, se dispone la cancelación de todas las medidas cautelares personales y reales que pesan en contra de los mismos, y de encontrarse los absueltos privados de su libertad, se dispone su inmediata excarcelación, debiéndose emitirse las boletas correspondientes. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Milton Peñarreta Álvarez, Arturo Pérez Castillo, Presidente, Juez Nacional y Conjuez Permanente.- Certifico, Secretario Relator. Dr. Hermes Sarango Aguirre.

Certifico que las veintidos fojas que anteceden son iguales a sus originales.- Quito, 11 de abril del 2011.

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

---

**No. 557-09-or**

Seguido contra Washington Omar Pintado Gómez por robo agravado.

**Juez Ponente:** Dr. Luis Moyano Alarcón

(Art. 185 Constitución de la República del Ecuador).

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA DE LO PENAL**

Quito, 16 de febrero del 2011, las 10h00.

**VISTOS:** Mediante sentencia expedida el 12 de septiembre del 2008, a las 15h30, el Tribunal Segundo de lo Penal del Guayas, dicta sentencia condenatoria en contra de Washington Omar Pintado Gómez por encontrarle autor del delito de robo agravado, tipificado y sancionado en los Arts. 550 y 552 circunstancia segunda, ambos del Código Penal, por lo que le impone la pena de doce meses de prisión correccional.- De la referida sentencia condenatoria, tanto el sentenciado Washington Omar Pintado Gómez, como el acusador particular Luis Alemán Reyes interponen recurso de casación.- Habiéndose declarado la deserción del recurso del procesado por no haber fundamentado dentro del término que debía hacerlo, continuando el trámite por el recurso del acusador particular y siendo el estado procesal el de resolver, para hacerlo, se considera: **PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.-** Esta Sala tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1; y la Disposición Transitoria Octava de la Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en el R.O.

No. 449 del 20 de Octubre del 2.008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa: 001-08-S-CC de fecha 28 de noviembre de 2008, dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de diciembre del 2.008; la Resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre del 2008; publicado en el R.O. 511 de 21 de enero del 2009; así como los artículos 359 y 360 del Código de Procedimiento Penal, y el sorteo respectivo, por lo que como Jueces Nacionales de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento de la presente causa.- **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Examinado el expediente, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pueda afectar la decisión de esta causa, por lo que se declara expresamente su validez.- **TERCERO.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURRENTE.-** Luis Álex Alemán Reyes, en la parte principal de su fundamentación expresa: **1)** Analizadas las pruebas realizadas en la audiencia de juicio, se encuentra comprobada la materialidad de la infracción, así como la responsabilidad del acusado. El Art. 551 inciso 2do. señala que el robo será reprimido con prisión de uno a cinco años y con reclusión menor de tres a seis años en los casos que se perpetre con violencia contra las personas, tomando en consideración el valor de las cosas robadas y según lo que dispone el Art. 552 circunstancia 2 del Código Penal, esto es si el robo se ejecuta con armas o por la noche, o en despoblado, o en pandillas, o en caminos y vías públicas, justamente como le sucedió cuando fue víctima del asalto con armas, en la noche, en despoblado y en pandilla. Pero es sorprendente que el Tribunal le haya impuesto solo un año como pena contraviniendo al Art. 552 numeral 2 del Código Penal que señala el máximo de la pena si se encasilla el delito en una de las causales de la referida norma. Fundamenta su recurso en el dictamen del Ministro Fiscal Distrital del Guayas y Galápagos que acusa a los imputados Omar Pintado Gómez, Jimmy Lucero Coello y Mario Cevallos Paredes, de haber adecuado sus conductas al delito que tipifican y reprimen los Arts. 550, 551 circunstancia segunda y 552 disposiciones todas del Código Penal. **CUARTO.- DICTAMEN FISCAL.-** El Fiscal General, Dr. Washington Pesantez Muñoz, en la parte principal de su dictamen dice: **1)** Que el recurrente manifiesta su inconformidad con la sentencia porque considera que la pena impuesta por el Segundo Tribunal Penal del Guayas es benévola, pues el asalto se produjo con armas, en la noche, en despoblado y en pandilla, situación que a su criterio consiste en la inobservancia del artículo 552 numeral 2 del Código Penal, cuya sanción es de seis años de reclusión menor, para quien perpetrare el robo en tales circunstancias **2)** De la revisión de la sentencia se establece que si bien el procesado justificó circunstancias atenuantes, la sola presencia de una circunstancia agravante genérica ajena a las que prevé el artículo 552 del Código Penal, como el haber realizado el robo con armas, por la noche y en pandilla, toma inaplicable el artículo 72 ibidem, además de que se sumaron otras circunstancias no constitutivas o modificatorias como la intimidación, amenazas e imposibilitando a su víctima para defenderse, al haber empleado auxiliares para su comisión, lo que impide la modificación o deducción de la pena. Por estas razones la Sala debe declarar procedente el recurso de casación propuesto por el acusador particular Luis Alemán Reyes, corrigiendo el error en cuanto a la indebida aplicación del Art. 72 del Código Penal, declarando a Washington Omar Pintado Gómez, autor responsable del delito de robo

calificado en las circunstancias segunda del artículo 552 y primera del artículo 30, ambos del Código Penal y se le imponga la pena que en derecho le corresponde. **QUINTO.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.- 1.-** La casación penal es un medio extraordinario de impugnación, 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. **2.-** La doctrina clásica se basa en la afirmación de que mediante este recurso, al tribunal de casación le corresponde el control de la aplicación correcta de la ley sustantiva por los tribunales de mérito, por lo que es obligación de quien recurre por esta vía demostrar en qué consisten las violaciones de la ley en la sentencia, esto es, hacer evidente la contravención a las normas legales en cuanto a su texto, o establecer claramente en qué consiste la inadecuada interpretación de la ley o la falsa aplicación de la misma. **3.-** La casación no es un recurso ordinario, sino un juicio sobre la sentencia, por lo que no está entre las facultades de la Sala, el efectuar una nueva valoración de la prueba, ni volver a analizar las argumentaciones jurídicas sostenidas por los sujetos procesales durante la sustanciación de la causa; 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; por lo que esta Sala está imposibilitada de reexaminar las pruebas; sin embargo, si tiene potestad para ver si fueron aplicados debidamente los principios y normas de valoración de la prueba. **4.-** En los recaudos procesales existe constancia plena de la materialidad de la infracción y de la responsabilidad del acusado, sin embargo, de la pena impuesta, se establece que el juzgador previamente a la emisión de su fallo, no realizó una valoración racional de las pruebas, en base de la lógica, del raciocinio y de su experiencia, esencia misma de la sana crítica, que en definitiva, es la que prevalece al momento de resolver. El Tribunal Penal encontró que la conducta de Omar Pintado Gómez se adecuó al hecho típico, antijurídico descrito en los Arts. 550, 551 y 552 circunstancia 2 del Código de Procedimiento Penal, delito por el que fue acusado desde el inicio de la instrucción fiscal, pero no tomó en cuenta que también se produjeron algunas de las **circunstancias agravantes no constitutivas que aumentan la pena**, como la contenida en el número 1 del Art. 30 inidem. Porque al cometer el delito, y amenazarles con una arma al ofendido y su acompañante, puso en peligro a otras personas a más del ofendido; si bien el procesado justificó circunstancias atenuantes, la sola presencia de una circunstancia agravante genérica ajena a las que prevé el artículo 552 del Código Penal, como la indicada, toma inaplicable el artículo 72 ibídem, además de que se sumaron otras circunstancias no constitutivas o modificatorias como la intimidación, amenazas e imposibilitando a su víctima para defenderse, al haber empleado auxiliares para su comisión, lo que impide la modificación o reducción de la pena. **5.-** El Art. 551 establece: “Penas por el delito de robo”. El robo será reprimido con prisión de uno a cinco años, “y con reclusión menor de tres a seis años en los casos en que se perpetre con violencia contra las personas” tomando en consideración el valor de las cosas robadas”. Al existir agravantes no constitutivas del delito, el Tribunal Juzgador no podía aplicar atenuantes. Por estas razones la Sala debe declarar procedente el recurso de casación propuesto por el acusador particular Luis Alemán Reyes, corrigiendo el error en cuanto a la indebida aplicación del Art. 72 del Código

Penal y falta de aplicación del Art. 30 numeral 1 ibídem, violaciones a la ley que se produjeron al imponerle a Washington Omar Pintado Gómez la pena modificada de doce meses de prisión; por lo que, corrigiendo el error de derecho existente en la sentencia y acogiendo el dictamen fiscal, pero a la vez, realizando un juicio de ponderación, en aplicación del principio de proporcionalidad, establecido en la Constitución de la República, porque el arma no llegó a ser disparada, esta Primera Sala de lo Penal, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, acepta el recurso de casación presentado por el acusador particular Luis Alex Alemán Reyes, y acogiendo el dictamen fiscal, condena a Washington Omar Pintado Gómez; a la pena de tres años de reclusión menor.- Devuélvase el proceso al Tribunal de origen para que se ejecute la sentencia.- Notifíquese y cúmplase.

Fdo. ) Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada, Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.- Certifico, Secretario Relator. Dr. Hermes Sarango Aguirre.

Certifico que la presente es fiel copia del original.- Quito, 21 de febrero del 2011.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator Primera Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia.

---

#### No. 616-09-OR

Por prevaricato contra Dr. Teodoro Cordero y otros

**Juez Ponente:** Dr. Hernán Ulloa Parada

(Art. 141 Del Código Orgánico de la Función Judicial).

#### CORTE NACIONAL DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO PENAL

Quito, 3 de marzo del 2011; las 15H30.

**VISTOS:** Constituido el Tribunal en audiencia pública de Juzgamiento para conocer y resolver la situación jurídica de los procesados doctor Gabriel de los Reyes Arcos; y, abogados: Bertha Romero Tandazo y, Víctor Hugo Murillo Gallardo, en contra de quienes, la Primera Sala de lo Penal de la ex - Corte Suprema de Justicia, con fecha 25 de octubre de 2007, 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: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.**- Esta Sala es competente 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; y, el sorteo de ley respectivo.- **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 declara la validez de esta causa.- **TERCERO: RELACIÓN PROCESAL Y CARGOS QUE SE FORMULAN EN CONTRA DE LOS PROCESADOS DOCTOR GABRIEL DE LOS REYES ARCOS; ABOGADOS: BERTHA ROMERO TANDAZO Y, VÍCTOR HUGO MURILLO GALLARDO.**- **3.1. RELACIÓN PROCESAL.**- La señora Ministra Fiscal General del Estado, Subrogante, doctora Cecilia Armas Erazo de Tobar, ha dictado auto de instrucción fiscal el día 28 de abril de 2006, a las 11H30, en contra de los **PROCESADOS DOCTOR GABRIEL DE LOS REYES ARCOS, JUAN TEODORO CORDERO JARAMILLO (FALLECIDO); ABOGADOS: BERTHA ROMERO TANDAZO Y, VÍCTOR HUGO MURILLO GALLARDO, MINISTROS JUECES DE LA CORTE DE JUSTICIA DE MACHALA,** sobre la base de la denuncia formulada por el doctor René Ormaza, signada con el No. 16-2004 y 26-2005. **3.2.** Posteriormente al finalizar la etapa intermedia, los Magistrados de la ex Tercera Sala de lo Penal de la ex Corte Suprema de Justicia, con fecha 9 de noviembre de 2006, a las 10H00, dictaron auto de sobseimiento definitivo tanto del proceso como de los imputados, por considerar que no habían indicios que hagan presumir la comisión del delito de prevaricato por el cual habían sido imputados. Del referido auto la señora Ministra Fiscal, Subrogante, presentó recurso de apelación, correspondiendo conocer dicho recurso a la ex Primera Sala de lo Penal de la ex Corte Suprema de Justicia, pronunciándose los ex magistrados de la referida Sala con fecha 25 de octubre de 2007, a las 11H00, y en dicho auto revocan el dictado por el ex Tercera Sala de lo Penal, y en su defecto dictan auto de llamamiento en contra de los imputados doctores Gabriel de Los Reyes Arcos, Juan Teodoro Cordero Jaramillo (fallecido); abogados: Bertha Romero Tandazo y, Víctor Hugo Murillo Gallardo. **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 su 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 ibidem, 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 ibidem (concentración e intermediación), 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, intermediación, 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 incriminada 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, y por el cual fueron llamados a juicio los procesados, de manera concreta, los ordinales uno y cinco, que en su orden, refieren: “Son prevaricadores y serán reprimidos con uno a cinco años de prisión: 1o.- 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, fallaren contra Ley expresa, o procedieren penalmente contra alguno, conociendo que no lo merece;... 5o.- 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”. **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 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, doctor Gabriel de los Reyes Arcos; Abogados: Bertha Romero Tandazo y, Víctor Hugo Murillo Gallardo. Al efecto, la Sala establece: **a)** El doctor Alfredo Alvear Enríquez, Ministro Fiscal Subrogante, al formular la relación de los hechos señaló que los imputados han incurrido en el tipo penal descrito en el Art. 277 del Código Penal, numerales 1 y 5, pues su conducta se subsumió en dicha norma legal cuando los ex ministros de la Corte Provincial de Justicia de Machala nombraron como Notario Interino al abogado José Cabrera Gallardo, hijo del difunto doctor José Cabrera Román, sin que haya habido para el efecto un concurso de méritos y que dicho nombramiento se lo hizo en menos de una hora, violando todo precepto legal, y lo que es más la ética y la moral porque por mucho que sea legal el acto los imputados debieron haber observado la ética y moral y no haber actuado en forma ligera como lo hicieron. **b)** El señor Fiscal General Subrogante, para fundamentar las aseveraciones formuladas en la audiencia de juicio, presentó como prueba, lo siguiente: **1) Testimonio del perito señor ingeniero DIEGO PANCHEZ VILLALBA**, de estado civil casado, instrucción superior, ingeniero en sistemas, con C.I. 1709494668, a quien el señor Fiscal en lo principal hace el siguiente interrogatorio: Fue posesionado legalmente. Responde: Sí. Pregunta: A quién entregó el informe. El perito dice: Fue presentado por él al doctor Cadena y por lo mismo reconoce su firma y rúbrica. El señor Secretario da lectura de la parte en donde aparece el nombre del doctor Teodoro Cordero Jaramillo y en el cual consta que ha entregado veinte mil dólares y ha recibido por ello un interés de mil seiscientos dólares, esto es, a fojas 267 vlt. Pregunta: Indique si encontró alguna adulteración en el documento. Responde: No. Pregunta: Si el CD está en el proceso. El testigo dice: Sí, lo único que se hizo fue sacar la información de dicho CD y transcribirla. Acto seguido el señor Presidente de la Sala toma la palabra y pregunta:

Hubo cadena de custodia. Contesta el perito: No hubo. Pregunta: Intervino la parte acusada. Responde: No. El doctor Yagual, abogado de la abogada Bertha Romero, pregunta: Estuvieron en la lista todos los que habían depositado dinero a manos del doctor José Cabrera Román. Responde: El trabajo que abrió el archivo es técnico y la vinculación no es mi trabajo, mi trabajo constituyó en imprimir la información que estaba en el archivo y nada más; **2) Testimonio del perito, señor ingeniero FERNANDO ESPÍN PAREDES**, de estado civil casado, instrucción superior, magister en Ciencias de la Computación, con C.I. 1704445871, a quien el señor Fiscal en lo principal hace el siguiente interrogatorio: Cuál es su experiencia y cuántos años tiene como perito de naturaleza informática. Responde el perito: Soy ingeniero civil y perito acreditado a la Fiscalía General desde el año 2006. Pregunta: Fue posesionado legalmente para realizar el informe del CD color amarillo. Responde: Fui posesionado en Quito. La base de datos contenía información y la misma no se podía cambiar y se procedió a transcribir dicha información. El señor Presidente de la Sala pregunta al testigo: Quién les entregó el CD. Responde: En la Fiscalía nos entregaron en la oficina del doctor Jorge Cadena López. Procediendo a dar lectura de un oficio. Pregunta: Intervino la parte contraria. Responde: No intervino la parte contraria. La defensa de la doctora Bertha Romero, interviene y pregunta: El informe lo hicieron los dos profesionales. Responde: Hicimos el trabajo los dos profesionales, en el CD se encontró una base de datos y a través del informe se procedió a generar esa información, nunca tuvimos acceso a otros documentos. Insisto en que la experticia se limitó a transcribir el referido CD. Se clasificó por apellidos y nombres y se procedió a imprimir en la Fiscalía. Pregunta el doctor Yagual: Desde su punto de vista no se puede cambiar la lista. Responde: No, es imposible, al menos con la técnica que se aplicó. El doctor Rómulo Cuesta, abogado del doctor Luis Gabriel de los Reyes Arcos, toma la palabra y pregunta: Es acreditado al Ministerio Público. Responde: Sí, desde el año 2006. Pregunta: En la experticia realizada al CD color amarillo a la Notaría Segunda del cantón Machala constaba el nombre del doctor Gabriel de los Reyes Arcos. Responde: El trabajo encomendado no consistía en averiguar nombres sino en transcribir los nombres que constaban en el CD, por lo que no puedo contestar a la referida pregunta. Pregunta: Le pidió algún sujeto procesal algún alcance al informe. Responde: Si mal no recuerdo le concedieron el plazo de tres días. Pregunta: Consta el nombre del doctor Gabriel de los Reyes en dicho informe. El testigo dice: Me ratifico en el informe; **3) Prueba Documental** que agrega el señor Fiscal General Subrogante: Periódico del Diario “La Opinión”; acta de sesión en la que se nombra al notario interino; informe pericial del cual consta que el doctor Juan Teodoro Cordero Jaramillo (fallecido) tenía entregado al Notario José Cabrera Román la cantidad de veinte mil dólares y que recibía un interés de mil seiscientos dólares mensuales; oficio enviado por el doctor José Cabrera Gallardo en el que solicitaba se lo nombre Notario de la Notaría Segunda del Cantón Machala; acta de sesión en la cual se nombra a los ministros de la Corte Superior de Justicia de Machala. **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 imputados doctores Gabriel de Los Reyes Arcos; abogados:

Bertha Romero Tandazo y, Víctor Hugo Murillo Gallardo, los doctores Tito Jaramillo Yagual, Rómulo Cuesta y Daniel Maldonado Gonzaga, abogados defensores de los prenombrados imputados, impugnaron la prueba testimonial y documental presentada por el señor Fiscal Subrogante, y aparejaron como prueba documental los siguientes documentos: acta en que se nombra al Notario Interino, oficio remitido por el Notario Interino y antecedentes penales que obran de autos. **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 *ibidem* 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 intermediación, 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 penalmente contra alguno, conociendo que no lo merecen. . 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; ...”***. **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 imputados. 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. 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 los ex jueces de la Corte Provincial de Machala, imputados en este proceso, cuando designaron Notario Interino al doctor José Cabrera Gallardo lo hicieron al amparo de lo previsto en el Art. 16 de la Ley Notarial vigente a la fecha en que sucedieron los hechos, que textualmente en su inciso tercero, dice: ***“De no haber subrogante en el ejercicio del cargo, el presidente de la corte o el Juez Primero del cantón, según el caso, se encargará el despacho a otro notario del cantón”*** En el caso sub lite, según obra del expediente, el doctor José Cabrera Gallardo se encontraba actuando en calidad de Notario Suplente de la Notaría Segunda del cantón Machala y al fallecimiento de su padre, lo que hicieron los jueces al amparo de la ley fue nombrarlo Notario Interino, en apego de lo que dispone el Art. 13 de la Ley Notarial. **6.5.-** En el presente caso, la acusación fiscal no ha demostrado ninguno de los elementos, ni objetivos ni subjetivos, que configuran el tripartito penal del delito de prevaricato en la conducta de los procesados doctores Gabriel de Los Reyes Arcos; abogados: Bertha Romero Tandazo y, Víctor Hugo Murillo Gallardo. **6.6.-** Tampoco puede pasar inadvertido para esta Sala que la actuación de los jueces que conformaron la ex Primera Sala de lo Penal de la ex Corte Suprema de Justicia, doctores Roberto Gómez Mera, Pilar Sacoto Sacoto y Fernando Casares Carrera, en forma ligera dictaron el auto de llamamiento a juicio sin que de autos se haya evidenciado que la conducta de los ex Ministros de la Corte Superior de Justicia de Machala se haya subsumido en el tipo penal del prevaricato. **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 (imputados) 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 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, intermediación, 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 cuando en sesión ordinaria de 1ero de noviembre de 2006, se designó al abogado José Cabrera, Notario Interino de la Notaría Segunda del Cantón Machala, con los votos favorables de los ahora imputados Gabriel de Los Reyes Arcos; abogados: Bertha Romero Tandazo y, Víctor Hugo Murillo Gallardo, procedieron de conformidad a lo dispuesto en el Art. 16 de la Ley Notarial vigente a esa época y por los hechos que eran de conocimiento público que acontecía en esos días en la ciudad de Machala, además de que era obligación de los Ministros precautelar el protocolo de la Notaría Segunda del Cantón Machala y que se encontraba a cargo del difunto Notario Cabrera Román y para lo cual se hacía necesario nombrar un Notario, y que en el caso sub júdice no lo nombraron, sino que ratificaron al Notario Suplente que venía ejerciendo su cargo desde mucho tiempo atrás. 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 del 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 ABSUELVE al DOCTOR GABRIEL DE LOS REYES ARCOS; ABOGADOS: BERTHA ROMERO TANDAZO Y, VÍCTOR HUGO MURILLO GALLARDO**, disponiendo en consecuencia la cancelación de todas las medidas cautelares que se hubieren dictado en contra de ellos, para tal efecto el actuario de la Sala remita los oficios correspondientes a las diversas instituciones estatales. Notifíquese.

Fdo.) Dres. Hernán Ulloa Parada, Arturo Pérez Castillo, Geovany Esquivel Villegas, Juez y Conjueces de la Corte Nacional.

Certifico que la presente es fiel copia del original.- Quito, 12 de abril del 2011.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.  
**No. 861.09-or**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA DE LO PENAL**

Quito, 3 de marzo del 2011, las 11h00.

**VISTOS.-** Leonardo Venancio Meneses Pozo, quien a fojas 35 desiste del recurso de casación que interpusiera respecto de la sentencia dictada por el Tribunal Penal de Pastaza, ha reconocido su firma y rúbrica conforme así aparece a fojas 38 de este cuaderno.- En tal virtud, se acepta el desistimiento y se dispone que se devuelva el proceso al Tribunal de origen.- Notifíquese.

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada, Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.- Certifico, Secretario Relator. Dr. Hermes Sarango Aguirre.

Certifico que la presente es fiel copia del original.- Quito, 12 de abril del 2011.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator Primera Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia.

---

**No. 968-09-or**

Querrela por injurias seguida por el Dr. Luis Mariano Vallejo en contra de Ángel Gonzalo Nauñay .

**Juez Ponente:** Dr. Luis Moyano Alarcón.

(Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial)

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA DE LO PENAL**

Quito, 27 de enero del 2011, las 17h00.

**VISTOS :** El querellado Ángel Gonzalo Nauñay Ñaupá y el querellante doctor Luis Mariano Vallejo López, interponen recurso de casación de la sentencia pronunciada por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo el 19 de mayo del 2009, que confirma la resolución absolutoria dictada a favor de Luis Mariano Vallejo López por el Juez Primero de Garantías Penales de la misma jurisdicción, y declara que la acusación particular no es maliciosa ni temeraria.- Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA:** Esta Sala es competente para conocer y resolver la impugnación; 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; y, la Resolución Sustitutiva dictada por la Corte Nacional de Justicia en fecha 22 de diciembre del 2008, publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de enero del 2009, y el sorteo de ley respectivo, así como en razón de los oficios No. 1225-SG-SLL-2010, firmado por el Dr. José Vicente Troya Jaramillo, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, a esa fecha; y, 57-SP-CNJ-2011, firmado por el Dr. Carlos Ramírez Romero, Presidente actual de la Corte Nacional de Justicia, en nuestras calidades de Juez Nacional y Conjuces Permanentes de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento del presente juicio penal.

**SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL:** La presente acción se ha sustanciado con apego a las normas procesales correspondientes, sin que se observe vicio u omisión de solemnidad sustancial alguna que pudiera acarrear su nulidad, por lo que se declara su validez procesal.

**TERCERO.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO:** Esta Sala, mediante providencia de 13 de agosto del 2009, a las 10h00, dispuso que los recurrentes fundamenten el recurso de casación interpuesto conforme lo establece el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal; habiendo cumplido con este mandato únicamente el querellante; por lo que la Sala en providencia de 9 de septiembre del 2009, a las 10h00, declaró la deserción del recurso de Luis Mariano Vallejo López; siendo en consecuencia este Tribunal competente para pronunciarse solamente del recurso interpuesto por Ángel Gonzalo Nauñay Naupa, quien en lo principal, manifiesta: **1)** Que en la sentencia impugnada no se han valorado las pruebas de acuerdo a la sana crítica de conformidad con el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal y el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil en vigencia.- **2)** Que no se ha motivado la sentencia conforme a los preceptos constitucionales Art. 76 de los Derechos de Protección, literal l).- **3)** Que se ha violado el principio de seguridad jurídica de conformidad con lo que dispone el Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador, pues en Considerando Noveno se considera las declaraciones de Hugo Vicente Brito Brito, Juez Primero de lo Civil de Riobamba, y de Lic. Luis Fernando Muñoz Pontón, funcionarios de la administración de justicia y operadores de justicia, quienes por el artículo 11 literales c) y d); y artículo 13 de las causas de remoción o destitución literal b), del Reglamento de Disciplina, Quejas y Sanciones de la Función Judicial, no podía ser testigos por ser juez y parte, cita doctrina y jurisprudencia referente a la garantía de ser juzgado por un juez independiente e imparcial; por lo que solicita se case y se revoque la sentencia absolutoria dictada por el juez A-quo, y en su lugar se condene al acusado al máximo de las penas de prisión establecidos para esta clase de delitos.- **CUARTO.- ANÁLISIS DE LA SALA:** Esta Sala con fin de determinar si en la sentencia recurrida existe violación de la ley en la forma establecida en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, en relación con las alegaciones esgrimidas por el casacionista, observa: **1)** Según la doctrina la casación es un recurso especial y extraordinario que tiene por objeto el control de la legalidad de las sentencias dictadas por los jueces de instancia; y en materia penal lo que procede es el examen de la sentencia recurrida, para determinar posibles violaciones a la ley, sea porque se la haya aplicado

falsamente, o porque se haya contravenido expresamente al texto legal o por haberse hecho una interpretación errónea de la norma; siendo ajeno a la casación penal, pretender que la Sala vuelva a examinar la carga probatoria, que fue motivo ya de análisis por quienes dictaron el fallo; sin embargo, es admisible este recurso, cuando no se han aplicado correctamente las normas que rigen la valoración de la prueba.- **2)** El numeral 18 del artículo 61 de la Constitución de la República establece: “El derecho al honor y al buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona”, El honor y el buen nombre son sin lugar a dudas, el bien jurídico protegido por el Estado.- En este sentido, la ley ha querido tipificar aquellos delitos, que por violar las normas establecidas para proteger el valor moral de la persona humana; ofenden los bienes que están contenidos en tal concepto, que se expresan en el sentimiento de su propia dignidad de honor, en sentido subjetivo, es decir, la reputación, el honor en sentido objetivo.- En nuestra legislación el artículo 489 del Código Penal, clasifica a la injuria en calumniosa y no calumniosa, refiriéndose a la primera como la falsa imputación de un delito; y la segunda “cuando consiste en toda otra expresión proferida en descrédito, o deshonra o menosprecio de otra persona, o en cualquier acción ejecutada con el mismo objeto”.- En el caso sub júdice, el querellante Ángel Gonzalo Nauñay Naupa acusa a Luis Mariano Vallejo López, haber cometido el delito de injurias calumniosas grave tipificado en el artículo 489 inciso 1 del Código Penal y sancionado con el Art. 491 del mismo cuerpo legal, de manera que, estaba en la obligación de probar los hechos descritos y alegados en su querrela, y que los mismo se hallen inmersos dentro del delito que acusa.- Del análisis de la sentencia impugnada y concretamente, en los considerandos Octavo y Noveno, la Sala Ad-quem analiza la prueba de cargo y descargo en especial la testimonial; y en el Considerando Décimo Primero, desestima los testimonios presentados por el querellante por ser contradictorios entre sí y no acreditan la verdad histórica de los hechos, prueba que ha sido valorada por el juzgador aplicando la sana crítica prevista en el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, que según Eduardo J. Couture “son las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”, por lo que, no se ha violado ley alguna en la sentencia al tenor del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal; por el contrario, la prueba analizada por el juzgador, no permite establecer con certeza la existencia material de la infracción y consecuentemente la responsabilidad del acusado.- Por lo expuesto, 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 REPÚBLICA”, de conformidad con el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación deducido por el querellante Ángel Gonzalo Nauñay Naupa, y dispone se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen para los fines de ley.- Notifíquese y cúmplase.

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Gerardo Morales Suárez, Dr. Arturo Pérez Castillo. Juez Nacional y Conjueces Permanentes de esta Primera Sala de lo Penal.

Fdo. Dres. Hernán Ulloa Parada, Luis Moyano Alarcón, Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.- Certifico, Secretario Relator. Dr. Hermes Sarango Aguirre.

Certifico que la presente es fiel copia del original.- Quito, 9 de febrero del 2011.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator Primera Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia.

---

**No. 1098-09-OR**

Seguido contra David Tankamash por asesinato

**Juez Ponente:** Dr. Milton Peñarreta Álvarez.

(Art. 185 de la Constitución de la República)

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA DE LO PENAL**

Quito, 11 de enero del 2011, las 17h35.

**VISTOS:** Mediante sentencia expedida el 26 de septiembre del 2008, a las 08h20, el Tribunal Penal de Morona Santiago, dicta sentencia condenatoria en contra de David Mauro Tankamash Juank, por considerarle autor y responsable del delito previsto en el artículo 450 circunstancia 1ra. del Código Penal, la que le impone la pena de catorce años de reclusión mayor extraordinaria, aplicando el principio de legalidad de los Arts. 2 inc. 4to. Del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal, dado que a la fecha del delito la pena para el mismo es la más favorable al reo, sin opción a rebaja por haber actuado en pandilla (Art. 601 del Código Penal). De esta sentencia ejecutoriada el recurrente David Mauro Tankamash Juank interpone recurso de revisión, basado en las causales 4 y 6 del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, el cual es concedido mediante providencia de diecisiete de julio del dos mil nueve y, una vez tramitado conforme a derecho, para resolverlo se considera: **PRIMERO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA:** Esta Sala tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver el recurso de revisión interpuesto de conformidad con la ley, 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. No 449 de 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa: 001-08-SI-CC de fecha 28 de noviembre de 2008, dictada por la Corte Constitucional y 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 del 2008; y publicado en el R.O. No. 511 de

21 de enero del 2009; en nuestras calidades de Jueces Nacionales de esta Primera Sala Penal y el sorteo de ley respectivo, avocamos conocimiento del presente juicio, la misma que se ha tramitado conforme a las reformas al Código de Procedimiento Penal de 24 de marzo del 2009, esto es, mediante audiencia pública, oral y contradictoria.- **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 penal.- **TERCERO.- ALEGACIONES DEL RECURRENTE.-** El recurrente en audiencia oral pública y contradictoria llevada a efecto el día veintiocho de diciembre del dos mil diez, a las quince horas treinta minutos, por intermedio de su abogado defensor, Dr. Julio César Suárez, quien a nombre de su defendido dice: Voy a manifestar los antecedentes procesales de manera breve, porque es necesario que los señores jueces tengan claro lo sucedido el día de los hechos que se juzgan. El 24 de noviembre del 2000, en la comunidad Santa Marianita, perteneciente a la provincia de Morona Santiago se produce la muerte en riña de Mayo Lorenzo Vidal Preciado, debido a que los moradores de la etnia Shuar se sentían afectados por un préstamo dado por el Banco de Fomento, y con el que el señor Roberto Villacís Rivadeneira estaba haciendo una sesión de la finca a la familia Preciado, y en el documento se hace constar 690 hectáreas y no 620 hectáreas como era lo correcto, por lo que los shuaras se sienten afectados y van a reclamar por ello y en estas circunstancias se produce la muerte. Sin embargo el sentenciado David Tankamash Juank no se encontraba presente en el sitio de los acontecimientos, porque estaba a 2 horas de distancia, en una asamblea de síndicos, en Chiguaza. Sino que la cuestión es política, se le trata de incriminar porque el procesado fue Vicealcalde, Concejal, dirigente de la comunidad. La muerte fue en el año 2000 y su detención en el 2008, ya que nunca se ocultó porque no era culpable, y sin orden de detención sino con un oficio. En tal virtud fundamenta el recurso de revisión en las causales 4 y 6 del art. 360 del Código de Procedimiento Penal, porque no es responsable del delito por el que se lo condenó y para probarlo solicita que en el momento oportuno se recepen las declaraciones de los testigos cuyos nombres constan ya en autos.- A fin de fundamentar la causal 6 del art. 360 del referido cuerpo legal; esto es, cuando se demostrare que no es responsable del delito, es necesario determinar las causales en que incurrió el Estado, para emitir la sentencia condenatoria impugnada; y estas son: El numeral 3 del Art. 23 y numeral 2 de Art. 11 de la actual Constitución, se refieren a que no se debe discriminar a nadie; sin embargo, fue discriminatoria la sentencia cuando al juzgar, para unos se califica el delito como muerte en riña, mientras a él se lo juzga como asesinato. Lo que tiene relación con lo que determina el Art. 75 ibidem, porque se tomaron dos normas diferentes para juzgar a unos y otros. Se violaron sus derechos, porque ninguna persona puede ser interrogada sin la asistencia del defensor particular nombrado por el Estado, pero los agentes policiales realizaron la investigación sin presencia de sus abogados, son 25 encausados y a unos se les recibió sus versiones con abogados y a otros no.- La ley determina que las pruebas no tendrán validez alguna, pues son ineficaces cuando han sido tomadas de manera ilegal. La sentencia contraviene el principio de inocencia, los testigos están obligados a comparecer ante el juez, pero en la audiencia no

concurrió ni un testigo; el Art. 4 del Código Penal trata sobre el indubio pro reo, que no se ha aplicado en el presente caso; sin tomar en cuenta que no fueron a matar, sino que los hechos se dieron de esa manera cuando esa etnia vio afectados sus derechos; pero está probado que quien disparó fue Luis Katari, quien al momento de salir cometiendo la muerte salió gritando yo mate, soy un dios. Los Arts. 61 al 65 numerales 2 y 3 del anterior Código de Procedimiento Penal, y el inciso segundo del art. 327 del Código Penal son claros, y en especial este último dice, que el recurso que sea favorable a uno de ellos, será favorable a los demás. Por lo que debo indicar que hay un auto en el que dictan la prescripción de la acción para uno de los co sindicados, el 21 de septiembre del 2009, por lo que considera que él también debe favorecerse de esa prescripción; sin embargo, se han violado las garantías del debido proceso y se ha condenado a un inocente que está detenido desde el 2008 hasta esta fecha, estos son los fundamentos de hecho y de derecho del recurso propuesto. Presenta como prueba el auto en el que declara la prescripción, así como el auto de llamamiento a juicio a David Tankamash, por asesinato, y dice que mientras tanto, se le sobresee entre otros a Bolívar Ramos, por lo que el fiscal apeló del auto y la Sala Única de la ciudad de Macas revocó el auto del juez y le llamó a juicio, pero cambia la figura; así mismo, aceptando la apelación revoca el sobreseimiento definitivo, y dicta auto de llamamiento a juicio en contra de Bolívar Ramos Mamache. Con lo expresado deja realizada la fundamentación del recurso.- No se tomó en cuenta por ejemplo que testigos como Jorge Pacheco fs. 163 y 164 dice que estuvo presente en el lugar de los hechos y que las personas identificaron a Katari como el autor de los disparos, y que las personas identificaron a Bolívar y Segundo Ramos como los que dirigían el grupo, en ninguna parte dicen que han visto a David Yankamash, y Rosa Méndez Ortiz declaró que si le conoce a David Yankamash porque era síndico, y sabía que había salido del pueblo. Como pueden apreciar las declaraciones son contradictorias porque uno de los testigos dice que lo reconoció porque estaba pintado la cara y con machete; mientras otros aseveran lo contrario. Lo que crea la duda y el Código de Procedimiento Penal dice que en esos casos, se debe absolver al acusado, en aplicación del principio constitucional in dubio pro reo. El código anterior si preveía el careo para descubrir dónde está la mentira. Señores jueces en el numeral 5 de la resolución, dice los actos procesales constituyen prueba para el enjuiciamiento, sin embargo en la resolución consta que David Tankamash estaba como partícipe, pero en el mismo caso están Jorge Pacheco, Rosa Obdulia Méndez Ortiz, aunque no hayan intervenido en la muerte. Mientras para uno se declara la prescripción, a su defendido le condenan a 14 años, lo que es discriminación, esas son violaciones del proceso. El Art. 327 del Código de Procedimiento Penal establece que cuando hay varios coacusados el recurso propuesto por uno de ellos beneficia a los demás, cuando mediare sentencia condenatoria en contra de los acusados. Aquí han estado dos testigos, el uno que estuvo en el lugar de los hechos y el otro que estuvo con David Tankamash y sus declaraciones son concordantes, por lo que pide la revisión de la sentencia, para que se absuelva a su defendido. La fiscal dijo que había premeditación porque fueron con machetes, sin tener en cuenta que en la selva la gente usa machetes y botas para desbrozar, en todo caso, porque hay mérito para ello, solicito se declare aceptado el recurso.

**CUARTO.- PRUEBAS DEL RECURRENTE.-** El recurrente como prueba solicita se recepten declaraciones de los siguientes testigos: Mejeant Kuja Luis Felipe, quien es portador de la C.C. 140018951-8. El que es juramentado en debida forma por el señor Presidente de la Sala. El defensor del sentenciado le pregunta: A la 1.- ¿Diga si fue Presidente de la Junta Parroquia de Chiguasa?, contesta: si; a la 2. ¿Diga si ahí se realizó una asamblea de la asociación de los síndicos de las diferentes comunidades? Contesta: si, se realizó por un proyecto de panelera, con los técnicos de Pronpile, y otros más; A la 3.- ¿Diga si entre los asistentes estaba David Tankamash? Contesta: si estaba, como era síndico de Santa Marianita, tenía que estar. La Fiscal le pregunta: Estaba o tenía que estar? Contesta: como quería que la fábrica funcione en su comunidad, estubo presente; la fiscal le pregunta. ¿Sabe por qué está en esta Sala? Contesta: si se, porque Maruro Tankamash está detenido y yo he llegado porque en vano está pagando la pena; ¿Qué tiene que decir del 24 de noviembre del 2000? Contesta: conozco que ha habido un asesinato, yo estuve desde las 09h00 hasta las 13h30 en la sesión. ¿Recuerda quienes estuvieron? Contesta: los representantes de Prodepine y los representantes como Miguel Chuin, Miguel Juay, el presidente no estaba sino el Vicepresidente, el Presidente se llama Francisco Ñiachi; ¿Conoce a María Teresa Pinchupa? Contesta: si les conozco; La Fiscal dice: Estas personas manifestaron que otra persona fue quien presidió la sesión, por tanto no está declarando la verdad el testigo. Terminada esta declaración, comparece Anduazha Huari Carlos García, portador de la C.C. 140020124-8, quien es juramentado en debida forma por el señor Presidente de la Sala y declara: A la 1. ¿Conoce a David Tankamash? Contesta: por más de 15 años, en el 2005 fue el síndico de Santa Marianita; A la 2. ¿Sabe del problema ocurrido con la familia Preciado? Contesta: si conozco; A la 3. ¿Sabe que cuando se suscitaron los problemas David Tankamash trató de mediar, por lo que fue ante el gobernador y el obispo de Macas? Contesta: si, fueron algunos dirigentes entre ellos David Tankamash pero fue imposible, hicieron caso omiso; A la 4. ¿Usted estuvo presente en la Sexta Cooperativa? Contesta: así es; A la 5. ¿Cuántos miembros estaban? Contesta: serían unos 50 o más los que concurrieron; A la 6. ¿Estuvo David Tankamash el 24 de noviembre del 2000, en el lugar que se produjo la muerte? Contesta: no, porque él estaba en una reunión convocada por la asociación; A la 7. ¿A qué distancia se encontraba usted del lugar de la muerte? Contesta: quizás a unos 50 metros; A la 8. ¿Vio o escuchó que uno de los que ingresaron a la vivienda de los Preciado, fue Luis Katari? Contesta: el nombre no recuerdo, pero se llamaba Luis Wanpas Katari. La Fiscal le pregunta: ¿Dónde fue la reunión? Contesta: fue en San José, pero fue en una de las comunidades. ¿Y la muerte dónde se produjo? Contesta: en la Sexta Cooperativa, que es distante. ¿Usted asegura que estaba en el lugar de los hechos? contesta: Supuestamente, no vi quien le mató. El Dr. Milton Peñarreta le pide que indique todo lo que recuerda. El testigo dice: el problema era recurrente, se quería resolver, pero no fue la intención de los mucos recurrir a estos actos, no se que ocurrió, ellos reclamaban por derechos ancestrales, la verdad es que, no vi nada, porque estaba a cincuenta metros, lo que vi es que salió de la casa con una cartuchera.- Terminada este testimonio, como prueba documental el defensor del recurrente, presenta copias notariales de una sentencia y de un auto de prescripción; así como, de unas declaraciones. **QUINTO.- DICTAMEN**

**DE LA FISCALÍA GENERAL.-** La representante de la Fiscalía, doctora María Cerón, en la audiencia manifestó que: “Realmente en esta instancia el recurso de revisión es justamente para que sus señorías revisen una sentencia que pudo haber sido injusta, pero el recurrente, debía traer prueba nueva para justificar el numeral 4 del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal; pero de lo escuchado, los testigos presentados no conocen del hecho, el primero no estuvo en ese sitio y el segundo no vio nada.- Los peritos dicen en la autopsia, que hubo destrucción total de los dedos, tenía varios orificios en diferentes partes del cuerpo, es decir que lo destrozaron, por lo que el tribunal declaró que hubo asesinato. Sin embargo el testigo dice que fueron en forma pacífica, cuando estuvieron con arma de fuego (cartuchera) y con machetes, molestos porque les han dado posada a personas de raza negra. Además cabe indicar que el testigo dijo que vio salir a otra persona, con carabina cuando fue la cartuchera que le destrozó, se hallaban en varios de los orificios existentes en el cuerpo de la víctima astillas de madera. Por lo que los testigos no han servido para desvirtuar lo probado en la etapa de juicio. Respecto a las copias certificadas que el abogado de la defensa presenta, no es el momento de revisar testimonios que ya se dieron y fueron valorados por el tribunal juzgador. Este es un recurso extraordinario y para que se pueda revisar la sentencia debía presentarse prueba nueva. Hay el muerto, por lo tanto la existencia del delito y lo único que dijo el defensor fueron alegaciones y remembranzas de artículos de la Constitución. Pero no ha presentado prueba nueva, y al tribunal, comparecieron como 16 testigos que demostraron que el recurrente fue quien cometió el delito. **Por lo que la fiscalía pide que no se acepte el recurso y que se confirme la sentencia. SEXTO: APRECIACIÓN DOCTRINARIA SOBRE LA REVISIÓN.-** Es necesario hacer algunas precisiones tanto de orden doctrinario, legal y jurisprudencial con respecto al recurso de revisión. Zavala Baquerizo (El Proceso Penal Tomo Quinto) dice: “El nuevo examen de una causa, que aunque seguida según el orden legal, contiene un error de hecho manifiesto y perjudicial”; este recurso entonces, tiene por objeto el proceso en el que se ha dictado una sentencia por parte del jurado de decisión y su finalidad es rectificar, no errores de derecho sino errores de hecho que provocaron perjuicio manifiesto. Por su parte, Esiquio Manuel Sánchez y Jorge Velásquez Niño, en su libro Casación, Revisión y Tutela en Materia Penal (Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez 1995, Santa Fé de Bogotá) manifiestan que “la Revisión es una acción procesal que pretende remover mediante un nuevo debate probatorio, la sentencia condenatoria que se encuentren ejecutoriadas, cuando las mismas resulten ser injustas por haber sido proferidas teniendo como base un error de hecho sobre la realidad material; el fundamento para ejercitarla debe ser un error judicial de hecho que no de lugar a violación indirecta de la Ley sustancial, es decir, no es un error dado por la apreciación probatoria del funcionario - aquí el equivoco no es sobre la verdad procesal- sino sobre la verdad histórica, real o material, es decir, que se fundamenta en la disparidad de entre los hechos declarados en la decisión y los realmente acaecidos”. La jurisprudencia ecuatoriana ha consagrado este recurso refiriéndose a aquel, como “La revisión constituye una verdadera acción impugnatoria de la sentencia que habiendo determinado la pena, se halla ejecutoriada. Es planteada con el objeto de constituir una situación jurídica distinta a la que existía, o modificarla o extinguirla, haciendo uso del recurso

extraordinario que persigue en definitiva, rescindir la sentencia pronunciada con error de hecho, mediante nueva instancia que trate la misma cuestión a la que se refiere la sentencia impugnada pretendiendo la resolución justa de una de la Salas de la Corte Suprema, hoy “Corte Nacional”. En el caso en cuestión, el recurrente se sustenta en las causales 4, y 6 del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal que dicen: “4.- Cuando se demostrare que el sentenciado no es responsable del delito por el cual se lo condeno”; y, “6.- Cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho, la existencia del delito a que se refiere la Sentencia”. **SEXTO: ANÁLISIS DE LA SALA.-** 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, esto es la causal sexta del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, en el caso sub júdice el recurrente interpuso su recurso por las causales cuarta y sexta del artículo antes citado y luego del dictamen emitido por la Fiscalía General del Estado, en el que solicita se lo declare improcedente, esta Sala considera que no se han presentado nuevas pruebas, que justifique la causal 4ta. invocada por el recurrente en su recurso y que pudiera destruir la cosa juzgada, como tampoco el defensor ha podido desvirtuar, lo que la Sala encuentra establecido plenamente respecto a la culpabilidad del sentenciado, por lo que tampoco hay lugar a la causal 6 de Art. 360 del Código de Procedimiento Penal. Por las consideraciones antes anotadas, 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 LAS LEYES DE LA REPUBLICA”**, declara improcedente el recurso de revisión interpuesto por David Mauro Tankamash Juank, disponiendo se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen para los fines legales pertinentes.- Notifíquese y Publíquese.

Fdo.) Dres. Hernán Ulloa Parada (v.s.), Luis Moyano Alarcón, Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.-  
Certifico, Secretario Relator. Dr. Hermes Sarango Aguirre.

**VOTO SALVADO DEL SEÑOR DOCTOR HERNAN ULLOA, PARADA PRESIDENTE DE LA PRIMERA SALA DE LO PENAL**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA DE LO PENAL**

Quito, 11 de enero del 2011, las 17h35.

**VISTOS:** Por no haberme encontrado presente en la audiencia oral, pública y contradictoria, realizada en el presente juicio, me abstengo de emitir criterio al respecto, por lo que me aparto del voto de mayoría.

Fdo.) Dres. Hernán Ulloa Parada, Luis Moyano Alarcón, Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.- Certifico, Secretario Relator. Dr. Hermes Sarango Aguirre. Certifico que la presente es fiel copia del original.- Quito, 9 de febrero del 2011.

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

**No. 266-10-or**

En el juicio seguido contra Luis Rolando Quinabanda y otro por hurto y falsificación de firma, le hago saber:

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA DE LO PENAL**

Quito, 4 de abril del 2011, las 17h20.

**VISTOS.-** El procesado Luis Rolando Quinabanda Chacán, interpone recurso de revisión de la sentencia dictada por la Corte Penal Militar que confirma la sentencia condenatoria dictada por el Juez de Derecho de la Primera Zona Militar, rectificando la adecuación típica de los Arts. 184 y 185, numerales 3 y 4, por el Art. 190, numeral 3 del Código Penal Militar, y le condenó a cuatro meses de prisión correccional, siendo el estado procesal el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO:** Atenta la razón actuarial que antecede, y al no haber concurrido el abogado del recurrente en el día y hora señalados para que tenga lugar la audiencia oral pública y contradictoria, asistiendo únicamente el delegado de la Fiscalía General, ha sido imposible dar cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 366 del Código de Procedimiento Penal.- **SEGUNDO.-** Cabe anotar que ha sido el propio abogado del recurrente el que no ha hecho ejercicio del derecho a la defensa que consagra la Constitución de la República, así como ha impedido que esta Sala pronuncie sentencia conforme lo prevé el Art. 367 ibídem.- **TERCERO.-** En aplicación del principio de debida diligencia, consagrado en el Art. 172 de la Constitución de la República del Ecuador y Art. 20 del Código Orgánico de la Función Judicial, se declara el abandono del recurso de revisión formulado por Luis Rolando Quinabanda Chacán. Notifíquese.

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada, Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.- Certifico, Secretario Relator. Dr. Hermes Sarango Aguirre.

Certifico que la presente es fiel copia del original.- Quito, 12 de abril del 2011.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator Primera Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia.

**No. 266-10-or**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA DE LO PENAL**

Quito, 4 de abril del 2011, las 17h20.

**VISTOS.-** El procesado Luis Rolando Quinabanda Chacán, interpone recurso de revisión de la sentencia dictada por la Corte Penal Militar que confirma la sentencia condenatoria dictada por el Juez de Derecho de la Primera Zona Militar, rectificando la adecuación típica de los Arts. 184 y 185, numerales 3 y 4, por el Art. 190, numeral 3 del Código Penal Militar, y le condenó a cuatro meses de prisión correccional, siendo el estado procesal el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO:** Atenta la razón actuarial que antecede, y al no haber concurrido el abogado del recurrente en el día y hora señalados para que tenga lugar la audiencia oral pública y contradictoria, asistiendo únicamente el delegado de la Fiscalía General, ha sido imposible dar cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 366 del Código de Procedimiento Penal.- **SEGUNDO.-** Cabe anotar que ha sido el propio abogado del recurrente el que no ha hecho ejercicio del derecho a la defensa que consagra la Constitución de la República, así como ha impedido que esta Sala pronuncie sentencia conforme lo prevé el Art. 367 ibídem.- **TERCERO.-** En aplicación del principio de debida diligencia, consagrado en el Art. 172 de la Constitución de la República del Ecuador y Art. 20 del Código Orgánico de la Función Judicial, se declara el abandono del recurso de revisión formulado por Luis Rolando Quinabanda Chacán. Notifíquese.

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada, Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.- Certifico, Secretario Relator. Dr. Hermes Sarango Aguirre.

Certifico que la fotocopia que antecede es igual a su original.- Quito, 11 de abril del 2011.

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

## No. 275-10

Seguido contra Oswaldo Dario Yaguana Salinas por aviso de confianza.

**Ponente :** Dr. Milton Peñarreta Álvarez, Juez Nacional

(Art. 185 De La Constitución de la República)

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA DE LO PENAL**

Quito, 14 de marzo del 2011, las 16h30.

**VISTOS:** Los acusadores particulares Dr. Edwin Marcelo Andino Viteri y Dra. María Angelina Bustamante Fuentes; así como sentenciado Oswaldo Darío Yaguana Salinas, presentan recurso de casación contra la sentencia pronunciada el 1 de marzo del 2010, a las 08h00, por el Cuarto Tribunal Penal de Pichincha, mediante la cual se condena a Oswaldo Darío Yaguana Salinas, a la pena de dos años de prisión, por considerarle autor responsable del delito, tipificado y sancionado en el Art. 560 del Código Penal, en concordancia con el Art. 42 ibídem, con el voto salvado de la Dra. Marlene Armas, Jueza Suplente. Los recursos presentados fueron debidamente fundamentados por los recurrentes, habiéndose corrido traslado con los mismos al Ministro Fiscal General del Estado, quien contestó de conformidad con lo que establece el Art. 355 del Código de Procedimiento Penal. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.-** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto de conformidad con la ley, 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. 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 de 2008, publicada en el R.O. No. 511 de 21 de enero del 2009 y el sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de Jueces Nacionales de esta Primera Sala de lo Penal, y el Dr. Arturo Pérez Castillo, Conjuez Permanente, de conformidad con el oficio N. 403-SG-SLL-2011, de 2 de marzo del 2011, firmado por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, avocamos conocimiento del presente juicio penal. **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 Alzada declara la validez de esta causa penal. **TERCERO: FUNDAMENTACION DEL RECURSO.-** Los recurrentes **Dr. Ewin Marcelo Andino Viteri y Dra. María Angelina Bustamante Fuentes**, sostienen en su escrito de fundamentación del recurso de

casación, que: **1)** Se violó lo que dispone el Art. 76 numeral 7, de la letra l) de la Constitución de la República, por los siguientes motivos: **a)** No se toma en cuenta el informe parcial presentado dentro del plazo concedido, en el que el Teniente Coronel Remigio establece que existe falsificación de firma por imitación; **b)** No se dispone que se inicie instrucción fiscal contra el Dr. José Chiriboga Saltos, quien en el momento de la audiencia oral indujo a engaño al Tribunal, incurriendo en el delito contra la actividad judicial tipificado y sancionado en el Art. 296 del Código Penal vigente; **c)** No se toma en cuenta que Oswaldo Dario Yaguana Silva es reincidente, como se demostró en la audiencia, por lo que debía tomarse en cuenta lo dispuesto en el Art. 77 del Código Penal en concordancia con la regla séptima del Art. 80 ibídem, por lo que se le debía imponer la pena de cinco años de prisión; **d)** No se aplicó lo que ordenan los Arts. 424, 425 y 426 de la Constitución de la República del Ecuador. Por lo que no se ha motivado en debida forma la sentencia; **El recurrente y sentenciado Oswaldo Yaguana Salinas, manifiesta:** Que fundamenta su recurso porque existe errónea aplicación del Art. 560 del Código Penal, por cuando le declaran autor y responsable del delito que se encuentra tipificado y sancionado en la mencionada norma. Porque él entregó una letra como garantía de la inversión realizada por los acusadores, por lo que existe una deuda pendiente de su parte, pero no dolo, porque tiene la voluntad de cancelarla. Y el Art. 560 del Código Penal dice: “el que fraudulentamente hubiere distraído o disipado en perjuicio de otro, efectos, dinero, mercancías, billetes, finiquitos, escritos de cualquier especie, que contengan obligación o descargo, y que le hubieren sido entregados con la condición de restituirlos, o hacer de ellos un uso o empleo determinado”. De lo que se desprende que deben existir los dos elementos tanto el objetivo que es la entrega de la cosa y el subjetivo que es el dolo, el cual en este caso, como se dijo anteriormente, según él no existe. **e)** Se han violado los Arts. 85 y 86 del Código de Procedimiento Penal.- Al hablar del contrato no se toma en cuenta lo dispuesto en el Art. 40 del Código de Procedimiento Penal, porque primero debían resolver los asuntos prejudiciales, ya que existe un contrato regulado por las leyes civiles (Arts. 1453 y 1454 de Código Civil), pagos parciales, solo que no ha podido pagar por la quiebra de la empresa; **f)** Se ha transgredido el Art. 394 A del Código de Procedimiento Penal porque no se ha probado conforme a derecho la existencia de la infracción, ni su responsabilidad, por lo que el Tribunal debía dictar sentencia absolutoria.- En virtud de lo cual, solicita se acepte el recurso enmendándose las violaciones a la ley. **e)** Que se ha violado el Art. 66 numeral 29 literal c) de la Constitución Política de la República, que dice: “Que ninguna persona puede ser privada de la libertad por deudas, [...]”. Por lo que en apego a Almarío constitucional, solicita se case la sentencia y se lo absuelva. **CUARTO: DICTAMEN FISCAL.-** El Director Nacional de Asesoría Jurídica, Subrogante del Fiscal General del Estado, al contestar la fundamentación del recurso de casación realizada por el recurrente, manifiesta: 1.- Examinada la sentencia, se observa que el Tribunal Penal expresa con absoluta claridad y coherencia las razones por las cuales, aplicando las reglas de la sana crítica y en base a la valoración de la prueba legalmente actuada, llegó a la convicción de que se encuentran probadas la existencia de la infracción y la responsabilidad de Oswaldo Darío Yaguana Salinas, respecto del delito tipificado y sancionado

en el Art. 560 del Código Penal. Este análisis y conclusión son correctos, puesto que lo realizado por el acusado no es un asunto civil como se alega, sino que reúne los elementos que configuran el delito de abuso de confianza, porque se ha probado conforme a Derecho que existe dolo, porque se pretendió irrogar daño a los propietarios del vehículo favoreciéndose del bien entregado, sin devolverlo una vez fenecido el contrato, como tampoco realizó los depósitos a los que mensualmente estaba obligado. En lo que se refiere a la impugnación de los acusadores particulares, tampoco se encuentra violación en cuanto a la aplicación de los Arts. 77 y 80 del Código Penal, porque no consta en autos prueba de que sea reincidente, porque para la reincidencia debe existir anterior sentencia condenatoria ejecutoriada, por lo que es correcta la sanción aplicada. Los recurrentes Edwin Marcelo Andino Viteri y María Angelina Bustamante Fuentes, como el procesado Oswaldo Darío Yaguana Salinas, no han demostrado que en la sentencia se hayan violado ninguno de los artículos que enuncian en sus respectivas fundamentaciones, por lo que solicita a la Sala que se declare improcedente los recursos de casación interpuestos. **QUINTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.-** 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; ya por contravenir expresamente a 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 y práctica del recurso de casación, esta Sala está impedida de realizar una nueva valoración del acervo probatorio, así como 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 las conclusiones jurídicas que, como en el presente caso, han establecido no solamente la configuración y existencia del delito de abuso de confianza, sino que, se ha llegado a demostrar la responsabilidad penal de su cometimiento, en la persona del imputado Oswaldo Darío Yaguana Salinas; **3.-** El recurso planteado por los acusadores particulares Edwin Marcelo Andino Viteri y María Angelina Bustamante Fuentes, se contrae a impugnar la parte resolutive del fallo dictado por el Tribunal Penal, en cuanto se refiere según ellos, a la rebaja injustificada de la pena realizada a favor del imputado, en razón de que el Tribunal Juzgador, no toma en cuenta que es reincidente, cuando esto no se encuentra probado en el proceso, porque no se encuentra sentencia condenatoria ejecutoriada que demuestre que ha sido autor de un delito igual o más grave que el que ahora se juzga; **4.-** En efecto, la Sala, luego del examen prolijo del proceso, en cuanto se refiere a las impugnaciones realizadas tanto por el sentenciado como por los acusadores particulares, ha llegado a determinar que de parte del Tribunal Juzgador no ha existido violación de la ley, **SEXTO: RESOLUCION.-** Por las consideraciones antes expuestas, acogiendo el

dictamen fiscal; la Primera Sala Especializada 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 LAS LEYES DE LA REPUBLICA**, de conformidad con el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal declara improcedentes los recursos de casación presentados por el Dr. Edwin Marcelo Andino Viteri y Dra. María Angelina Bustamante Fuentes; así como por Oswaldo Darío Yaguana Salinas, disponiendo que se devuelva este proceso al Cuarto Tribunal Penal de Pichincha para la ejecución de la sentencia.- **Publíquese y notifíquese.**

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Milton Peñarreta Álvarez, Arturo Pérez Castillo, Jueces Nacionales y Conjuez Permanente.- Certifico, Secretario Relator. Dr. Hermes Sarango Aguirre.

Certifico que la presente es fiel copia de su original.- Quito, 21 de marzo del 2011.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator de la Corte Nacional de Justicia.

#### No. 350-10-OR

Juicio que por delito de estafa a Setrafor Cía Ltda., segue Pablo Larreátegui Nardi contra Víctor Hugo Chasi Hernández

#### CORTE NACIONAL DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO PENAL

Quito, 16 de febrero del 2011, las 17h40.

**VISTOS.-** Víctor Hugo Chasi Hernández interpone recurso de casación de la sentencia dictada por el Octavo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, que lo encuentra autor del delito de estafa tipificado y sancionado en el Art. 563, en concordancia con el Art. 42 del Código Penal, y que en aplicación de las atenuantes probadas lo condena a la pena de seis meses de prisión correccional.- Revisado el proceso se observa lo siguiente: **PRIMERO: a)** De fojas 261 a 262 vta. del proceso, consta que, el 30 de septiembre del 2005, el Dr. Marco Freire López. inicia la etapa de instrucción fiscal en contra de Víctor Hugo Chasi Hernández, por encontrar suficientes indicios de que ha violado el Art. 563, en concordancia con el Art. 42 del Código Penal, a) En virtud del sorteo de ley, se radicó la competencia de la causa en esta Primera Sala de lo Penal, la que avocó conocimiento el 19 de mayo del 2010, dándose el trámite correspondiente; **b)** El 9 de junio del 2010 se corrió traslado con la fundamentación del recurso a la Fiscalía General del

Estado, la que recibe el proceso el 16 de junio del 2010; devolviéndolo a la Sala con el dictamen correspondiente, el 9 de febrero del 2011, esto es cuando ya había prescrito la acción en la presente causa.- **SEGUNDO.-** El Art. 101 del Código Penal, en su parte pertinente dice lo siguiente: "Toda acción penal prescribe en el tiempo y con las condiciones que la ley señala. En el ejercicio del derecho que la prescripción establece, se observarán las reglas que siguen:- Tanto en los delitos de acción pública como en los delitos de acción privada se distinguirá ante todo si, cometido el delito, se ha iniciado o no enjuiciamiento. [...] Tratándose de delitos reprimidos con prisión, la acción para perseguirlos prescribirá en cinco años. El tiempo se contará a partir de la fecha en que la infracción fue perpetrada.- En los mismos delitos de acción pública, de haber enjuiciamiento iniciado antes de que aquellos plazos se cumplan, la acción para continuar la causa prescribirá en los mismos plazos, contados desde la fecha del auto cabeza de proceso. [...]". En el caso sub júdice, la instrucción fiscal que dio inicio al juicio, se dictó el 30 de septiembre del 2005, fecha desde la cual hasta la presente, han transcurrido más de cinco años; por lo que, en virtud de que el procesado, ha presentado los certificados de antecedentes penales en los que consta que, en este lapso el justiciable no ha cometido otro delito de igual o de mayor gravedad que el que originó este proceso, capaz de interrumpir el decurso de la prescripción, esta Primera Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, declara prescrita la acción penal por estafa, seguida en contra de Víctor Hugo Chasi Hernández, a petición de parte y al amparo de lo previsto en los Arts. 108 y 101, incisos 1, 2, 3 y 5 del Código Penal.- Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada, Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.- Certifico, Secretario Relator. Dr. Hermes Sarango Aguirre.

Certifico que la presente es fiel copia del original.- Quito, 22 de febrero del 2011.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator Primera Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia.

sentencia condenatoria dictada por el Juez de Derecho de la Primera Zona Aérea, que lo encontró responsable del delito tipificado y sancionado en el Art. 147 inciso 4to., del Código Penal Militar y le condenó a noventa y un días de prisión correccional, siendo el estado procesal el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO:** Incorpórense al proceso la Delegación presentada por el Dr. Pablo Durán, Funcionario de la Fiscalía General del Estado; así como, el oficio No. 2011-0209-SC-PJP, de 15 de Febrero de 2011, enviado por el Jefe de la Sección de Capturadores de la PJ-P, y en referencia al mismo, se hace constar que el proceso en el que se dictó el auto de prescripción de la pena, es el mismo que en el Tribunal Tercero de lo Penal de Pichincha se encontraba signado con el número 090-2010.- **SEGUNDO.-** Atenta la razón actuarial que antecede, y al no haber concurrido el abogado del recurrente en el día y hora señalados para que tenga lugar la audiencia oral pública y contradictoria, asistiendo únicamente el delegado de la Fiscalía General, ha sido imposible dar cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 366 del Código de Procedimiento Penal.- **TERCERO.-** Cabe anotar que ha sido el propio abogado del recurrente el que no ha hecho ejercicio del derecho a la defensa que consagra la Constitución de la República, así como ha impedido que esta Sala pronuncie sentencia conforme lo prevé el Art. 367 ibidem.- **CUARTO.-** En aplicación del principio de debida diligencia, consagrado en el Art. 172 de la Constitución de la República del Ecuador y Art. 20 del Código Orgánico de la Función Judicial, se declara el abandono del recurso de revisión formulado por Isvaac Vladimir Coba Claudio. Notifíquese.

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada, Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.- Certifico, Secretario Relator. Dr. Hermes Sarango Aguirre.

Certifico que la presente es fiel copia del original.- Quito, 12 de abril del 2011.

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

---

#### No. 912-10-OR

Colutorio que sigue Bayardo Polivio Moreno Piedrahita Tates y otros en contra de Narcisa Janeth Subía González y otros.

#### CORTE NACIONAL DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO PENAL

Quito, 9 de febrero del 2011, las 17h00.

**VISTOS.- PRIMERO.-** El 17 de marzo del 2010, a las 15h00, la Primera Sala de lo Penal de esta Corte Nacional de Justicia, dicta sentencia dentro del juicio colutorio que sigue Bayardo Polivio Moreno Piedrahita Tates y otros en contra de Narcisa Janeth Subía González y otros, en la que

---

#### No. 525-10-or

Seguido contra Isvaac Vladimir Coba Claudio

#### CORTE NACIONAL DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO PENAL

Quito, 17 de febrero del 2011, las 17h40.

**VISTOS.-** El procesado Isvaac Vladimir Coba Claudio, interpone recurso de revisión de la sentencia dictada por la Corte de Justicia Militar, que desecha el recurso de apelación interpuesto por los procesados, y confirma la

rechaza la demanda deducida, declarando que la misma no es maliciosa ni temeraria. De ese fallo, los actores, interponen recurso de apelación, el que fue resuelto por la Segunda Sala de lo Penal de esta Corte, el 21 de septiembre del 2010, a las 11h00, desechando el recurso de apelación y confirmando en todas sus partes, la sentencia dictada por esta Sala.- **SEGUNDO.-** El Dr. Bayardo Moreno Piedrahita Tatés y Gladys Cumandá Hernández Cajiao, interponen entonces recurso de casación, el mismo que es negado por la Segunda Sala, por lo que los mencionados recurrentes ante su negativa, presentan recurso de hecho, el que es concedido con fecha 5 de noviembre del 2010 y recibido en esta Sala el 17 de noviembre del mismo año.- **TERCERO.-** El Art. 3 de la Resolución del Pleno de la Corte Nacional, de fecha 1 de abril del 2009, tomada para esclarecer las dudas del Código Orgánico de la Función Judicial, manifiesta que los juicios colutorios en los cuales la competencia está radicada en una de las Salas de lo Penal de esta Corte, en razón de fuero, en primera o segunda instancia, deben permanecer en ellas.- **CUARTO.-** Ante la impugnación en referencia, este Tribunal considera que el juzgamiento colutorio se subordina a “un tramite y competencia especiales diferentes al procedimiento penal común”, según consta en el primer considerando de la Ley 1106 normativa de aquel juzgamiento. Así mismo, su considerando tercero determina que “para garantizar el derecho de defensa, es conveniente establecer el recurso de apelación” que la antedicha Ley para el Juzgamiento de la Colusión, consagra el artículo 8, como recurso de segunda y última instancia para decidir la causa por medio de la Sala a

la que hubiere correspondido por sorteo su conocimiento. Por consiguiente, atenta la naturaleza del tramite especialísimo que la ley consagra para las acciones colutorias y la determinación expresa, que el fallo que se admite en última instancia evacuando el recurso de apelación, es definitivo, perenne e inviolable con imperio de cosa juzgada, sin posibilidad legal de recurso alguno entre ellos los de casación, de hecho y de revisión. Es jurídicamente inadmisibles el recurso de casación, por lo que se lo declara improcedente; en consecuencia, no hay lugar al recurso de hecho propuesto por el Dr. Bayardo Moreno Piedrahita Tatés y Gladys Cumandá Hernández Cajiao, y se ordena la devolución del juicio colutorio, cuya sentencia se encuentra ejecutoriada, al órgano judicial de origen.- Notifíquese.

Fdo.) Dr. Gerardo Morales Suárez, Jorge Cadena Chávez, Arturo Pérez Castillo, Conjueces permanentes.- Certifico, Secretario Relator.- Dr. Hermes Sarango Aguirre.

Certifico que la presente es fiel copia del original.- Quito, 12 de abril del 2011.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator, Primera Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia.



**REGISTRO OFICIAL**  
ORGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

Suscríbese



**Quito**  
Av. 12 de Octubre N1690 y Pasaje Nicolás Jiménez  
Edificio Nader 2do. Piso  
Teléfonos: 2234540 - 2901629 Fax: 2542835

**Almacén Editora Nacional**  
Mañosca 201 y 10 de Agosto  
Telefax: 2430110

**Guayaquil**  
Malecón 1606 y 10 de Agosto  
Edificio M.I. Municipio de Guayaquil  
Teléfono: 2527107



[www.registroficial.gob.ec](http://www.registroficial.gob.ec)