



# REGISTRO OFICIAL®

## ÓRGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

Administración del Sr. Lcdo. Lenín Moreno Garcés  
Presidente Constitucional de la República

### EDICIÓN JURÍDICA

Año II - Nº 256

Quito, miércoles 4 de  
julio de 2018

**ABG. JAQUELINE VARGAS CAMACHO**  
**DIRECTORA - SUBROGANTE**

Quito: Calle Mañosca 201  
y Av. 10 de Agosto

Oficinas centrales y ventas:  
Telf.: 3941-800  
Ext.: 2301 - 2305

Sucursal Guayaquil:  
Av. 9 de Octubre Nº 1616 y Av. Del Ejército  
esquina, Edificio del Colegio de  
Abogados del Guayas, primer piso.  
Telf.: 3941-800 Ext.: 2310

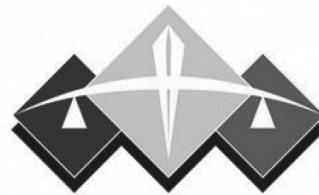
Suscripción anual:  
US\$ 400 + IVA para la ciudad de Quito  
US\$ 450 + IVA para el resto del país

Impreso en Editora Nacional

124 páginas

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

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



**CORTE NACIONAL DE  
JUSTICIA**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**

#### RESOLUCIONES:

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

Oficio No. 2017-0089-CNJ-SPPMPPT-PS

R0821-2017,	R0822-2017,	R0823-2017,
R0840-2017,	R0841-2017,	R842-2017,
R0844-2017,	R0845-2017	



OFICIO No. 2017-0089-CNJ-SPPMPPT-PS  
Quito, 06 de noviembre de 2017

**Señor Dipl. Ingeniero  
Hugo E. Del Pozo Barrezueta  
DIRECTOR DEL REGISTRO OFICIAL  
En su despacho.-**

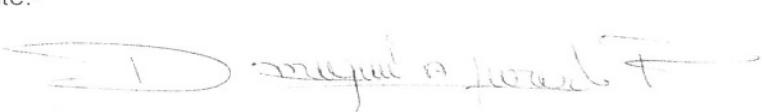
**Señor Director:**

Me permito remitir a Usted, en físico y digital las sentencias de los meses de mayo y junio de 2017, dictadas por las Juezas y Conjuradas; Jueces y Conjuradas que integran la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, para que sean publicadas en el Registro Oficial, son las siguientes en detalle:

0630-2016-MMC	821
0280-2014-MMC	822
0937-2016-JBC	823
1972-2014-MJF	840
1575-2015-GTS	841
1469-2016-JBC	842
0387-2016-JBC	844
1072-2015-JBC	845

Particular que comunico a usted para los fines legales pertinentes.

Muy atentamente.-

  
DR. MIGUEL JURADO FABARA  
PRESIDENTE DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL,  
PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRANSITO  
DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

**CASO No.** 17721-2016-0630  
**RESOLUCIÓN No.** 0821-2017  
**RECURSO:** CASACIÓN  
**PROCESADO:** NAHIN AUGUSTO PEÑAFIEL PEÑAHERRERA Y JUAN GUILLERMO CUJILEMA MULLO  
**DELITO:** DE CONTRABANDO

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**

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

**JUICIO No. 17721-2016-0630**

**RECURSO DE CASACIÓN**

**DELITO DE CONTRABANDO**

**LA FISCALÍA CONTRA NAHIN AUGUSTO PEÑAFIEL PEÑAHERRERA Y JUAN GUILLERMO CUJILEMA MULLO**

**CONJUEZ PONENTE:** Dr. Marco Maldonado Castro

Quito, 29 de mayo de 2017; las 12h02.-

**VISTOS:** Agréguese al expediente el escrito presentado por Nahin Peñafiel Peñaherrera; atendiendo el mismo, tómese en cuenta la autorización conferida a su defensora técnica, abogada Cecilia Valencia Basilio, así como el correo electrónico consignado para las notificaciones correspondientes.

**PRIMERO.- Antecedentes**

**1.1. Antecedentes procesales**

El Juez de la Unidad Judicial Multicompetente con sede en el cantón Zapotillo, provincia de Loja, en fecha 20 de enero de 2016, las 08h06, mediante sentencia, declaró a los ciudadanos Juan Cujilema Mullo y Nahin Augusto Peñafiel Peñaherrera culpables del delito de contrabando, tipificado y sancionado en el artículo 301.2 del Código Orgánico Integral Penal —COIP—, imponiéndoles, a cada uno, la pena de tres años de privación de libertad, la multa de USD\$ 5744,25; y, como reparación integral, el pago de USD\$ 3979,62 al Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador —SENAE—, en calidad de agraviado. Por otro lado, se otorgó la suspensión condicional de la pena a favor del señor Juan Cujilema Mullo al haber acreditado los requisitos legales correspondientes. Inconforme con esta decisión, el procesado Nahín Augusto Peñafiel Peñaherrera interpuso recurso de apelación.

La Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja, en decisión de mayoría de 23 de marzo de 2016, las 11h50, aceptó parcialmente el recurso de apelación, por lo que reformó la sentencia impugnada y declaró al procesado Nahín Augusto Peñafiel Peñaherrera, autor del delito de contrabando, tipificado y sancionado en el artículo 301.2 del COIP, en grado de tentativa, imponiéndole la pena de un

año de privación de libertad, multa de USD 1.900, el pago de USD 6.000 en aplicación del artículo 69.2.e) del COIP; y, multa de cuatro salarios básicos unificados del trabajador en general. Por considerarse perjudicado con el fallo, el SENAE, acusador particular, planteó recurso de casación.

## 1.2. Hechos acusados y hechos probados

Según la sentencia de la Corte de Apelaciones, la Fiscalía acusó:

Agentes de policía de la Unidad de Delitos Aduaneros, observaron varios vehículos que se encontraban junto al hotel “Barrua” del cantón Zapotillo, provincia de Loja. Al inspeccionar uno de los camiones encontraron 250 sacos de arroz, dentro de la cabina se encontraban los señores Nahín Augusto Peñafiel Peñaherrera y Juan Cujilema Mullo, quienes manifestaron no poseer la documentación de sustento de la legal tenencia de la mercadería.

Después de la valoración probatoria, que es su facultad, el Tribunal *ad quem*, consideró demostrados los hechos acusados por la Fiscalía, en especial, por los testimonios del sargento Luis Verdesoto, del cabo segundo Francisco Japón Lara; y, los agentes de la policía judicial Damián Carcelén Choez y Pablo Alexander Loaiza; quienes se encontraban realizando un patrullaje de rutina en la población de Zapotillo.

Según el mencionado Tribunal, el procesado accedió, como chofer profesional, movilizar 250 quintales de arroz desde Zapotillo a Santa Elena, sin tener ningún documento, acto ilícito que se truncó por la intervención de la Policía. Actos idóneos que no dejan duda de que había la intención de cometer la infracción de contrabando, la que no se consumó por razones ajenas a la voluntad del procesado.

## SEGUNDO.- Jurisdicción y competencia

El Pleno del Consejo de la Judicatura, de acuerdo con los artículos 182 de la Constitución de la República del Ecuador —CRE— y 173 del Código Orgánico de la Función Judicial —COFJ—, emitió la Resolución No. 08-2015, de 22 de enero de 2015, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 441, de 20 de febrero del mismo año, por medio de la cual aprobó la actual integración de la Corte Nacional de Justicia.

Mediante la Resolución No. 01-2015, de 28 de enero de 2015, publicada en el Registro Oficial No. 445, de 25 de febrero del mismo año, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia integró sus seis Salas Especializadas, de conformidad con los mandatos establecidos en los artículos 182 de la CRE y 183 del COFJ. De igual forma, en el precitado Registro Oficial, se publicó la Resolución No. 02-2015, emitida el mismo día, en virtud de la cual el Pleno determinó las reglas de distribución de juicios a aplicarse por efecto de la renovación parcial de sus juezas y jueces.

En Resolución No. 060-2015, de 1 de abril de 2015, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 476, de 9 de abril del mismo año, el Consejo de la Judicatura designó a las con juezas y con jueces en las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, de acuerdo a lo previsto en los artículos 200 y 201, numerales 1 y 2, del COFJ.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte

Nacional de Justicia, en virtud de lo previsto en el artículo 186 del COFJ, es competente, entre otras atribuciones, para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal.

Con fundamento en estas normas y en virtud del sorteo de ley correspondió el conocimiento de esta causa, signada en la Corte Nacional de Justicia con el número 17721-2016-0630, al Tribunal integrado por las doctoras Gladys Terán Sierra y Sylvia Sánchez Insuasti, Juezas Nacionales; y, el doctor Marco Maldonado Castro, Conjuez Nacional ponente, de conformidad con los artículos 174 y 201.1 del COFJ, 6 de la Resolución N°. 02-2012 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial N°. 672, de 29 de marzo de 2012; y, oficio N°. 463-SG-CNJ, de 8 de abril de 2016.

No se ha impugnado la competencia del Tribunal, ni la de quienes lo integramos.

Atento el estado de la causa, se considera:

### **TERCERO.- Validez procesal**

Por la fecha que inició el proceso, corresponde aplicar el régimen legal vigente a tal tiempo, esto es el Código Orgánico Integral Penal —COIP—, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N°. 180 de 10 de febrero de 2014; en consecuencia, se fundamentó el recurso de casación en audiencia oral, pública y de contradictorio.

El recurso de casación fue tramitado en aplicación de las garantías básicas que conforman el derecho al debido proceso, reconocidas en el artículo 76 de la CRE, y conforme las normas procesales previstas en los artículos 656 y 657 del COIP. No se evidencia omisión de solemnidades sustanciales o formalidades en la sustanciación del recurso de casación que vicien el procedimiento y que puedan incidir en el resultado final de esta causa.

El recurso es válido y así se lo declara.

### **CUARTO.- Argumentos y fundamentación del recurso**

En atención al recurso de casación propuesto por el SENAÉ, el contenido de la audiencia de fundamentación se contiene en los siguientes puntos:

**4.1. Fundamentación del recurso de casación.**- la acusación particular, SENAÉ, a través de su abogada patrocinadora, doctora Johanna Acaro Orbe, en lo principal, manifestó:

**4.1.1.** En la sentencia impugnada existe una errónea interpretación de los artículos 39 y 301.2 del COIP, pues en los delitos de contrabando “*(...) no existe la tentativa, ya que el delito tiene que haberse consumado*”.

**4.1.2.** El procesado fue sorprendido por agentes de policía encontrándose en el vehículo que contenía doscientos cincuenta sacos de arroz y no tenían la documentación que justifique la legalidad de la mercancía en territorio nacional, que con esto se ha cumplido con todos los elementos que constituyen el tipo penal contenido en el artículo 301.2 del COIP.

**4.1.3.** Solicita se deje sin efecto la sentencia recurrida y se ratifique la culpabilidad del

procesado Nahín Peñafiel Peñaherrera, no en el grado de tentativa, sino como autor del delito de contrabando y se le imponga la pena y multa correspondiente.

**4.2. Contestación del recurso.**- el doctor Raúl Sandoval Chuquimarca, abogado defensor de Nahín Peñafiel Peñaherrera, procesado no recurrente, contestó:

**4.2.1.** El abogado defensor de la acusación particular debió indicar en qué parte de la sentencia recurrida se dio la errónea interpretación de la ley, lo que no hizo.

**4.2.2.** La conducta de su defendido se adecúa a lo previsto en el artículo 39 del COIP, esto es el grado de tentativa.

**4.2.3.** Solicita que se inadmita el recurso de casación interpuesto por el acusador particular por improcedente.

**4.3. Intervención del doctor Raúl Garcés Llerena, delegado del señor Fiscal General del Estado.**-

**4.3.1.** En el fallo recurrido existe indebida aplicación del artículo 39 del COIP, lo que debió aplicar el Tribunal Ad quem es el artículo 42 del mismo cuerpo legal.

**4.3.2.** No se ha considerado en la sentencia impugnada lo previsto en el artículo 78 de la CRE, pues no se ha dispuesto la reparación integral en contra del procesado Nahín Peñafiel Peñaherrera, a favor del agraviado esto es, el SENAE

**4.3.3.** La sentencia dictada por el Tribunal de Apelación debe ser reformada en lo que refiere a la pena y la reparación integral.

**4.4. Intervención del doctor Wilson Camino, defensor público en representación del procesado no recurrente Juan Cujilema Mullo.**-

**4.4.1.** La parte recurrente no se ha referido a su representado, Juan Cujilema Mullo, quien se encuentra beneficiado con la suspensión condicional de la pena, por lo tanto al no haberse afectado los derechos de su defendido, no tiene nada mas que acotar.

## QUINTO.- Análisis del Tribunal de Casación.

### 5.1. Naturaleza y fines del recurso de casación

**5.1.1.** El Estado ecuatoriano coloca a la persona en un lugar nuclear de la vida social, como titular de derechos y garantías. Al reconocer esa titularidad, especialmente sobre los derechos a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica, fortalece la configuración del sistema procesal como un medio para la realización de la justicia; y, al mismo tiempo, el acceso a ella a partir de principios constitucionales que garantizan la igualdad, la no discriminación, el estado de inocencia y el juicio previo.

En ese contexto, se instituye el debido proceso y, como uno de sus componentes, el derecho a recurrir de las decisiones judiciales. Precisamente, esa facultad, incluye la posibilidad de

activar distintos mecanismos de impugnación, de carácter ordinario y extraordinario, a través de los cuales se busca evitar o enmendar el error judicial y resguardar la cohesión del ordenamiento jurídico.

Uno de los dispositivos de impugnación extraordinaria es la casación. Se trata de una alternativa jurídica que procede cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya sea por contravenir expresamente su texto, por indebida aplicación de su contenido o por interpretación errónea.

**5.1.2.** Su carácter de recurso extraordinario, entonces, se debe a que únicamente prospera ante la configuración de estrictos presupuestos establecidos por la ley, que pueden consistir en: por una parte, la infracción de la ley material o error *in iudicando* (juicio), en cuyo caso la casación cumple una función nomofiláctica y unificadora en la interpretación del ordenamiento jurídico; o, por otra parte, la transgresión de las normas y garantías procesales que generen una situación de indefensión, en cuyo escenario la casación actúa como un medio de control de la legalidad.

De ahí que se está frente a un recurso “*(...) encaminado a enmendar las deficiencias que afectan al juicio de derecho contenido en la sentencia o resolución legalmente equiparable a ella, o a específicos requisitos procesales que condicionan la validez de esos actos decisoriales*”.<sup>1</sup> En consecuencia, la casación no ha sido diseñada para remediar o corregir cualquier situación de iniquidad o defecto procesal, sino con la finalidad de “*procurar el imperio de la ley, la unificación de la jurisprudencia y la rectificación del agravio*”.<sup>2</sup>

De esa forma, no cabe duda de que la casación es un recurso limitado, que solo permite el control *in iure*, esto es el estudio, análisis y resolución de cuestiones de estricto derecho, pues no procede frente a requerimientos de un nuevo análisis de los hechos, ni sobre pedidos de nueva valoración de la prueba; como sostiene Roxin, “*la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y solo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al derecho material o formal*”.<sup>3</sup>

**5.1.3.** Estos atributos confieren a la casación, según refiere el ex magistrado colombiano Humberto Fernández Vega, el carácter de un:

“*(...) juicio técnico de impugnación, valorativo y exacto, de formalidades rigurosas, que requiere una expresa formulación y fundamentación. Está destinado a examinar sentencias de segunda instancia para corregir vicios relativos al juzgamiento o al procedimiento.*

Tales características distinguen a la demanda de casación de una simple alegación de instancia, determinan exigencias de orden legal y jurisprudencial de imperioso cumplimiento para la prosperidad de la impugnación.”<sup>4</sup>

En la actualidad, y en el escenario del Estado constitucional de derechos y justicia, la casación cumple un propósito vinculado, de manera directa, con el respeto de los derechos

<sup>1</sup> Lino Enrique Palacio, *Los recursos en el proceso penal* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001), 80.

<sup>2</sup> Jorge Zavala Baquerizo, *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo X (Guayaquil: Editorial Edino, 2007), 73.

<sup>3</sup> Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*. Citado por Jorge Zavala Baquerizo, *Tratado de derecho procesal penal*. op. cit.

<sup>4</sup> Humberto Fernández Vega, *El recurso extraordinario de casación penal* (Bogotá: Editorial Leyer, 2002), 34.

y garantías fundamentales.

En esa medida, su espectro de acción adquiere una mayor amplitud en los sistemas de administración de justicia penal, que, como en el caso del Ecuador, cumple sus fines a través del sistema acusatorio, ya que, en efecto, lo que legitima la interposición de un recurso de casación es la emisión de una sentencia penal de segunda instancia en la que se ha transgredido el principio de legalidad y, por tanto, se han vulnerado esos derechos o garantías.

**5.1.4.** En esa línea de pensamiento, corresponde a este Tribunal de Casación analizar la sentencia recurrida, a efecto de determinar si se encuentra o no inmersa en alguno de los presupuestos establecidos en el artículo 656 del COIP, es decir, arribar a una conclusión sobre si, en la especie, se ha incurrido en una violación de la ley, ya sea por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o, bien, por errónea interpretación, lo que implica garantizar la legalidad y la seguridad jurídica.

Así entonces, este Tribunal, en ejercicio de sus competencias, se limitará a verificar si la sentencia materia de este recurso extraordinario contiene errores de juicio o de actividad, pero no valorará la prueba, ni revisará los hechos o actuaciones judiciales que constituyan parte de las instancias previas, en razón de no encontrarse facultado para ello.

## 5.2. Sobre la materia del recurso de casación

Del análisis de los argumentos realizados por el recurrente en la audiencia de fundamentación del recurso de casación, el Tribunal considera que la acusación particular sustentó su pretensión impugnatoria en el siguiente cargo:

- a. Errónea interpretación de los artículos 39 y 301.2 del COIP, por haber declarado a Nahín Peñafiel Peñaherrera culpable del delito de contrabando en el grado de tentativa, aún cuando el delito se consumó.

Previo a responder el reproche esgrimido por la defensa técnica del recurrente, el Tribunal debe establecer los requisitos mínimos que exigen la técnica y naturaleza del medio de impugnación que nos ocupa, para que un cargo de casación pueda ser considerado como tal.

### 5.3.1. Los cargos de casación

El COIP, establece:

**“Art. 656.- Procedencia.-** El recurso de casación es de competencia de la Corte Nacional de Justicia y procederá contra las sentencias, cuando se haya violado la ley, ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente.

No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba”.

El recurso de casación, es medio de impugnación de las sentencias de apelación, y exige a quien reprocha la decisión de la Corte de Apelaciones, indique al Tribunal de Casación los

cargos que imputa a dicha resolución y en qué forma estos cuestionamientos configuran las causales taxativas del artículo arriba citado; y, además, el perjuicio que se le ha irrogado a un derecho.

Siguiendo este razonamiento, las causales de casación del artículo 656 del COIP, están previstas para revisar las violaciones directas de la ley, por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación.

De manera general se considera violación a la ley por contravención expresa a su texto, el yerro del juzgador en cuanto al contenido de la norma en el proceso de entendimiento y comprensión de las disposiciones legales aplicables a la situación jurídica, arribando en forma desacertada a la escogencia de la disposición calificatoria. En otras palabras, la contravención expresa se presenta cuando el juzgador no aplica una disposición jurídica para resolver la cuestión puesta en su conocimiento, pese a que, después de la valoración probatoria, los hechos considerados probados guardan identidad con los presupuestos de hecho previstos en la norma cuya aplicación se ha omitido.

La indebida aplicación de la ley es un error en la selección de la norma, que ocurre cuando el juzgador aplica una norma diversa a la que corresponde al caso puesto en su conocimiento y resolución. La indebida aplicación, por lo general, conlleva a la falta de aplicación de otras normas relacionadas, jurídicamente, con la norma que debía aplicarse correctamente.

La interpretación errónea se produce cuando, aun eligiendo la norma correcta, se le atribuye un sentido jurídico que no tiene, es decir, se va más allá del contenido de la norma y su alcance, produciendo un efecto que el legislador no previó, lo que puede provenir de un error de intelección por inadecuada preparación de la persona encargada de aplicarla.

El régimen procesal penal prohíbe en casación el análisis de la valoración probatoria o el contenido de la prueba; por lo tanto, este Tribunal no tiene facultad para reformular los hechos fijados, ni para emitir juicios de valor sobre los elementos probatorios.

En este sentido, es obligación de quien pretende impugnar una sentencia mediante recurso de casación, dirigir su reproche a la sentencia de segunda instancia, como aquella que causa efecto y mediante la cual se garantiza el ejercicio del derecho a la doble instancia; además, el reproche no puede sustentarse en la revisión de prueba, tanto en cuestiones de legalidad como en su contenido, pues está vedado por ley para el Tribunal de Casación, toda vez que tales reproches corresponden a la etapa de juicio o apelación en el ejercicio del contradictorio, limitación propia de la casación ya que su objeto exclusivo de análisis son los errores de derecho en la sentencia.

Un cargo de casación, para poder ser atendido por este Tribunal, debe ser fundamentado, de manera autónoma, taxativa y suficiente: cada cargo debe increpar a la sentencia de una violación a una norma legal específica, por una sola de las causales de casación, pues estas son excluyentes entre sí; e, indicar en qué parte de la sentencia se encuentra tal violación, cómo se trasgredió expresando la contraposición del razonamiento judicial considerado errado con el criterio que el casacionista piensa acertado, y la influencia de tal error de derecho en la decisión de la causa.

Sin un argumento suficiente que demuestre claramente los sustentos de la pretensión impugnatoria, se priva al Tribunal de Casación de elementos necesarios para llegar a emitir su decisión respecto al recurso de casación, e incluso, de la aplicación del artículo 140 del COFJ, en caso de que la persona recurrente equivoque en la invocación de la causal de casación.

Con base en estos criterios, el Tribunal procede al análisis del reproche expresado por el acusador particular recurrente.

**5.3.2. Errónea interpretación de los artículos 39 y 301.2 del COIP, por haber declarado a Nahín Peñafiel Peñaherrera culpable del delito de contrabando en el grado de tentativa, aun cuando el delito se consumó.**

Mediante auto de 22 de julio de 2016, las 08h30, se admitió a trámite el presente recurso de casación, el Tribunal señaló que se cumplieron los requisitos correspondientes del cargo de errónea interpretación de los artículos 39 y 301.2 del COIP, por lo que decidió que en la respectiva audiencia se fundamentará únicamente respecto a este punto de derecho.

Como se expuso en líneas anteriores, la errónea interpretación implica que, en su decisión los juzgadores, a pesar de haber seleccionado las normas correctas para resolver el caso concreto, les dieron un sentido jurídico diferente sobre pasando los efectos que le legislador avizoró.

Si bien, del análisis del presente recurso se evidencia que el casacionista cumplió con los requisitos de autonomía y taxatividad necesarios para que el reproche sea considerado como cargo de casación, es tarea de este Tribunal verificar que la argumentación en audiencia, sea suficiente.

En este sentido, cabe observar si el recurrente identificó en qué parte de la sentencia impugnada se encuentra presente el yerro realizado por los jueces de segunda instancia; asimismo, le corresponde contraponer el razonamiento del Tribunal, que considera errado, con los criterios que estima correctos; y, que señale cómo este error influyó en la decisión de la causa.

Al respecto, la acusación particular, en su intervención, no identificó en qué parte de la sentencia consta el error de derecho alegado bajo la causal de errónea interpretación. Al no haber señalado este razonamiento, mal pudo contraponerlo con el criterio que considera acertado; de la misma manera, no manifestó cómo este yerro influyó en la decisión de la causa.

Asimismo, no se argumentó de forma suficiente el reproche que expuso el recurrente; en su lugar, sin mediar análisis jurídico alguno, concluye que: “*(...) en los delitos de contrabando, no existe tentativa, ya que el delito tiene que haberse consumado*” [sic]. Es decir que con su recurso, no persigue el objetivo de la casación que es denunciar un error de derecho en la sentencia emitida por los juzgadores del Tribunal de Apelación. Adicionalmente, en lugar de centrarse en la materia del recurso de casación, insistimos, la sentencia del tribunal *ad quem*, realiza una reseña de cómo, según su criterio, se dieron los hechos y cómo estos llevarían a concluir que existió una violación a la ley. Debido a esta falta de análisis, este Tribunal considera que en la audiencia, el casacionista no cumplió con una argumentación

adecuada y suficiente que debe contener el reproche para ser considerado un cargo de casación.

En ese contexto, son evidentes las falencias de la defensa técnica del casacionista en la fundamentación del recurso, es necesario recalcar que para que un cargo prospere en casación, debe ser expuesto de manera autónoma, taxativa y suficiente, es decir que cada cargo debe increpar a la sentencia de una violación a una norma, por cada una de las causales de casación establecidas en el artículo 656 del COIP; sin embargo, en el presente cargo aquello no se cumplió, pues el casacionista realizó una explicación escueta y no detalló, de manera adecuada y pertinente, por qué la Corte de Apelaciones incurrió en las violaciones alegadas.

En consecuencia la propuesta impugnatoria de la acusación particular carece de la técnica jurídica que impone la naturaleza del recurso que ha interpuesto, asimismo, sus argumentos no contienen elementos suficientes que permitan al Tribunal de Casación enmendar los errores en la fundamentación del recurso para aceptar sus pretensiones.

### 5.3.3. Ejercicio de la casación de oficio

Sin embargo, de lo señalado en líneas anteriores y de la revisión minuciosa de la sentencia impugnada, con fundamento en el artículo 657.6 del COIP, este Tribunal determinará si procede la casación de oficio de conformidad a las siguientes consideraciones:

La sentencia emitida por el tribunal *ad quem*, en su parte pertinente expuso lo siguiente:

“(...) es necesario dejar constancia que las dos personas con previo acuerdo, concierto de voluntades y unidad de propósitos realizaron un viaje exprofeso desde la Provincia de Santa Elena hasta Zapotillo en un vehículo apropiado para esta actividad, mal podría el procesado saber que la mercadería era legal, cuando todavía ni siquiera la adquiría, sino que en el territorio, esto es en la “zona secundaria” hacen la transacción en “La Ceiba”, carga en el carro con 250 quintales de arroz y la moviliza Cujilema hasta el centro de Zapotillo, mientras tanto Nahin Augusto Peñafiel Peñaherrera lo aguardaba para retornar con el arroz. (...) no es verdad que el fallo carezca de fundamentación, el juzgador ha calificado, pues erróneamente como delito consumado aquello que, atentos a la prueba, constituye la infracción prevista en el Art. 39 del COIP, ya que es natural y lógico que el carro estaba cargado, el chofer “descansando” hasta que sea la noche y trata de evitar el control aduanero y no logró consumarse por situaciones ajenas a su voluntad (...) el procesado como chofer profesional sabe perfectamente que para transportar mercadería dentro del territorio ecuatoriano es requisito indispensable la guía de movilización, el origen del producto. (...) En este caso el procesado aceptó como chofer profesional venir desde Santa Elena, manejando el vehículo hasta Naranjal, Provincial del Guayas; y desde Zapotillo movilizar 250 quintales de arroz a Santa Elena, sin tener ningún documento, acto ilícito que se truncó por la intervención de la Policía. Actos idóneos que no dejan duda de que había la intención de cometer la infracción de contrabando, la que no se consumó por razones ajenas a la voluntad del procesado (...) [sic].”

El texto citado refleja los hechos que el tribunal *ad quem* consideró demostrados, basados en éstos, se desprenden los siguientes elementos:

- i) Se encontró a dos personas en el interior de un vehículo (camión) estacionado en Zapotillo, provincia de Loja;
- ii) Oficiales de Policía realizaron una inspección de rutina y encontraron mercadería dentro el vehículo mencionado;
- iii) Los oficiales solicitaron la documentación correspondiente de la mercadería,

misma que no les fue entregada.

La Corte de Apelación, con base en estos elementos, encontró que la conducta del procesado, Nahin Peñafiel Peñaherrera se ajustó al delito tipificado en el artículo 301.2 del COIP, en el grado de tentativa, de acuerdo con lo establecido en el artículo 39 ibidem; los mencionados artículos determinan:

"Art. 39.- Tentativa.- Tentativa es la ejecución que no logra consumarse o cuyo resultado no llega a verificarse por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, a pesar de que de manera dolosa inicie la ejecución del tipo penal mediante actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito.

En este caso, la persona responderá por tentativa y la pena aplicable será de uno a dos tercios de la que le correspondería si el delito se habría consumado.

Las contravenciones solamente son punibles cuando se consuman".

Por su parte, el artículo 301 del COIP dispone:

"Art. 301.- Contrabando.- La persona que, para evadir el control y vigilancia aduanera sobre mercancías cuya cuantía sea igual o superior a diez salarios básicos unificados del trabajador en general, realice uno o más de los siguientes actos, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años, multa de hasta tres veces el valor en aduana de la mercancía objeto del delito, cuando:

[...]

2. Movilice mercancías extranjeras dentro de la zona secundaria sin el documento que acredite la legal tenencia de las mismas, siempre y cuando no pueda justificarse el origen lícito de dichas mercancías dentro de las setenta y dos horas posteriores al descubrimiento.

[...]"

De la lectura de la sentencia impugnada, no existe razonamiento judicial que sirva de sustento para determinar la responsabilidad de Nahín Peñafiel Peñaherrera, es decir, no se evidencia acto alguno encaminado a evadir el control y vigilancia aduanera de la mercancía encontrada en el vehículo, elemento constitutivo del delito por el que se lo condenó. Al respecto el *ad quem* realiza la siguiente apreciación "(...) ya que es natural y lógico que el carro estaba cargado, el chofer "descansando" hasta que sea la noche y trata de evitar el control aduanero y no logró consumarse por situaciones ajenas a su voluntad (...)".

Lo transscrito *ut supra* no se encuentra sostenido en ningún razonamiento lógico jurídico por parte del Tribunal de Apelación, es decir, que simplemente se presumen hechos futuros con base en haber encontrado al acusado en el interior del camión. Adicionalmente, los juzgadores en la decisión de mayoría manifiestan que se esperaba la noche para tratar de evitar el control aduanero; resulta indiscutible que de los hechos establecidos como probados, no se puede llegar a tal conclusión, pues, se trata de un evento que aún no ha ocurrido, por el que mal podría condenarse a Nahín Peñafiel Peñaherrera, en virtud de que erradamente los juzgadores señalan que se buscaba evitar el control aduanero ya que es "*natural y lógico*".

A pesar de lo señalado, el Tribunal de Apelación razonó que al haberse verificado los actos idóneos, por parte del procesado, conducentes de modo inequívoco para la realización del

delito de contrabando, pero que, por la intervención de la policía, el delito no pudo consumarse, se lo declaró responsable en el grado de tentativa.

Según la teoría del caso de la Fiscalía, los agentes de policía de la Unidad de Delitos Aduaneros encontraron a los señores Juan Cujilema Mullo y Nahín Peñafiel Peñaherrera en el interior de un camión en la ciudad de Zapotillo, provincia de Loja, cuando los agentes inspeccionaron el vehículo, encontraron 250 sacos de arroz, por lo que solicitaron la documentación respectiva, misma que no fue entregada, por lo que acusó a los procesados del delito tipificado en el artículo 301.2 del COIP.

Estos hechos acusados fueron considerados demostrados por el Tribunal de Apelaciones; advirtiéndose en el análisis de la sentencia impugnada la responsabilidad recaída contra Juan Cujilema Mullo y precisa lo siguiente:

“(...) mal podría el procesado saber que la mercadería era legal, cuando todavía ni siquiera la adquiría, sino que en el territorio, esto es en la “zona secundaria” hacen la transacción en “La Ceiba”, carga en el carro con 250 quintales de arroz y la moviliza Cujilema hasta el centro de Zapotillo, mientras tanto Nahín Augusto Peñafiel Peñaherrera lo aguardaba para retornar con el arroz” [sic].

Al respecto, este Juzgador de Casación considera que, en este caso, no existe responsabilidad en el grado de tentativa, ya que el tipo penal de contrabando señala como verbo rector el **movilizar** mercancía extrajera dentro de la zona secundaria.

Según el Juez de la Unidad Judicial Multicompetente de cantón Zapotillo, tanto la conducta de Juan Cujilema Mullo, como la de Nahín Augusto Peñafiel Peñaherrera se ajustó al supuesto fáctico del delito de contrabando, declarándoles autores del mismo. Frente a esta decisión, Juan Cujilema Mullo se acogió a la suspensión condicional de la pena, por lo que la mencionada sentencia para este procesado, quedó ejecutoriada; por otro lado, Nahín Augusto Peñafiel Peñaherrera interpuso recurso de apelación.

El tribunal *ad quem*, aceptó parcialmente el recurso de apelación, reformó la sentencia impugnada y declaró a Nahín Augusto Peñafiel Peñaherrera autor del delito de contrabando, tipificado y sancionado en el artículo 301.2 del COIP en el grado de **tentativa**. Inconforme con la sentencia el procesado interpuso recurso de casación.

Con base en los mismos hechos considerados probados, este Tribunal de Casación puede concluir que el delito de contrabando, dispuesto en el artículo 301.2 del COIP, fue consumado por Juan Cujilema Mullo, pues tales hechos probados corresponden a los supuestos de hecho del delito antes mencionado.

Por lo señalado, al haberse consumado el delito acusado, es errado por parte del Tribunal de Apelaciones calificarlo a la vez como tentativa, ya que esta se presenta siempre que la ejecución no logra consumarse o cuyo resultado no llega a verificarse por circunstancias ajenas a la voluntad del autor. En este caso, la ejecución se consumó y se verificó el resultado, al autor, Juan Cujilema Mullo no se le presentó ninguna circunstancia ajena a su voluntad que le haya impedido llevarla a cabo, ello de acuerdo con los hechos dados por probados por el *ad quem*. Más, con relación al procesado Nahín Augusto Peñafiel Peñaherrera, sobre su situación jurídica, de la sentencia impugnada no se destacan cargos ni actuaciones dolosas inmersas a su culpabilidad penal.

De ahí que, de los razonamientos expuestos en la sentencia impugnada, con base a los hechos dados por probados por los jueces de segunda instancia, este Tribunal no encuentra argumento que permita llegar al convencimiento de que la conducta del recurrente Nahín Peñafiel Peñaherrera se ajustó al supuesto fáctico contenido en el delito de contrabando; o, que constituya actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización del delito en mención; tampoco se encuentra razonamiento respecto a acciones u omisiones por parte del procesado que hayan puesto en peligro o produzcan resultados lesivos descriptibles y demostrables.

En definitiva, luego del minucioso análisis de la sentencia y de los razonamientos realizados, este Tribunal considera que sobre la responsabilidad del procesado, Nahín Peñafiel Peñaherrera, en el delito de contrabando, no existe el convencimiento necesario, más allá de toda duda razonable.

En consecuencia, el criterio del *ad quem* incurre en contravención expresa de los artículos 301.2 y 39 del COIP, respecto a la participación de Nahín Augusto Peñafiel Peñaherrera, pues se violó la ley al haber aplicado la sanción prevista para el delito de contrabando sin haberse demostrado que su conducta se ajustó al supuesto fáctico del delito por el que se le acusó.

## SEXTO.- Resolución

Con fundamento en los antecedentes y considerandos antes enunciados, tomando en cuenta que el recurrente no ha cumplido su obligación de fundamentar el recurso en los términos previstos en el artículo 657.3 del COIP, ni ha explicado satisfactoriamente de qué manera la sentencia impugnada violó la ley conforme a las causales que señala el artículo 656 de la norma antes referida; al no haberse evidenciado nulidad en la sentencia emitida por la Tribunal de Apelación y al no ser la mera inconformidad motivo para que el recurso prospere, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”, resuelve:

- 1.- Declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por el Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador, acusador particular;
- 2.- Casar de oficio la sentencia emitida por la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja, el 23 de marzo de 2016, las 11h50, con fundamento en el artículo 657.6 del COIP, por contravención expresa de los artículos 39 y 301.2 Ibídem, en consecuencia, se revoca la sentencia subida en grado, por lo que se ratifica el estado de inocencia del ciudadano Nahín Augusto Peñafiel Peñaherrera; y, se cancelan todas las medidas cautelares de carácter personal y real que se hayan dispuesto en contra del ciudadano antes mencionado.

Ejecutoriada esta sentencia devuélvase el expediente a la autoridad de origen para su ejecución. **Notifíquese y cúmplase.- f.- DR. MARCO MALDONADO CASTRO.- CONJUEZ NACIONAL PONENTE.- f.- DRA. SYLVIA SÁNCHEZ INSUASTI.- JUEZA NACIONAL.- f.- DRA. GLADYS TERÁN SIERRA.- JUEZA NACIONAL.- Certifco.- Dr. Carlos Torres Cáceres.- SECRETARIO REALATOR:**

**CERTIFICO:** Las siete (07) fojas que anteceden son iguales a su original

Quito, 23 de octubre de 2017.

Dra. Ivonne Guamaní León  
**SECRETARIA RELATORA**



CORTE  
CONSTITUCIONAL  
DEL ECUADOR

**CASO No.** 17721-2014-0280  
**RESOLUCIÓN No.** 0822-2017  
**RECURSO:** REVISIÓN  
**PROCESADO:** CRISTIAN SAMANIEGO JARRÍN  
**DELITO:** ROBO AGRAVADO

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**

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

**JUICIO No. 17721-2014-0280**

**RECURSO DE REVISIÓN**

**DELITO DE ROBO AGRAVADO**

**CRISTIAN SAMANIEGO JARRÍN CONTRA LA FISCALÍA**

**CONJUEZ PONENTE:** Dr. Marco Maldonado Castro

Quito, lunes 29 de mayo de 2017, las 15h13.

**VISTOS:**

Agréguese al proceso el escrito presentado por Otecel S.A., el mismo que no es tomado en cuenta por extemporáneo. En lo principal:

**PRIMERO.- Antecedentes**

**1.1. Antecedentes procesales**

El Tribunal Primero de Garantías Penales de El Oro, en sentencia de 25 de enero de 2013, las 12h19, declaró a Julio Fabián Cobos Romero, autor del delito de robo agravado, tipificado y sancionado en los artículos 550, 551 y 552.2 del Código Penal —CP—, por lo que le impuso la pena privativa de libertad de doce meses de prisión correccional; asimismo, declaró a Segundo Sabulón Bravo Calva, Milton Efrén Castillo Godos y Agustín Diosdado Cobeño Anchundia, encubridores del mismo delito, por lo que les impuso la pena de seis meses de prisión correccional y el pago de daños y perjuicios; con relación a Cristián Leonel Samaniego Jarrín, Yonny Gustavo Crespo Preciado y Francisca Beatriz Paladines Vargas, ratificó su estado de inocencia.

Inconformes con esta decisión, el procesado Julio Fabián Cobos Romero y el doctor Segundo

Luis Cañafe Villa, Fiscal de El Oro, interpusieron sendos recursos de apelación.

La Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, en sentencia de 26 de septiembre de 2013, las 08h18, desechó el recurso de apelación interpuesto por Julio Fabián Cobos Romero; aceptó el recurso de apelación presentado por la Fiscalía, y declaró a Julio Fabián Cobos Romero, Segundo Sabulón Bravo Calva, Milton Efrén Castillo Godos y Agustín Diosdado Cobeño Anchundia, autores del delito de robo agravado, tipificado y sancionado en los artículos 550, 551 y 552.2 CP, por lo que, les impuso la pena de seis años de reclusión menor; además, revocó la sentencia absolutoria en favor de Cristián Leonel Samaniego Jarrín y Yonny Gustavo Crespo Preciado, a quienes los declaró coautores del delito, objeto de la causa, por lo que también les impuso la pena de seis años de reclusión menor.

Considerándose perjudicados con el fallo del Tribunal de Apelaciones, Milton Efrén Castillo Cobos, Julio Fabián Cobos Romero, Yonny Gustavo Crespo Preciado y Cristian Leonel Samaniego Jarrín, propusieron recursos de casación.

El Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 28 de mayo de 2014, las 16h25, declaró el abandono de los recursos de Milton Efrén Catillo Godos, Julio Fabián Cobos Romero y Yonny Gustavo Crespo Preciado; en lo que refiere al procesado Cristian Leonel Samaniego Jarrín, en sentencia de 23 de junio de 2014, las 16h00, declaró improcedente su recurso.

Ejecutoriada la sentencia condenatoria, el procesado Cristian Leonel Samaniego Jarrín, interpuso recurso de revisión invocando las causales 3 y 4 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal —CPP—.

En auto emitido el 15 de diciembre de 2015, las 09h24, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, integrado por la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional; y, los doctores: Miguel Jurado Fabara y Luis Enríquez Villacrés, Jueces Nacionales, emitieron auto devolutivo del recurso deducido por Cristian Leonel Samaniego Jarrín, quien en su oportunidad presentó acción extraordinaria de protección respecto de este auto.

La Corte Constitucional, en sentencia dictada el 3 de agosto de 2016, aceptó la acción

planteada, dejó sin efecto el auto de 15 de diciembre de 2015, las 09h24 dictado por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia y ordenó que mediante sorteo se designen otros jueces para que conozcan y resuelvan el recurso de revisión presentado.

Recibido el expediente en la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, le correspondió el cumplimiento de la decisión de la Corte Constitucional a este Tribunal de Revisión, conformado por: la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional; el doctor Richard Villagómez Cabezas, Conjuez Nacional; y, el doctor Marco Maldonado Castro, Conjuez Nacional Ponente,

### **1.2. Hechos materia del recurso de revisión.**

Según el fallo que impugna el condenado Cristian Leonel Samaniego Jarrín, emitido por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, en sentencia de 26 de septiembre de 2013, las 08h18, se punió al revisionista, con fundamento en los siguientes razonamientos:

“[...] [E]n lo referente al procesado Cristian Leonel Samaniego Jarrín, consta dentro del proceso, con los oficios enviados a la Compañía Claro, que si existieron llamadas tanto entrantes y salientes desde el teléfono celular (0980516857) del señor Cristian Leonel Samaniego Jarrín hacia otros procesados, específicamente hacia el teléfono celular (0997896995) del ciudadano Milton Castillo Godos y al celular de Agustín Cobeña, quien fue uno de los primeros detenidos en delito flagrante en el Cantón Catamayo conforme manifestaron los policías capturadores de esa jurisdicción quienes observaron a un vehículo que estaba a exceso de velocidad; por lo que, procedieron a detenerlo al mismo que había sacado una documentación de un vehículo, procediendo a llamar a la central y en la que constataron que dicho vehículo era robado; razón por la cual y teniendo conocimiento del robo en la compañía Elipe, fue trasladado para su respectiva formulación de cargos u que al llegar a Portovelo había sido reconocido por el testigo Lorenzo Cruz Vargas, conforme consta en su testimonio e indica que fue él quien los tenía apuntados con una arma de fuego a los empleados de la empresa minera [...] En consecuencia las pruebas de cargo y de descargo aportadas en audiencia, oral pública y contradictoria de juicio cumplen con los presupuestos establecidos en el Art. 88 del Código de Procedimiento Penal y de validez constitucional, frente a los equívocos argumentos de defensa de los sentenciados de pretender deslegitimar y restar valor y credibilidad, a la prueba de cargo aportada en su contra en audiencia de juicio bajo el argumento de que no son responsables del injusto penal que se juzga. Evidentemente que a los acusados Segundo Bravo Calva, Cobeña Anchundia Agustín Diosdado, Crespo Preciado Yonny Gustavo, Castillo Cobos Milton Efrén, Cobos Romero Julio

Fabián y Samaniego Jarrín Cristian Leonel si les era exigible otra conducta, pues debieron respetar la propiedad ajena, por lo que sus conductas son reprochables penalmente. [...]” (Sic)

## **SEGUNDO.- Jurisdicción y competencia**

El Pleno del Consejo de la Judicatura, de acuerdo con los artículos 182 de la Constitución de la República del Ecuador —CRE— y 173 del Código Orgánico de la Función Judicial —COFJ—, emitió la Resolución No. 08-2015, de 22 de enero de 2015, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 441, de 20 de febrero del mismo año, por medio de la cual aprobó la actual integración de la Corte Nacional de Justicia.

Mediante Resolución No. 01-2015, de 28 de enero de 2015, publicada en el Registro Oficial No. 445, de 25 de febrero del mismo año, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia integró sus seis Salas Especializadas, de conformidad con los mandatos establecidos en los artículos 182 CRE y 183 COFJ. De igual forma, en el precitado Registro Oficial, se publicó la Resolución No. 02-2015, emitida el mismo día, en virtud de la cual el Pleno determinó las reglas de distribución de juicios a aplicarse por efecto de la renovación parcial de sus juezas y jueces.

En Resolución No. 060-2015, de 1 de abril de 2015, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 476, de 9 de abril del mismo año, el Consejo de la Judicatura designó a las conjuezas y conjueces en las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, de acuerdo a lo previsto en los artículos 200 y 201, numerales 1 y 2 COFJ.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, en virtud de lo previsto en el artículo 186 COFJ, es competente, entre otras atribuciones, para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal.

Con fundamento en estas normas; en cumplimiento de la sentencia No. 246-16-SEP-CC, emitida en el Caso No. 0257-16-EP; y, en virtud del sorteo de ley correspondió el conocimiento de esta causa, signada en la Corte Nacional de Justicia con el número 17721-2014-0280, al Tribunal integrado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional; el doctor Richard Villagómez Cabezas, Conjuez Nacional; y, el doctor Marco Maldonado Castro, Conjuez Nacional Ponente, de conformidad con los artículos 174 y 201.1 del COFJ, 6 de la Resolución No. 02-2012 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 672, de 29 de marzo de 2012; y, oficio No. 463-SG-CNJ, de 8 de abril de 2016.

No se ha impugnado la competencia del Tribunal, ni la de quienes lo integramos.

Atento el estado de la causa, una vez que se ha realizado la audiencia de fundamentación del recurso extraordinario de revisión, se considera:

### **TERCERO.- Validez procesal**

Conforme la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal—COIP—, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180, de 10 de febrero de 2014, por la fecha que inició el proceso, corresponde aplicar el régimen legal vigente a tal tiempo, esto es la Ley reformatoria al CPP y CP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 555 de 24 de marzo de 2009; en consecuencia, se fundamentó el recurso de revisión en audiencia oral, pública y de contradictorio.

El recurso de revisión fue tramitado en aplicación de las garantías básicas que conforman el derecho al debido proceso, reconocidas en el artículo 76 CRE. No se evidencia omisión de solemnidades sustanciales o formalidades en la sustanciación del recurso de revisión que vicien el procedimiento y que puedan incidir en el resultado final de esta causa.

El recurso es válido y así se lo declara.

### **CUARTO.- Argumentos y fundamentación del recurso**

**4.1. Fundamentación del recurso de revisión.**– el revisionista Cristian Samaniego Jarrín, a través de su abogado defensor, doctor Edwin Campaña Molina, en lo principal, manifestó:

**4.1.1.** El 20 de septiembre de 2012, se lo vinculó al proceso penal, por cuanto, según el informe realizado por el cabo de policía Eleuterio Isaías Aguagallo se tenía registrado su nombre en dos celulares de la operadora Claro; en la sentencia de segundo nivel, sobre la base del informe antes mencionado, se revocó la sentencia absolutoria y se lo condenó a seis años de pena privativa de libertad, sin que exista ninguna certificación que determine que tales números telefónicos le pertenecen.

**4.1.2.** La sentencia condenatoria resulta injusta y contiene algunos errores de hecho, en razón de aquello invoca como causales de revisión las contenidas en los numerales 3 y 4 del artículo 360 CPP; para sustentar sus reclamos, presenta la siguiente prueba:

- i. *Testimonio del Chbos. de Policía Lucas Macas Guayllas*, quien ante las preguntas de la defensa técnica del recurrente, en lo sustancial, expresó:

Que encontró a Cristian Samaniego Jarrín el día 20 de septiembre de 2012 en un vehículo de marca Ford, que existía una boleta de captura en su contra emitida por el abogado Juan Berlín Benítez, Juez Multicompetente de Portovelo, por lo que lo aprehendió; y, que la evidencia que se le encontró fue celulares, tarjetas, dinero y una cadena de color amarillo.

Prueba documental:

- ii. Informe de la operadora Claro, del que en lo medular se desprende, que no se registra activo en CONCEL, que a la fecha de cometimiento de los hechos poseía los números telefónicos 993395111 y 994292185.
- iii. Informe de CNT, que comunica, que a nombre de Cristian Leonel Samaniego Jarrín se registra el número celular 0982422816, el que se encuentra fuera de servicio desde mayo de 2012.
- iv. Informe de Movistar, del cual se evidencia que el número 0984229928 está registrado a nombre de Juan José Gómez Yaza.
- v. Certificación de documentos materializados desde la página web de la Superintendencia de Compañías, en la que consta la nómina de accionistas y administradores del año 2012 de la empresa Golden Valley Planta S.A., del cual se constata que Filiberto Wladimir Rojas Chanaluisa funge como socio y Nancy Cecilia Acosta Peña como gerente general.
- vi. Informe de CNT, en el que certifica que el número 22948499 no se encuentra registrado en la base de datos de la compañía telefónica y que no existe tráfico de llamadas en la fecha solicitada del número 22949060.

Se lo condenó con el informe de la telefonía Claro que no tiene ningún sustento; sin

embargo, con la prueba presentada se demuestra que el número celular no está registrado a nombre del recurrente, sino al de otra persona, lo que prueba no ser el responsable del delito.

El *ad quem* no estableció cuál fue la relación entre el revisionista con la infracción; además, por lo único que lo sentenciaron fue por el informe de Claro, pero nunca se estableció que aquellos números telefónicos pertenecían al recurrente.

#### **4.2. En contestación, la Fiscalía expresó:**

A partir de las causales 3 y 4 del artículo 360 CPP, el revisionista debía fundamentar el recurso y demostrar el error de hecho de la sentencia.

La causal tercera se refiere a que la sentencia se dictó en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados, no obstante no se presentó prueba contundente que el informe de la compañía Claro era malicioso o errado.

En lo que respecta a la causal cuarta, en la audiencia de juicio ni en la de apelación se presentó impugnación alguna por parte de los procesados en contra de la prueba presentada. Cristian Samaniego Jarrín fue reconocido por el testigo Lorenzo Cruz Vargas como la persona que tenía apuntados con un arma a los empleados de la empresa minera.

La prueba nueva presentada no tiene la relevancia que exige la ley para levantar el principio de cosa juzgada.

#### **4.3. En réplica, la defensa técnica del recurrente, expresó:**

El testigo al que se refiere Fiscalía solamente reconoció a dos de los sentenciados más no a Cristian Samaniego.

La única prueba que tomó el Tribunal de Apelación para condenar a Cristian Samaniego Jarrín fue el informe de Claro de un número telefónico que no fue justificado dentro del proceso.

### **QUINTO.- Análisis del Tribunal de Revisión.**

El Estado ecuatoriano coloca a la persona en un lugar nuclear de la vida social, como titular de

derechos y garantías. Al reconocer esa titularidad, especialmente sobre los derechos a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica, fortalece la configuración del sistema procesal como un medio para la realización de la justicia; y, al mismo tiempo, el acceso a ella a partir de principios constitucionales que garantizan la igualdad, la no discriminación, el estado de inocencia y el juicio previo.

En ese contexto, se instituye el debido proceso y, como uno de sus componentes, el derecho a recurrir de las decisiones judiciales, reconocido en el artículo 76.7.m) CRE, al igual que en tratados internacionales de derechos humanos tales como la Convención de Derechos Humanos, en su artículo 8.2.h), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 14.5 establece: *“Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.”*

Precisamente, esa facultad, incluye la posibilidad de activar distintos mecanismos de impugnación, de carácter ordinario y extraordinario, a través de los cuales se busca evitar o enmendar el error judicial y resguardar la cohesión del ordenamiento jurídico.

Uno de los dispositivos de impugnación extraordinaria, excepcional y especial es la revisión. Se trata de una alternativa jurídica que procede en cualquier tiempo a favor del sentenciado, contra las sentencias condenatorias firmes, esto es ejecutoriadas o pasadas por autoridad de cosa juzgada, y que se han dictado en virtud de hechos falsos, con la finalidad de reivindicar la realidad histórica de los hechos y en casos o circunstancias muy puntuales previstas en el artículo 360 CPP.

Su carácter de recurso extraordinario, entonces, se debe a que puede proponerse en cualquier época, inclusive luego de cumplida la condena, con el objeto de reivindicar el buen nombre o la memoria del sentenciado. Se considera excepcional porque a través de este medio procesal se trata de corregir una sentencia condenatoria; además especial, porque es un mecanismo de impugnación que provoca una nueva actividad judicial, con base en nuevos elementos de juicio, distintos a los que determinaron la primera decisión; y, finalmente, la revisión de la sentencia solo puede operar por razones muy puntuales previstas en la ley.

Según se mencionó en el primer punto de este considerando, resulta indudable que el recurso

de revisión contribuye a resguardar el derecho a la seguridad jurídica, reconocido en el artículo 82 CRE, que se fundamenta “*en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.*”

Precisamente por ello, al atacar una sentencia ejecutoriada, constituye un recurso que flexibiliza la institución de la cosa juzgada frente a la existencia de errores de hecho que afecten a la verdad procesal fijada en la sentencia condenatoria respecto de la existencia de la infracción o, bien, sobre la culpabilidad de la persona sentenciada.

De esta forma, el propio ordenamiento jurídico, orientado por los principios y reglas integrantes del bloque de constitucionalidad, es el que, a través de los límites que consagra — como contrapartida a las manifestaciones procesales que implica el ejercicio del poder punitivo del Estado— abre paso a la concreción de la justicia, mediante la revocatoria de la sentencia, que *per se*, legitima la ruptura de la cosa juzgada, con el fin de volver efectiva la obligación de resguardar los derechos y garantías fundamentales.

### **Sobre la materia del recurso de revisión**

Del análisis de los argumentos realizados por la defensa técnica del recurrente, en la audiencia de fundamentación del recurso de revisión, el Tribunal considera que sustentó su pretensión impugnatoria en el siguiente cargo:

Que el señor Cristian Leonel Samaniego Jarrín, no es responsable del delito por el cual se lo condenó, ya que del certificado presentado el 31 de enero de 2017 por la telefonía Claro—prueba nueva—, se desprende que, el número celular 0980576857, presentado en el informe policial, no es el mismo que los utilizados en aquel entonces por el revisionista, estos son los números celulares 0993395111 y 0994292185.

### **Consideraciones del Tribunal sobre el recurso de revisión**

Por disposición del inciso final del artículo 360 CPP, las causales tercera y cuarta, invocadas por el recurrente como sustento de su pedido de revisión, requiere la práctica de nueva prueba.

El Diccionario de la Real Academia Española, define como prueba “*razón, argumento,*

*instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo [...]; justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley.”; y, define como nuevo o nueva lo “que se ve o se oye por primera vez; [...] distinto o diferente de lo que antes había o se tenía aprendido; [...] que sobreviene o se añade a algo que había antes.”*

El CPP, sobre la prueba, establece:

**“Art. 83.- Legalidad de la prueba.-** La prueba solo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de este Código. No se puede utilizar información obtenida mediante torturas, maltratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad. Tampoco se puede utilizar la prueba obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión del delito.”

**“Art. 84.- Objeto de la prueba.-** Se pueden probar todos los hechos y circunstancias de interés para el caso. Las partes procesales tienen libertad para investigar y practicar pruebas siempre y cuando no contravengan la Ley y derechos de otras personas.”

**“Art. 85.- Finalidad de la prueba.-** La prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado.”

Por lo anotado, este Tribunal de Revisión considera como prueba nueva aquella que no fue pedida, ordenada, practicada o incorporada, durante la etapa de juicio, que da cuenta de hechos y circunstancias distintos a los que se consideraron demostrados en la sentencia reprochada y que eran desconocidos por el Tribunal que emitió la condena. El objetivo de la prueba nueva, en el recurso de revisión, va dirigido a aportar información que permita desvirtuar la verdad procesal establecida en la sentencia reprochada, y dependiendo de la causal invocada, atacar los sustentos de la sentencia condenatoria, respecto de la existencia de la infracción o de la responsabilidad del procesado.

En atención al principio de inmediación, los elementos probatorios deben ser actuados ante el Tribunal de Revisión, que tomando en cuenta la fundamentación de los recurrentes, deberá determinar si la información puesta en su conocimiento es suficiente para establecer con absoluta certeza el error de hecho incurrido en la sentencia condenatoria y dejar sin autoridad, a la cosa juzgada.

La prueba actuada corresponde a un testimonio y documentos que no fueron rendidos

durante el juicio y refieren circunstancias distintas que fueron desconocidas para el Tribunal que emitió la condena. Los documentos que se han presentado como prueba nueva surten plena validez, por cuanto fueron solicitados y recibidos directamente por la Secretaría de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia; asimismo, el testimonio del Cbos. de Policía, Lucas Macas Guayllas, relata las circunstancias en las que el revisionista fue aprehendido, más nada refiere a las cuestiones relativas al número del celular encontrado en el poder del procesado al momento de la captura.

En la causa que nos ocupa, la defensa técnica del condenado planteó su solicitud de revisión en las causales tercera y cuarta del artículo 360 CPP; y, de acuerdo con la naturaleza de éstas, atacó a las circunstancias de hecho que, a su criterio, permitieron a la Corte de Apelaciones considerar demostrada su participación en el delito; pretendiendo así que se estime que el recurrente no tuvo nada que ver con el delito por el que se le condenó, debido a que el informe que se utilizó por el Tribunal, como medio de prueba, para declararlo autor no vincula al recurrente al hecho delictivo por el que fue condenado.

En el apartado 5.2 de esta sentencia se recoge el reclamo realizado por el recurrente, que se construye en que, nunca se constató que los números telefónicos que figuran en el parte policial pertenecían al revisionista y que aquello es suficiente para probar el nexo causal; y, luego, corresponde a este Tribunal de Revisión, analizar los razonamientos constantes en la sentencia impugnada respecto a la responsabilidad del recurrente con relación a los hechos que se impugnan y la prueba (nueva) actuada en la audiencia de fundamentación.

Según la sentencia condenatoria, los sustentos para declarar la responsabilidad de Cristian Leonel Samaniego Jarrín, fueron:

"[D]e las investigaciones a través de los números telefónicos que tenían los procesados la fiscalía logra obtener a través de los informes de la empresa claro y movistar, así como los informes presentados por la policía y los peritajes realizados por la unidad de apoyo criminalística que el día del robo habían comunicaciones o llamadas de otros ciudadanos de los hoy procesados, por lo que se proceden a vincularlos en el delito cometido, respondiendo a los nombres de Darío Carreño, Julio Fabián Cobos Romero, Cristian Leonel Samaniego Jarrín [...] La fiscalía presenta como prueba de cargo el testimonio del personal policial que actuó en la detención de los procesados en el delito flagrante, rindieron testimonio los señores policías [...] En cuanto a los

procesados PALADINES VARGAS FRANCISCA, SAMANIEGO JARRIN CRISTIAN LEONEL, CRESPO PRECIADO YONNY GUSTAVO donde se declara la inocencia, a quienes se los declara inocente, lo que no tiene sentido, ya que se encontró en su domicilio en delito flagrante con armas y municiones [...] A fs. 699 consta el informe de investigaciones suscrito por el policía judicial Isaías Aguagallos quien en base a los informes remitidos del análisis de las llamadas entrantes y salientes de los teléfonos incautados los procesados manifiestan que el ciudadano Darío Javier Carreño y Julio Fabián Cobo Romero tienen directa participación en el presente ilícito [...] [D]entro del proceso consta la información proporcionada por la empresa CLARO que el número de teléfono celular 080446879 pertenece al procesado Darío Javier Carreño, quien se comunicó el día del robo con los procesados detenidos en delito flagrante. A fs. 692 a 695 consta el informe de investigación suscrito por el agente investigador de Portovelo Cabo Isaías Aguagallos en el que se llega a determinar que del análisis a los informes remitidos por la Unidad de Apoyo Criminalístico de los mensajes entrantes y salientes y llamadas realizadas y recibidas que el procesado Cristian Leonel Samaniego Jarrín tuvo comunicaciones el día del robo con el número celular 080519312 incautado al procesado Agustín Cobeña Anchundia [...] [E]n lo referente al procesado Cristian Leonel Samaniego Jarrín, consta dentro del proceso, con los oficios enviados a la compañía Claro, que si existieron llamadas tanto entrantes y salientes desde el teléfono celular (0980516857) del señor Cristian Leonel Samaniego hacia otros procesados, específicamente hacia el teléfono celular (0997896995) del ciudadano Milton Castillo Godos y al celular de Agustín Cobeña" (Sic)

Del texto citado, extraído de la sentencia se evidencia que es cierta la aseveración de la defensa, la única prueba en que se fundamentó la Corte de Apelaciones para condenar a Cristian Samaniego fue el informe de Claro, que lo único que establecía es que existieron llamadas realizadas y recibidas desde el número telefónico 0980576857 principalmente al abonado 080519312 perteneciente al sentenciado Agustín Cobeña Anchundia, el mismo que se consideró que pertenecía al ahora revisionista, estableciéndose así, a criterio del Tribunal de Apelaciones, el nexo causal entre el delito y Cristian Samaniego, hoy revisionista.

En este sentido, corresponde confrontar dicho informe de la compañía Claro con los argumentos de la defensa técnica del recurrente y la prueba actuada en la audiencia de juicio:

- a) La Corte de Apelaciones declaró a Cristian Leonel Samaniego Jarrín autor del delito de robo porque realizó y recibió llamadas, el día de los hechos, de los otros sentenciados.
- b) Al respecto, la defensa técnica del recurrente sostuvo que Fiscalía no logró demostrar, que la relación de las llamadas telefónicas, establezca nexo entre Cristian Samaniego y

el delito; es más, se mantuvo en que él se encontró en el parque de Zaruma porque había un evento allí y que jamás realizó ninguna llamada.

- c) La propuesta fáctica planteada por la defensa técnica del revisionista ante los juzgadores de instancia se corroboró con su propio testimonio y los de Danny Romero Asanza, Ricardo Alejandro Arias Gonzales, Wilson Patricio Valarezo Ramírez Dexsy María Márquez Farías, Carmen Tamara Saavedra Maldonado y Marco Xavier Pazmiño Cisneros, testigos que en su oportunidad declararon ante el Tribunal de Garantías Penales, en la audiencia de juicio, estableciendo que al momento de los hechos Cristian Samaniego se encontraba en el parque de Zaruma y que no realizó ni recibió llamadas desde su teléfono celular, que es el objeto del reproche para que se le endilgue responsabilidad penal.
- d) Con la nueva prueba, principalmente documental, practicada en la audiencia del recurso de revisión se comprueba que el número 0980516587, perteneciente a la operadora Claro, jamás estuvo registrado a nombre de Cristian Samaniego Jarrín, como lo estableció la sentencia cuestionada, es decir que no está probado que él realizó alguna llamada a los demás sentenciados, por lo que no existe vínculo alguno con el delito de robo agravado; además, del testimonio rendido por el cabo segundo de Policía Lucas Macas Guayllas se establece que tampoco es verdad que al recurrente, cuando se lo aprehendió, se le encontró como evidencia armas y municiones, y que el vehículo que conducía era robado. Por el contrario, lo único que tenía en ese momento en su poder: celulares que no se relacionan con el delito, tarjetas, dinero y una cadena; circunstancias de hecho que este Tribunal considera demostradas, opuestas al relato fáctico de la sentencia impugnada, y que fue sustento para declarar la responsabilidad del hoy recurrente.

En este sentido, queda demostrado los errores de hecho, en la única circunstancia que permitió al órgano juzgador concluir la responsabilidad de Cristian Leonel Samaniego Jarrín en el delito de robo agravado, al haberse atribuido:

- i. La titularidad de un celular; y,
- ii. La participación en el delito por llamadas desde un celular atribuido a éste.

Con todo lo expuesto, una vez que ha sido analizado el relato fáctico de la sentencia condenatoria respecto a la responsabilidad de Cristian Leonel Samaniego Jarrín y contrastado con los argumentos expuestos por su defensa técnica y la nueva prueba actuada en la audiencia; es decir, que al momento en el que se aprehendió al hoy condenado no se le encontró evidencia alguna que lo relacione con el delito y que de ninguno de los informes de las operadoras telefónicas se desprende que el número telefónico 0980516857 le pertenezca o perteneció; este Tribunal de Revisión llega a la conclusión que la condena emitida contra el hoy revisionista, se fundamentó en informes errados de la compañía Claro.

Ante las circunstancias probadas en audiencia de revisión, con el testimonio del Cbos. de Policía Lucas Macas Guayllas y documentos actuados ante este órgano jurisdiccional, como son los informes de las operadoras: Claro, CNT y Movistar; y, expuesto el error de hecho incurrido en la sentencia condenatoria impugnada, al no encontrar nexo causal alguno entre los hechos punidos y la conducta de Cristian Leonel Samaniego Jarrín; este Tribunal de Revisión llega a la certeza de que en el presente caso, se ha configurado la causal tercera del artículo 360 CPP; y, por ende, al haberse demostrado que el informe, base de la condena, no vincula de ninguna manera al revisionista con el hecho delictivo, y al constituir ésta la única prueba que sirvió de sustento al tribunal de segunda instancia para que se acrede la responsabilidad de Cristian Samaniego Jarrín, se configura la causal del artículo 360.4 CPP, esto es que él no es responsable del delito por el que se le juzgó y condenó.

Respecto a los efectos previstos en el artículo 327 CPP, con relación a los sentenciados no recurrentes, no procede tal beneficio; pues, la decisión de este recurso se funda en motivos que refieren exclusivamente de modo personal a Cristian Leonel Samaniego Jarrín, en tanto su status respecto de la conducta atribuida.

## **SEXTO.- Resolución**

Con fundamento en los antecedentes y considerandos antes enunciados, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”, con fundamento en el artículo 367 CPP, por unanimidad, resuelve:

1. Declarar procedente el recurso de revisión propuesto por Cristian Leonel Samaniego Jarrín, con base al artículo 360; causales 3 y 4 del CPP.
2. Restituir el estado constitucional de inocencia de Cristian Leonel Samaniego Jarrín, en consecuencia se dejan sin efecto todas las medidas de carácter real y personal que pesan en su contra, impuestas por la presente causa.

Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen para lo que corresponda en ley. **Notifíquese y cúmplase.- f.- DRA. GLADYS TERÁN SIERRA.- JUEZA NACIONAL.- f.- DR. RICHARD VILLAGÓMEZ CABEZAS.- CONJUEZ NACIONAL.-f.- DR. MARCO MALDONADO CASTRO.- CONJUEZ NACIONAL PONENTE.- Certifíco.- Dr. Carlos Torres Cáceres.- SECRETARIO REALATOR:**

**CERTIFICO:** Las ocho (08) fojas que anteceden son iguales a su original

Quito, 23 de octubre de 2017.

Dra. Ivonne Guamaní León  
**SECRETARIA RELATORA**

CASO No. 17721-2016-0937  
RESOLUCIÓN No. 0823-2017  
RECURSO: CASACIÓN  
PROCESADO: ROSA MERCEDDES AROCA VEGA  
DELITO: PECULADO

**RECURRENTE:** Rosa Mercedes Aroca Vega

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.-**

**Quito,** lunes 29 de mayo del 2017, las 15h43.-

**VISTOS:**

**1.- ANTECEDENTES:**

- 1.1.** Mediante sentencia del 28 de septiembre de 2015, las 14h33, el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, declara la culpabilidad de Rosa Mercedes Aroca Vega, en calidad de autora, del delito tipificado en el artículo 257 inciso primero del Código Penal, imponiéndole la pena atenuada de cuatro años de reclusión mayor ordinaria.
- 1.2.** La procesada Rosa Mercedes Aroca Vega, interpone recurso apelación; para ante la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, la que en sentencia dictada el 09 de junio del 2016, las 10h40, resolvió desechar el recurso planteado, confirmando en todas sus partes la sentencia subida en grado.
- 1.3.** La procesada, inconforme con el fallo del *ad-quem*, interpone recurso de casación, para ante la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

**2.- RESEÑA DEL HECHO FÁCTICO:**

- 2.1.** Según la teoría del caso, presentada por Fiscalía General del Estado, en la audiencia de juzgamiento, se tiene conocimiento que:

*La Regional Nueve de la Contraloría General del Estado, en uso de sus facultades da a conocer el informe No. DR9-0006-2010-1182-2010, respecto al examen especial a los gastos de remuneración del personal y dietas de los Concejales en el período comprendido entre el 01 agosto del 2006 hasta el 31 de mayo del 2009, entre otros, anticipos y préstamos otorgados a dignatarios, autoridades y funcionarios y servidores de la Ilustre Municipalidad de Latacunga por el período comprendido entre el 01 de enero del 2005 y el*

*31 de mayo del 2009, encontrando que se analizaron la entrega de anticipos y sueldos a servidores de la Municipalidad de Latacunga, que no fueron contabilizados y descontados por los años 2006 y 2007; desprendiéndose que la Contadora General, esto es, la señora Rosa Mercedes Aroca Vega, dispone al señor Edison Calvopiña Chanatasig, haga el anticipo de sueldo a su favor por tres mil dólares (\$.3.000,00), mediante transferencia No. 337 de 13 de agosto del 2007, sin que se haya registrado; así también mediante un cheque (No. 40895), el 28 de noviembre del 2006, por concepto de anticipo recibió quinientos dólares (\$500,00), sin que se haya recuperado a tiempo estos valores, ocasionando un perjuicio a la Municipalidad. Se conoce además que luego de dos años la procesada devuelve esos valores. Razones por las que se le acusa del delito de peculado, delito tipificado y sancionado en el artículo 257, inciso primero del Código Penal. (Sic).*

### **3.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:**

**3.1.** El Consejo de la Judicatura, mediante Resolución No. 08-2015 de fecha 22 de enero de 2015, aprueba la integración de la Corte Nacional de Justicia, misma que ejerce jurisdicción a nivel nacional, de conformidad con el artículo 182, último inciso, de la Constitución de la República del Ecuador y 172 del Código Orgánico de la Función Judicial.

**3.2.** En cumplimiento con lo dispuesto por la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 182, por el Código Orgánico de la Función Judicial en el artículo 173, y por la Resolución No. 341-2014, renovó parcialmente un tercio de las y los integrantes de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, y designó a las y los siete juezas y jueces quienes reemplazarán en sus funciones a las y los salientes.

**3.3.** Este órgano jurisdiccional, es competente para conocer de la presente causa, en virtud de lo establecido en los artículos 184.1 Constitución de la República del Ecuador; 160.1 y 186.2 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ); y, 30.2 y 349 del Código de Procedimiento Penal.

**3.4.** El Tribunal de Casación está conformado por el doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional Ponente, de conformidad con el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial; la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional; y, el doctor Edgar Flores Mier, Conjuez Nacional, quien reemplaza a la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional, por licencia concedida en legal y debida forma, mediante oficio N° 262-SG-CNJ-ROG, de 23 de febrero de 2017, suscrito por el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

#### 4.- TRÁMITE:

De conformidad con la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014, corresponde aplicar las normas vigentes al tiempo del inicio del proceso, que para el caso, in examine, son las contenidas en el Código Penal, así como el Código de Procedimiento Penal.

#### 5.- FUNDAMENTACIÓN, CONTESTACIÓN Y RÉPLICA DEL RECURSO DE CASACIÓN:

Según lo dispuesto en el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 345 ejusdem, se realizó la audiencia oral, pública y contradictoria, en la que las partes expresaron:

##### 5.1. La recurrente Rosa Mercedes Aroca Vega, al fundamentar el recurso de casación, ejercida por el doctor Carlos Hernán Poveda, en síntesis dijo:

- Que interpone recurso de casación de la sentencia emitida de fecha 09 de junio del 2016, expedida por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, en la que, de forma unánime se ratifica el fallo condenatorio, emitido por el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, imponiéndole la pena de cuatro años de reclusión mayor ordinaria y añade que por la edad de la procesada se debería cumplir la pena en un centro de prisión correccional.
- De conformidad con el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, indica que existe dos tipos de violación a la ley, el primero una contravención expresa al texto legal, y el segundo la indebida aplicación de normas.
- En relación a la contravención expresa de la ley, el fallo impugnado violenta lo que señala el artículo 8.4 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, en su relación y compatibilización, con lo que establece el artículo 76.7.i) de la Constitución de la República del Ecuador, que prohíben el doble juzgamiento, contenido en el principio non bis in ídem; en concordancia con lo que indica el artículo 5.9 del Código Orgánico Integral Penal.
- Manifiesta, que existe la contravención expresa del artículo 22 del Código Orgánico Integral Penal, que se refiere a la conducta de carácter relevante; que también se afectó el artículo 76.6 de la Constitución de la República, que trata

sobre el principio de proporcionalidad, esto referente, a la gravedad de las conductas y la aplicación de las sanciones; y, también del artículo 76.7.I) ibídem con respecto al principio de motivación. Señala, que existe la indebida aplicación del artículo 88 numerales 1, 2 y 3 del Código de Procedimiento Penal, referente al nexo causal.

- Respecto al principio de la prohibición de doble enjuiciamiento, señala que con fecha 14 de julio del año 2014, el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, dentro de la causa N° 0007-2012, emite sentencia condenatoria en contra de Rosa Mercedes Aroca Vega, por haber presuntamente adecuado su conducta a lo que establece el artículo 257 del Código Penal, cuyo antecedente es un informe de la Contraloría General del Estado, que se refiere a los exámenes realizados entre el 01 de agosto del 2006 y el 31 de mayo de 2009, que estudió los anticipos, préstamos otorgados a dignatarios populares y servidores públicos del GAD de Latacunga; que a pesar del fallo antes indicado, con fecha 28 de septiembre de 2015, el mismo Tribunal dicta una sentencia condenatoria, que es materia de este proceso, y que fue apelada y resuelta por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi.
- Menciona, que en este proceso, la sentencia emitida tuvo como antecedentes los mismos exámenes de la Contraloría General del Estado, del 01 de agosto del 2006 y el 31 de mayo de 2009, que hacen el análisis de los rubros por anticipos, sueldos entregados a los servidores del I. Municipio de Latacunga, que se refiere al mismo tipo penal del artículo 257, inciso primero del Código Penal, con igual sanción de cuatro años de reclusión.
- Señala, que en virtud del principio de lealtad y verdad procesal, este tipo de anomalía procesal, constitucional, ya se ha venido sosteniendo desde la audiencia de juicio, como en la de apelación.
- Que está impugnando la sentencia de junio de 2016, pero sin embargo la Corte Provincial de Justicia, no realiza ningún análisis al respecto, y lo que se consagra es que hay un doble juzgamiento, por los mismos hechos, tipificación y sanción.

- Indica, que la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, desde el 02 de febrero de 2015, no despacha el recurso de apelación, a la sentencia de 14 de julio de 2014, en el proceso N° 0007-2012.
- Menciona, que cuando realizó la impugnación ante el Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Cotopaxi, impugnó la conformación del Tribunal a-quo, en virtud, de que en la primera sentencia en el proceso N° 0007-2012 y en el segundo fallo en la causa N° 0127-2011, participó el doctor Segundo Elías Novillo Rivera, Juez de Garantías Penales, a pesar de que se solicitó que no conozca la causa; que sin embargo lo hizo, lo cual generaría un error in procedendo.
- Respecto a la indebida aplicación del artículo 88 del Código de Procedimiento Penal, que se refiere a la comprobación del nexo causal, indica que la aplicación de la sana crítica, que debieron realizar los Jueces de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi fue inadecuada, ya que del contexto de este caso, es que la procesada, se le acusó en su calidad de Contadora General del Gobierno Municipal del cantón Latacunga, por haberse realizado anticipos de sueldos por la cantidad de tres mil dólares de los Estados Unidos de Norte América, y en su calidad haber evitado que la información se registre para que se realice el cobro correspondiente, pero que sin embargo el pago se realizó, y se pagó además mil dólares más por concepto de intereses, lo cual es importante, porque en la audiencia se estableció que no existió ningún tipo de perjuicio al GAD Municipal de Latacunga; que inclusive la Contraloría General del Estado, ordenó el cobro de mil dólares de los Estados Unidos de Norte América, por intereses generados por anticipos de sueldos y salario; y, se justificó que nunca existió un perjuicio contra el Estado.
- Menciona que justamente los anticipos que estaban regulados por el decreto 21-20 emitido en la Presidencia de Lucio Gutiérrez, establecía los montos que se podían otorgar por este motivo.
- Indica la defensa de la recurrente, que los rubros fueron solicitados para solventar los gastos por medicinas del esposo de la procesada, que sufría de cáncer terminal; por lo que vuelve a señalar que no se demostró el perjuicio al Estado.

- Respecto a la conducta relevante, que establece el artículo 22 del Código Orgánico Integral Penal; cabe indicar que cómo puede ser que una persona que no ha afectado el presupuesto del GAD Municipal de Latacunga; que inclusive canceló los tres mil dólares de los Estados Unidos de Norte América, que recibió por concepto de anticipo, ya que eran factible cobrarlos en su debido momento, al existir la documentación para ello; siendo además un derecho los anticipos de sueldo, haya adecuado su conducta al delito de peculado.
- Que no existe, dentro de los verbos rectores del artículo 257 del Código Penal, que no se pueda otorgar un adelanto de sueldo, que fue legal y reglamentario (Sic), y que además, se canceló en su totalidad.
- Menciona, que si bien el pago de este anticipo, se hizo posteriormente al inicio de la investigación realizada por la Contraloría General del Estado, no se tomó en cuenta que hubo una migración de datos del sistema informático SIGAME al PROFIM; que ni siquiera existe la constancia de una experticia informática, en la que se pueda establecer, que hubo un dominio del acto por parte de Rosa Mercedes Aroca Vega, por lo cual considera la defensa, que no existió esta conducta relevante, ni afectación al bien jurídico protegido, en este caso a los bienes del Estado.
- En relación, al principio de proporcionalidad, éste se subdivide en dos partes que son: 1) El principio de idoneidad de la norma de conducta, que establece que la misma debe cumplir un fin determinado; y, 2) La norma de sanción, que es la imposición de una pena, cuyo objetivo es la prevención del delito. Por lo cual, la defensa cuestiona, ¿Qué si por el pago de tres mil dólares de los Estados Unidos de Norte América, que la funcionaria uso, con el fin de salvar la vida de su cónyuge, correspondía que se haya condenado a la procesada a cuatro años de reclusión mayor ordinaria, sin que haya existido un comportamiento delictivo o agravantes?.
- Señala, que frente a esta conducta, existen dos elementos adicionales: 1) La antijuridicidad y 2) La culpabilidad; por lo cual puntualiza, que es el mismo Municipio de Latacunga, él que señaló que no existió ningún perjuicio a la institución, ¿Por qué se impuso una sanción tan grave y tan dura, a una persona de sesenta y tres años de edad?; por lo cual indica, que se produce una falta de motivación por parte de los jueces de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi,

dado que, hacen un análisis teórico sobre la aplicación de las penas, pero no indican sobre la dosimetría de la pena o del principio de proporcionalidad y que no hay una relación de éstos, con los hechos fácticos del caso.

- Que la sentencia del Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi y la ratificación efectuada por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de la misma provincia, no establecen, ni siquiera una reparación económica, porque señala que ya se cancelaron esos valores y no hubo perjuicio económico; por lo que menciona, que la dosimetría de la pena, la aplicación del principio de proporcionalidad, el uso de la razonabilidad, deben ser analizados por este Tribunal de Casación.
- Solicita, se estudie el caso, bajo lo antes indicado, en esta nueva era del neoconstitucionalismo, de la mínima intervención del Estado, de la conducta relevante, de la aplicación del derecho penal como *última ratio*, que no tuvo ninguna connotación, ni efecto, ni peligrosidad para la aplicación de una condena tan dura; pide se acepte el recurso de casación, se revoque la sentencia y se ratifique la inocencia de Rosa Mercedes Aroca Vega.

#### **5.2. Contestación por parte del delegado del señor Fiscal General del Estado, doctor José García Falconí, quien en síntesis indicó:**

- Señala que hay dos sentencias condenatorias, que establecen que existe el delito tipificado y sancionado en el artículo 257 del Código Penal, y que además hay certeza de la autoría de la procesada Rosa Mercedes Aroca Vega, razón por la cual se le impuso la pena de cuatro años de reclusión mayor ordinaria, señalando que devolvió los dineros que se había acreditado. Inconformes con estas sentencias se presentó el recurso de casación por parte de la procesada.
- Que la casación, es un recurso extraordinario, eminentemente técnico y limitado, siendo obligación de la recurrente señalar los fundamentos por los cuales considera que existen errores de derecho en la sentencia impugnada; que si bien indicó la defensa del recurrente, el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, donde se establece la base del recurso de casación y que señala que es procedente cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, pero la procesada debió hacer un análisis de la sentencia emitida por la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, estableciendo cuales fueron los errores de derecho que se

cometieron, ya sea por contravención expresa de su texto, indebida aplicación o errónea interpretación; indicando además que esta prohibido los pedidos tendientes a valorar la prueba, en virtud de que es una facultad exclusiva de los jueces de instancia.

- Casar significa romper la sentencia, romper en el sentido de que se expone los errores de derecho que han cometido los señores jueces en la sentencia que se impugna.
- Menciona, que el jurista Dr. Carlos Poveda Moreno, ha manifestado que hay contravención expresa de los artículos 8.4 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, 76.7.i) de la Constitución de la República del Ecuador, 5.9 del Código Orgánico Integral Penal, 22 del Código Orgánico de la Función Judicial.
- Respecto a la vulneración del artículo 76.7.i) de la Constitución de la República, que establece las garantías del debido proceso y entre ellas el non bis in ídem, que menciona, que nadie puede ser juzgado más de una vez por una misma causa y materia; pero que en la sentencia impugnada se indica: “(...)sin que sea en este proceso el que corresponda revisar tanto lo antedicho, como que el informe emitido por la Contraloría General del Estado esto es el DR9-0006-2010-1182-2010, sea el mismo que conste en el otro expediente; hay que recordar además que para hablar de doble juzgamiento, debe existir identidad objetiva y subjetiva de los mismos hechos, y que se correspondan entre sí; aunque es menester dejar sentado que de un mismo informe nacen dos procesos, el uno por no registrar los préstamos para su descuento, y el otro, por presunta manipulación del sistema informático para no registrar dichos préstamos. (...)”, es decir, que son dos causas diferentes, por lo que no se ha comprobado la contravención expresa del artículo 76.7.i) de la Constitución de la República del Ecuador.
- La defensa de la procesada manifestó, que hay una contravención expresa al principio de proporcionalidad, que señala el artículo 76.6 de la Constitución de la República del Ecuador; que es el equilibrio del poder punitivo que tiene el Estado, frente a los derechos del ciudadano; que el artículo 257 del Código Penal, cuyo bien jurídico protegido, no es patrimonial, sino la violación a los deberes de los funcionarios públicos, señala: “Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años (...)”, y el artículo 72 ibídem, sobre la reducción de la pena, indica: “(...) La reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años se sustituirá con

reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años. (...)”, y el artículo 76.6 de la Constitución de la República, establece: “(...) La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. (...)”, de tal manera que se le ha impuesto la sanción mínima a la procesada, porque es verdad que devolvió los bienes sustraídos.

- Se ha indicado que ha existido una indebida aplicación del artículo 88.1.2.3 del Código de Procedimiento Penal; para lo cual hay que señalar que cuando se cita esta causal, es fundamental que la recurrente haga la proposición jurídica completa, es decir, que además debía establecer que disposición legal era la que tenía que aplicarse, lo cual en este caso, no se sucedió.
- Fiscalía añade, que la defensa de la recurrente ha sido contradictoria, ya que por un lado señala que es inocente, y por otro lado, que la pena es desproporcionada, a pesar de habersele impuesto el mínimo que establece la ley; por lo cual Fiscalía considera, que no se ha justificado, de manera técnica, como lo establece el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, el recurso de casación interpuesto por la señora Rosa Mercedes Aroca Vega, razón por la cual solicita sea desechado y se disponga que sea devuelto el proceso al Tribunal de primer nivel, a fin de que se cumpla la sentencia antes mencionada.

### **5.3. Réplica por parte de la Contraloría General del Estado, a través del doctor Santiago Cruz, quien indicó:**

- La sentencia casada trata claramente del doble juzgamiento, en el acápite 4.1 y 4.3 donde explica claramente la diferencia de los procesos, y el motivo por el que fue encausada; que el uno, fue por un monto de diecinueve mil ochocientos dólares de los Estados Unidos de Norte América, distinto al de esta causa, que es por un monto de tres mil quinientos dólares de las Estados Unidos de Norte América. Indica, que en forma sistemática, ordenada, con un lenguaje claro, preciso y lógico, la sentencia explica por qué no existe este doble enjuiciamiento.
- Así mismo, sobre la proporcionalidad de la pena, los numerales finales indican que se ha hecho constar la proporcionalidad y donde debe cumplir la pena, por ser una persona de la tercera edad; en conclusión la sentencia se encuentra debidamente motivada, y la fundamentación del recurrente no cumple con los requisitos

establecidos en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto, no existe violación a la ley, ni por contravención expresa o indebida aplicación.

- Menciona, que la Contraloría General del Estado, expidió un informe general y que los artículos 65, 66 y 67 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, nos indica que de encontrarse o de presumir elementos que puedan considerarse como delictivos, debe elaborarse informes de indicios de responsabilidad penal, es decir, que se los puede considerar subinformes, donde se hacen observaciones al informe general de auditoría; concluyendo que existen varios informes atribuibles a la procesada, de los cuales dos ya se encuentran en conocimiento con sentencia. Solicita se deseche el fundamento por carecer de motivación y se envíe el proceso al Tribunal de origen para que se ejecute.

**5.4. Contestación por parte del acusador particular Limber Torres, Procurado Síndico de la GAD de Latacunga, a la fundamentación ejercida por la recurrente, quien en síntesis señala:**

- Concordando con los criterios ya expuestos por Fiscalía y la Contraloría General del Estado, se ha demostrado claramente que los fundamentos por los cuales se presentó el recurso de casación, no han sido justificados adecuadamente; y, que las sentencias analizadas, establecieron que los hechos que fueron juzgados y sancionados, se encuentran tipificados en el artículo 257 del Código Penal, vigente a la fecha, en que se cometieron los actos.
- Menciona además, que en la sentencia impugnada, ya fueron analizados los temas expuestos por la recurrente, porque se presentó una alegación de la violación del artículo 76.7.I) de la Constitución de la República del Ecuador, y por ello se establece que la causa o los motivos, por los cuales se sancionó a la procesada son diferentes: ya que existen los informes de auditoría para cada caso; que en el numeral 7.4. de la sentencia del Tribunal, se indica que no procede la alegación de la vulneración del principio constitucional del non bis in ídem, porque son causas por hechos totalmente distintos, ya que en primera instancia, del primer fallo del año 2014, al que se refirió la defensa de Rosa Mercedes Aroca Vega, trata sobre la manipulación del sistema, para eliminar los asientos contables, por las transferencias realizadas; mientras que en la segunda sentencia se establece, que es referente a la transferencia de los tres mil quinientos dólares de los Estados Unidos de Norte América, que si bien es cierto fueron devueltos, pero después de

que se realizara el examen de auditoría, con lo que se demuestra que se cometió la infracción. Solicita que se rechace el recurso interpuesto y que el proceso sea devuelto al Tribunal de origen para su cumplimiento.

**5.5. Réplica por parte de la acusada Rosa Mercedes Aroca Vega, a través de su defensa ejercida por el doctor Carlos Hernán Poveda, quien en síntesis dijo:**

- La sentencia emitida por la Corte Provincial de Cotopaxi, en la última parte establece el criterio del doble enjuiciamiento, textualmente manifiesta: “*(...) aunque es menester dejar sentado que de un mismo informe se informa que nacen dos procesos, el uno por no registrar los préstamos para su descuento, y el otro, por presunta manipulación del sistema informático para no registrar dichos préstamos. (...)*”;
- por lo que manifiesta que en la teoría del delito hay un delito medio y hay un delito fin, por lo cual se cuestiona ¿Cuál es el que absorbe al delito medio?, si precisamente la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, asevera que no registra los préstamos por una presunta manipulación del sistema informático, para no generar el descuento, siendo por tanto los mismos hechos.
- Señala, que el delito medio es absorbido por el más grave que se está juzgando, que por tema de seguridad jurídica no se puede pasar por alto la vulneración del principio non bis in ídem, que hasta por reglas de competencia el juez y el fiscal que son competentes son los que conocen la causa más grave para no dividir el avance del proceso.
- Que hay identidad subjetiva y objetiva, que los sujetos procesales son los mismos, la acusada es Rosa Mercedes Aroca Vega contra el GAD Municipal de Latacunga, lo que es más, el ejercicio del informe de Contraloría General del Estado, se refiere a los mismos tiempos y a los mismos rubros, por lo que en este caso, se está juzgado el delito medio y el delito fin de forma autónoma, dentro de los procesos N° 0007-2012 y N° 0127-2011, lo que asevera, es aún más evidente, por cuanto, los jueces de la Corte Provincial de Cotopaxi, se excusaron al momento de resolver el recurso de apelación propuesto, en la causa N° 0007-2012, siendo su motivación, que ya conocieron una causa conexa; añade que en el caso antes citado, aún no existe resolución respecto a la impugnación planteada. Indica, que se afecta la seguridad jurídica, al ser un tema de competencia y de jurisdicción penal.

- En un segundo punto, indica que se aseguró que se está forzando y pidiendo una revalorización probatoria, cuestión que no fue así, por cuanto lo que fundamentó es que los jueces de instancia, no analizaron de forma debida, que no existe perjuicio contra la Ilustre Municipalidad de Latacunga, porque el rubro donde se establece el presupuesto, de donde se obtiene los mencionados recursos, estaba destinado para sueldos y salarios de servidores públicos, no para malversación y desfalco; porque aquellas cantidades de dinero que se entregaban por concepto de anticipos de sueldos, tenían que ser firmados con el Alcalde del Municipio y los Directores Financieros, por lo tanto, no tenía dominio del acto la Contadora, y los mismos, eran entregados a través de cheques o transferencias financieras; concluyendo que no existió abuso, que se hizo préstamos de sus propios recursos, lo mismo que consta en el Decreto Ejecutivo N° 21-20 emitido en la Presidencia de Lucio Gutiérrez, por lo tanto era un ejercicio legítimo de anticipo, y que éstos no fueron obtenidos de presupuestos diferentes, o que se haya abusado de partidas presupuestarias diversas, que dichos rubros solo estaban destinados a sueldos y salarios.
- Que no hay contradicción, porque entendido la realidad jurídica están manifestando, que evidentemente el principio de proporcionalidad es violentado; que han existido sentencias de tres meses por el mismo delito, que en este caso los tres mil quinientos dólares de los Estados Unidos de Norte América fueron utilizados para curar y salvar la vida de su conyuge y que fueron devueltos, pero aún así, se la condenó a cuatro años de reclusión mayor extraordinaria; lo cual desdice del principio de mínima intervención del Estado, y de la conducta relevante, porque jamás existió un perjuicio contra el Estado.
- Por lo que manifiesta que no hubo contradicción y lo que está señalando es que de conformidad con los principios antes mencionados y el favor rei, se establece que en caso de una ratificación de condena, se aplique la proporcionalidad.

## 6.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.

### 6.1. Con relación al recurso de casación.

Debemos recalcar, que este Tribunal de Casación, considera necesario puntualizar que, del texto del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, se desprende que el

recurso de casación, es un medio impugnatorio, que tiene por objeto corregir los errores de derecho, en que pudiera incurrir el Tribunal de Apelaciones al momento de emitir una sentencia, por lo que constituye un recurso extraordinario de control de legalidad y de error judicial en los fallos de instancia, debiendo observarse si tal violación ha causado o no gravamen al recurrente.

El tratadista Luis Gustavo Moreno, dice que el recurso de casación no puede ser considerado como una simple alegación de instancia, por el contrario, debe ser: “*Un escrito sistemático que indica y demuestra, lógica y jurídicamente, los errores cometidos en la sentencia, violatorios de una norma sustancial o de una garantía procesal, ceñida a las exigencias mínimas de la forma y el contenido que precisa la ley*”<sup>1</sup>. Es por eso, que no se puede considerar a la casación como una nueva o tercera instancia, sino como nos indica el mismo tratadista: “*Como una etapa extraordinaria del juicio en la que se debate “in jure” la legalidad de la sentencia y donde no existen términos probatorios*”<sup>2</sup>, por lo tanto, lo que se busca es que se corrijan los errores de derecho cometidos por el tribunal ad quem, es decir, el casacionista debe cumplir con las exigencias establecidas en la ley (Art. 349 CPP).

Para nuestro criterio, el recurso de casación en la forma prevista en nuestra ley positiva, está encaminado a corregir yerros intelectivos que se presentan en el plano normativo de la ley, es decir, errores de puro derecho, mismos que son atribuibles a los tribunales de segunda instancia, en base a un defecto cognoscitivo que se avizora en el raciocinio que realiza el juzgador.

## 6.2. Con respecto al tipo penal de peculado.

El delito de peculado acusado, está contemplado en el artículo 257 del Código Penal, que indica: “*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, en beneficio propio o de terceros, hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o*

<sup>1</sup> MORENO, Luis Gustavo, “*La Casación Penal, Teoría y Práctica bajo la Nueva Orientación Constitucional*”, Ediciones Nueva Jurídica, 2013, Bogotá-Colombia, pág. 65.

<sup>2</sup> Ibídem, pág. 65.

*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. (...)".*

Respecto al delito de peculado la Corte Nacional de Justicia, dentro del fallo N° 1423-2016, del 10 de mayo de 2016, a las 09h25, se ha pronunciado lo siguiente: “*Sobre el delito de peculado.- La Constitución de la República del Ecuador de 2008, en el artículo 233 dispone que: “Ninguna servidora, ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos”. Por su parte, el inciso segundo, de dicha norma, determina que: “Las servidoras y servidores públicos y los delegados o representantes de los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito”; y, concluyen el referido artículo manifestando que: “Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas*”. Acogiéndonos al tratadista Carrara, este ilícito es la “*Apropiación de cosas públicas cometida por una persona investida de algún cargo público, a la cual, precisamente en razón de éste, le fueron entregadas, con la obligación de conservarlas y devolverlas, las cosas de que se apropió*”.

Es decir que el peculado en sentido jurídico, es la fidelidad del cumplimiento del funcionario público o dignatario, puesto que el bien jurídico está dado por el eficaz desarrollo de la administración pública; y, por tanto, con lleva la incorrecta utilización de las cosas o efectos confiados a un funcionario, que tenía el encargo de darles un fin previamente convenido o establecido, siendo la mayor parte de esta acción la constituida por el dolo, esto es, la resolución libre y consciente de realizar voluntariamente una acción u omisión prevista y sancionada por la ley.

### **6.3. De las alegaciones del recurso y vulneraciones legales invocadas por la casacionista.**

#### **6.3.1. Primer cargo: Respeto de la contravención expresa de lo dispuesto en el artículo 76.7.i) de la Constitución de la República del Ecuador.**

La recurrente Rosa Mercedes Aroca Vega, en la fundamentación del recurso, acusa la contravención expresa de lo dispuesto en el artículo 76.7.i) de la Constitución de la República del Ecuador, por cuanto, considera que ha sido juzgada dos veces por los mismos hechos, señalando que la primera sentencia se expidió en la causa 0007-2012 el 14 de julio del 2014, por el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, tomando en consideración el examen especial realizado por la Contraloría General del Estado, al

periodo comprendido entre el 01 de agosto de 2006 al 31 de mayo de 2009, por los anticipos y préstamos, otorgados, por la ilustre municipalidad de Latacunga, condenándola a cuatro años de reclusión mayor ordinaria por el delito de peculado; habiendo subido a la Corte Provincial por recurso de apelación y desde el 02 de febrero de 2015 a la presente fecha dicha causa, no ha sido despachada.

Afirma la recurrente, que la segunda sentencia, fue dictada en la causa N°0127-2011, por el mismo Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, el 28 de septiembre de 2015, con los mismos elementos e informes de Contraloría, imponiéndole la misma pena; por lo que la procesada interpuso recurso de apelación y la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, el 09 de junio de 2016, desechó el recurso, de cuya sentencia se interpuso el presente recurso de casación.

El artículo 76.7.i) de la Constitución de la República, establece que: “*Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. (...)*”, refiriéndose al principio non bis in idem, que forma parte del derecho a la defensa y del debido proceso, el doctor Jorge Zavala Baquerizo, en su obra “El Devido Proceso Penal”, editorial Edino, página 237, ha señalado que el principio non bis in idem, se refiere a que no se puede volver dos veces sobre lo mismo, cuyo axioma transferido al juzgamiento significa que ninguna persona puede volver a ser sometida a un juicio, de cualquier clase, cuando ya ha sido juzgada anteriormente, por el mismo hecho que fue objeto del juicio anterior; señalando que debe existir, identidad física entre el sujeto pasivo del primer proceso y el sujeto pasivo del segundo proceso, teniendo ambos el mismo objeto.

Con el antecedente antes referido, este Tribunal de Casación establece que si bien es cierto, existe identidad de personas, no se trata de que la procesada haya sido juzgada dos veces por la misma causa, ya que respecto del proceso penal N° 0007-2012, que alude la recurrente como primera sentencia, dictada el 14 de julio de 2014 por el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, no se encuentra ejecutoriada, cuyo trámite se encuentra en segunda instancia en virtud del recurso de apelación y por ende no existe una sentencia previa, a la que es materia de este juzgamiento.

A lo anterior debemos agregar, que los hechos, en la causa N° 0007-2012, se refieren a un examen especial distinto al que es materia de este proceso, ya que la causa N° 0007-2012, el examen especial realizado por la Contraloría General del Estado, se lo identifica como vr9015-2010 determinando indicios de responsabilidad penal, en contra de Edison Vinicio Calvopiña Chanatasig, analista de sistemas de la I. Municipalidad y

de la señora Rosa Mercedes Aroca Vega, Contadora General de la misma institución, estableciéndose la alteración de información en las aplicaciones informáticas contables, ya que se alteró la tabla identificada como tax\_1\_02, de la base de datos de la aplicación informática Prog-fim, con la finalidad de disminuir el saldo de anticipos de sueldos en \$ 19.800 dólares americanos a favor de la señora Rosa Mercedes Aroca Vega; y, además, se altera la base de datos de la aplicación informática Sig-ame, eliminando las pistas de auditoria, con la finalidad de evitar que se identifique quien creó y modificó la transacción 5530 que tenía como finalidad ocultar el saldo antes referido a favor de dicha Contadora General.

Los hechos que son materia del presente proceso penal y que constan detallados en la sentencia impugnada emitida 09 de junio de 2016 por la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi indica, que el informe que es materia de esta causa, es el identificado por la Contraloría General del Estado con el N° DR9-0006-2010-1182-2010, que se refiere al examen especial, a los gastos de remuneración del personal y dietas de los concejales, en el periodo comprendido entre el 01 de agosto de 2006 hasta el 3 de mayo de 2009, por anticipos y préstamos otorgados a dignatarios, autoridades, funcionarios y servidores de la I. Municipalidad de Latacunga, (...) que no fueron contabilizados y descontados, en los años 2006 y 2007; estableciendo los juzgadores de instancia que se trata de otro informe analizado en otro expediente y que no existe doble juzgamiento, en los que debe existir identidad subjetiva y objetiva de los mismos hechos y que correspondan entre sí, aclarando dichos juzgadores, que de un mismo informe de la Contraloría General del Estado nacen dos procesos, el uno por no registrar los préstamos para su descuento, y, el otro, por presunta manipulación del sistema informático, para no registrar dichos préstamos.

Con lo anterior, concluimos que no existe identidad objetiva, ni subjetiva en los hechos que son materia de este proceso, con los que se refiere en la causa penal N° 0007-2012 y por ende no se trata de doble juzgamiento, ni existe violación al principio non bis in ídem, por lo que no procede el cargo planteado.

#### **6.3.2. Segundo cargo.- Indebida aplicación del artículo 88.1.2.3 del Código de Procedimiento Penal:**

Indica la recurrente, que existe la indebida aplicación del artículo 88.1.2.3. del Código de Procedimiento Penal, que se refiere a la presunción del nexo causal, entre la infracción y sus responsables; al respecto, debemos señalar, que el análisis jurídico

realizado por los juzgadores de instancia cumple con las reglas de la sana crítica, que se refieren a la aplicación de la lógica, de la ciencia y las máximas de la experiencia, que han utilizado los jueces para analizar los hechos y el acervo probatorio y encajarlo en el tipo penal que corresponde, cumpliendo con lo dispuesto en los artículo 86 y 88 del Código de Procedimiento Penal.

De manera que con certeza establecieron que se ha comprobado conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad de la procesada, con los testimonios rendidos por los auditores de la Contraloría General del Estado, José Alberto Gallo Álvarez, y Jorge Vinicio Ramírez Carrera, quienes detallaron, que en los anticipos y préstamos otorgados a dignatarios y servidores del Municipio de Latacunga se determinó la presencia de dos préstamos, efectuados por la procesada Rosa Aroca Vega, el uno por \$ 3.000,00 dólares americanos y el otro por \$500,00 dólares americanos, cuyos rubros no fueron ingresados, como datos informáticos, en el sistema que llevaba el Municipio, hoy GAD Municipal de Latacunga.

Cuyos datos no fueron contabilizados, únicamente de un señor Cueva, por \$1.000,00 dólares americanos, que si fue registrado y descontado; mientras que no se lo hizo con el préstamo de la procesada en calidad de Contadora; aclarándose en el análisis, que también existió otro préstamo, de Carmen Salme Granja, empleada de la misma aérea de autoría, por \$300,00 dólares americanos, que tampoco fue registrado, pero que fue devuelto, por dicha beneficiaria; que la señora Rosa Aroca Vega, era la responsable de todo el sistema de contabilidad, que los respaldos se los hacia bajo la autorización de la contadora y por lo tanto se encuentra justificado el tipo penal de peculado.

Es decir, que en el análisis jurídico realizado por los jueces de instancia, no existe violación de ninguna norma procesal, ni las referidas por la recurrente, por lo que no procede el cargo planteado.

#### **6.3.3. Tercer cargo.- Respeto a la falta de motivación:**

La recurrente, acusa la falta de motivación por la contravención expresa del artículo 76.7.I) de la Constitución de la República, señalando de que a pesar de que en la sentencia se realiza un análisis teórico del tipo penal no se señala de qué forma influyó el hecho, de que se pagaron los tres mil dólares más intereses, que existe una concurrencia de infracciones y que se dividió la continencia de la causa.

Al respecto, el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República, establece que: “*Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. (...)*”.

Acerca, de la motivación, “*el magistrado debe expresar en forma concisa, precisa y clara las razones de su convencimiento indicando que “la motivación debe referirse al hecho delictuoso, a la participación del imputado, a la calificación legal del delito, de un modo más genérico debe versar sobre los hechos y el derecho y no hay duda que el juez no puede cumplir esa obligación mediante una simple afirmación de los hechos que considera probado; y desde la perspectiva social y procedimental, la motivación de la sentencia permite al sujeto procesal no favorecido con la misma, interponer y sustentar el respectivo recurso impugnatorio y naturalmente, a la instancia jurisdiccional superior, conocer de la misma sentencia en ejercicio propio del control de la jurisdicción aplicada al caso concreto*<sup>3</sup>*”.*

También refieren dichos autores, que en todo sistema procesal la fundamentación y motivación de las decisiones judiciales relevantes, especialmente de la sentencia definitiva, constituye una garantía del derecho a un debido proceso; ya que es un aporte de racionalidad en el proceso intelectual de valoración de la prueba, de interpretación jurídica de las normas y de aplicación de las mismas al caso concreto; implica también el derecho a una sentencia razonable y congruente, porque no será razonable una decisión que contiene contradicciones internas o errores lógicos y será incongruente cuando implica un pronunciamiento sobre temas o materias no debatidas en la audiencia, sobre las cuales no se ha producido la necesaria contradicción entre las partes, emitiéndose un pronunciamiento judicial que altera de modo decisivo los términos en que se desarrolla el litigio, sustrayendo a las partes del auténtico debate contradictorio y mermando el derecho a la defensa.

Por su lado, Ignacio Colomer Hernández<sup>4</sup>, al indicar los requisitos de la motivación, señala la “racionalidad” que hace referencia a la condición que adquiere la decisión cuando viene adoptada y justificada con sumisión a las normas y principios de un

<sup>3</sup> Rodrigo Cerdá María Felices, *El nuevo Proceso Penal. Constitucionalización, Principios y Racionalidad Probatoria*, Editorial Grijley, Perú, 2011, p.299

<sup>4</sup> Ignacio Colomer, *La Motivación de las Sentencias. Sus Exigencias Constitucionales y Legales*. Editorial Tirant lo Blanch, España, 2012, págs. 163-308

ordenamiento; la “razonabilidad” de la decisión judicial conlleva la aceptabilidad de la misma por el común de las personas; mientras que la “coherencia” constituye una exigencia esencial de la motivación y presupuesto de la racionalidad de la justificación de la decisión, que tiene dos grandes dimensiones como la coherencia interna de la motivación, que se refiere a los elementos que la integran; y, la coherencia externa a la justificación de la decisión, que se refiere a las relaciones que se establecen entre motivación y fallo y entre motivación y otras resoluciones ajenas a la propia sentencia.

Cuando nos referimos a que el juzgador debe enunciar los hechos probados, estos deben ser claros y no contradictorios teniendo riqueza descriptiva, evitando expresiones que supongan una valoración; mientras que la motivación del juicio sobre los hechos en la sentencia absolutoria, puede consistir en la declaración de hechos probados o no probados, cuando verificada la existencia de hechos el acusado no resulta ser el autor y se lo absuelve por la existencia de duda o insuficiencia probatoria.

Manuel Miranda Estampes, en su obra *La Valoración de la Prueba*, citando a Taruffo señala que: “*la motivación no puede considerarse como una explicación del procedimiento lógico o psicológico con el que el juez ha llegado a la decisión, es más bien la exposición de un razonamiento donde el juez muestra la decisión, que se funda sobre las bases racionales idóneas, elaboradas ex post respecto de la decisión*”<sup>5</sup>, donde se debe identificar la fuente de prueba con su contenidos objetivos, explicando cómo se conectan dichas pruebas con el hecho a probar.

Analizada la sentencia, este Tribunal de Casación establece, que la misma cumple con la motivación que corresponde, ya que en ella se hace un análisis razonable, lógico y comprensible de los hechos, con la actividad probatoria y se los encaja correctamente en el tipo penal de peculado, por el que fue condenada la recurrente y que no existe concurrencia de infracciones, ya que se trata de dos hechos distintos, en diferentes informes realizados por la Contraloría General del Estado, y que a pesar de haber devuelto o cubierto los valores dispuestos, inclusive con intereses no enerva su responsabilidad penal en la infracción cometida, afectando la fidelidad del cumplimiento de sus funciones, como custodio de los fondos públicos, estableciéndose conforme a derecho la existencia material del delito de peculado, tipificado en el inciso primero del artículo 257 del Código Penal, por lo que no procede el cargo planteado.

<sup>5</sup> Manuel Miranda Estampes, *La Valoración de la Prueba La Luz Del Nuevo Código Procesal Penal Peruano de 2004*, p. 26

### 6.3.4. Cuarto cargo.- Respeto la contravención expresa del artículo 76.6 de la Constitución de la República:

La recurrente acusó la violación a la ley por la contravención expresa del artículo 76.6 de la Constitución de la República, que establece: *“La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.”*.

Sobre la proporcionalidad de la pena, la Corte Constitucional para el Periodo de Transición, en sentencia No. 005-11-SCN-CC, dentro del caso No. 0003-11-CN, de 3 de marzo de 2011, dijo: *[...] El célebre filósofo italiano Cesare Beccaria, en su Tratado de los Delitos y las Penas, afirmaba ya en 1764: “que no solamente es interés común que no se cometan delitos sino que sean más raros en proporción con el mal que causan a la sociedad por consiguiente, los obstáculos que detengan a los hombres de los delitos, deben ser más fuertes a medida que sean contrarios al bien público y a medida de los impulsos que arrastren a ellos, es decir, que debe haber proporción entre los delitos y las penas”*. Igualmente manifestaba que: *“si el placer y el dolor son los motores de los seres sensibles; si entre los motivos que empujan a los hombres hasta las obras más sublimes, el invisible Legislador puso el premio y la pena, de la inexacta distribución del uno y de la otra nacerá la tanto menos observada contradicción cuando más común es, de que las penas deben castigar los delitos que hayan hecho nacer. Si una pena igual se impone a dos delitos que ofenden a la sociedad desigualmente, los hombres no encontrarán obstáculo más fuerte para cometer el delito mayor, si con ello va unida una mayor ventaja<sup>6</sup>”*.

Kant sostenía, en la teoría del retribucionismo, que la pena retribuye el mal causado por el delito y, por tanto, ha de ser adecuada a la gravedad de la culpabilidad reflejada en el hecho<sup>7</sup>.

Gonzalo Quintero Olivares, respecto al principio de proporcionalidad manifiesta: *“En general, de la proporcionalidad se predica el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como en el de sus aplicación judicial (proporcionalidad concreta)”<sup>8</sup>.*

<sup>6</sup> <sup>6</sup> Beccaria, Cesare, "Tratado de los Delitos y las Penas", proporción entre los delitos y las penas.

<sup>7</sup> <sup>7</sup> MARIACA, Margot, "Kant y el Retribucionismo penal", 2010, Link: <http://jorgemachicado.blogspot.com/2010/04/krp.html>

<sup>8</sup> <sup>8</sup> Quintero Olivares, Gonzalo, 1982, "Acto, resultado y proporcionalidad". En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XXXV, Fase. II, Mayo- Agosto, pp. 381-408

De igual manera el tratadista Fernando Velásquez, respecto de la proporcionalidad de pena señala: “*El uso de la intensidad de la sanción están limitados de acuerdo con la gravedad del hecho reprimible cometido, o de los riesgos objetivos o subjetivos de comisión de una infracción futura o de ambos. En otras palabras: la exigencia de proporcionalidad debe determinarse valiéndose de un juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido con la conminación penal, de tal manera que se precise si las medidas adoptadas son acordes a la defensa del bien que da origen a la restricción. De esta manera, pues, la determinación o individualización de la sanción penal se debe efectuar a partir tanto de la mayor o menor gravedad del injusto – con lo que son evidentes los nexos con el apotegma de protección de bienes jurídicos – como de la mayor o menor gravedad de la culpabilidad – sin olvidar las finalidades preventivas cuando se piensa en el concepto de “determinación” o “individualización”<sup>9</sup>.*

Con lo anterior establecemos que los juzgadores si aplicaron la debida proporcionalidad para la imposición de la pena, ya que al haber establecido, el grado de participación de autora del tipo penal de peculado, establecido en el primer inciso del artículo 257 del Código Penal, se le aplicó las atenuantes establecidas en el artículo 29 del Código Penal y por ello se le modificó la pena, conforme el artículo 72 ibídem, rebajándole la pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria a cuatro años de pena privativa de la libertad, cumpliéndose con la norma pertinente para la modulación de la pena y aplicándose correctamente el principio de proporcionalidad, por lo que no procede el cargo planteado por la recurrente.

Por lo antes expuesto y al no existir el error de derecho, conforme las causales del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, “**ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal;

**RESUELVE:**

- 1) Por unanimidad, al no haberse justificado el error de derecho, en los términos planteados, se declara improcedente el recurso de casación presentado por Rosa Mercedes Aroca Vega, conforme lo expuesto en la parte motiva del fallo.

<sup>9</sup> Velásquez, Fernando. *Manual de Derecho Penal, Parte General*, tercera edición, librería jurídica COMLIBROS, Medellín – Colombia, 2007, p.35

2) **Devuélvase** el proceso al Tribunal de origen para la ejecución de la presente resolución. **NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE.**- F.- Dr. Jorge M. Blum Carcelén, MSc.- **JUEZ NACIONAL PONENTE.**- F.- Dr. Sylvia Sánchez Insuasti.- **JUEZA NACIONAL.**- F.- Dr. Edgar Flores Mier.- **CONJUEZ NACIONAL.**- Certifco.- Dr. Carlos Torres Cáceres.- **SECRETARIO REALATOR:**

**CERTIFICO:** Las once (11) fojas que anteceden son iguales a su original

Quito, 23 de octubre de 2017.

Dra. Ivonne Guamaní León  
**SECRETARIA RELATORA**

CASO No. 17721-2014-1972  
RESOLUCIÓN No. 0840-2017  
RECURSO: CASACIÓN  
PROCESADO: YURAYMA MARIEHELME ALDAZ PAVÓN  
DELITO: ASOCIACIÓN ILÍCITA

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y  
TRÁNSITO  
CAUSA No. 1972-2014-JCC  
RECURSO DE CASACIÓN**

**DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA**

**JUEZ PONENTE:** Doctor Miguel Jurado Fabara

**RECURRENTE:** Yurayma Mariehelme Aldaz Pavón (sentenciada)

Quito, martes. 30 de mayo de 2017, las 09h17

**VISTOS:** Celebrada la audiencia oral, pública y de contradictorio, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia procede a emitir el fallo por escrito debidamente motivado con ocasión del recurso de casación propuesto por Yurayma Mariehelme Aldaz Pavón, en contra de la sentencia de 08 de agosto del 2014, las 16h05, a través de la cual la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha confirma la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal *a quo*.

**1. ANTECEDENTES**

**1.1. HECHOS**

Conforme se disagrega de los antecedentes establecidos en el considerando tercero:

*“El 14 de febrero de 2012, a través de un parte policial, la Fiscalía tuvo conocimiento de hechos alarmantes relacionados con robos a personas y domicilios, usura, extorsión, amenazas, intimidaciones y ocultación de cosas robadas; acontecimientos que se vendrían ejecutando desde el año 2010, por lo que, la Fiscalía aperturó una indagación previa y resolvió delegar a la Policía Nacional la investigación respectiva, como resultado de este procedimiento, se llegó a conocer que, los distintos hechos criminales antes referidos, mantienen varios elementos relacionados en cuanto a su forma o modo de ejecución, que hacen relación a personas que intervienen a casa uno de los eventos, lugares y horas en que se ejecutan los mismos, derivados sin duda de una manifestación de delincuencia organizada que ha venido operando en la ciudad de Quito; organización delictiva identificada como “mamas luchas” o “marias luisas”; a tal efecto, Fiscalía requirió la autorización correspondiente del juez de derecho para realizar la investigación a través de seguimientos, filmaciones y tomas fotográficas, delegando a la policía judicial la ejecución de las investigaciones encaminadas a ese objetivo; para ello, la policía integró un grupo élite de las unidades especializadas adscritas, como de: inteligencia, de lucha contra el crimen organizado, de delitos aduaneros y tributarios, y de delitos carburíferos, para reunir a los agentes de mayor experiencia en este tipo de infracciones, desplegándose una importante cantidad de recursos oficiales y fiscales, para llevar adelante el procedimiento investigativo, a fin de verificar que efectivamente venían operando a través de varias formas criminales entre ellos: la usura, la extorsión, el robo, la ocultación de*

*cosas robadas, y la venta de artículos robados, constatándose que los integrantes de esta organización ascienden a 96 personas, entre ellos la hoy procesad. [sic]*<sup>1</sup>

### **1.2. Actuación procesal relevante**

- i. Mediante sentencia de 21 de enero de 2013, el Quinto Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, con voto de mayoría dictó sentencia condenatoria en contra de Juan Carlos Almache Tipán, Edwin Alfredo Caisapanta Cabezas, Alexis Gonzalo López Sánchez, Christian Santiago Veletanga Veletanga, Luis Enrique Iza Pallo, Byron Xavier Cortez Venegas, Yuraima Marihelme Aldaz Pavón, Diego Xavier Almachi Chiluiza, Oscar Danilo Paredes Caizatoa, Julio Orlando Damacela Carrillo, Ronald Fernando Torres León, Marcos Orlando Lara Espinoza, Edgar Rolando Oña Iza, Miguel Ángel Muñoz Cabezas, en calidad de autores del delito de asociación ilícita, tipificado y sancionado en los artículos 369 y 370 del Código Penal, imponiéndoles la pena de tres años de prisión correccional. Se ratifica el estado de inocencia del señor Lenin Rodrigo Ávila Gutiérrez. Respecto de Yuraima Marihelme Aldaz Pavón se suspende la notificación de la sentencia por hallarse en estado de gestación por disposición de los artículos 35 de la Constitución de la República del Ecuador y 58 del Código Penal.
- ii. Una vez notificada con la sentencia dictada por el tribunal *a quo*, Yuraima Marihelme Aldaz Pavón interpone recurso de apelación, recayendo en conocimiento, por sorteo de ley, en la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, órgano jurisdiccional que en sentencia de 08 de agosto de 2014, las 16h05 desecha el recurso interpuesto y confirma la sentencia del inferior.
- iii. De la sentencia del tribunal de apelación, la sentenciada interpone recurso de casación recayendo en conocimiento de este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

### **1.3. Extracto de la fundamentación y contestación del recurso de casación**

En el presente proceso penal, se llevó a cabo la audiencia oral, pública y de contradictorio según lo dispuesto en el artículo 345 del Código de Procedimiento Penal, en la que los sujetos procesales expresan:

#### **1.3.1. Fundamentación de la sentenciada Yuraima Marihelme Aldaz Pavón, a través del doctor Washington Grueso, abogado defensor.**

En su intervención, para fundamentar el recurso de casación la defensa técnica de la impugnante realiza las siguientes acotaciones:

- a) La exposición de sus motivos inicia con la cita del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal e identifica que la sentencia que impugna es la emitida por el Quinto Tribunal de Garantías Penales de Pichincha que fue ratificada por la Sala de apelación de la misma jurisdicción.
- b) Sostiene que el artículo 369 del Código Penal que tipifica la asociación ilícita se relaciona con el artículo 370 ibídem, pues este refiere la finalidad de una asociación organizada para delinquir. Señala que, en el caso y conforme obra del proceso, en el año dos mil doce el Subteniente llamado Eddy Shibert, realiza un parte informativo en el que señala que se habían creado en Quito con el fin de delinquir, grupos denominados como “Mama Luchas” y Marías Luisas”, que la

<sup>1</sup> Cfr. Sentencia de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha a fojas 33

relación de la sentenciada es porque lleva el apellido Aldaz, que con la base de datos del sistema SITNE, todos los que llevaban el nombre de la difunta Luisa Endara “Mama Lucha” eran involucrados por asociación ilícita.

Considera que la Fiscalía nunca probó que la sentenciada haya organizado, participado, o conversó con alguien para cometer un delito, provocando, a su criterio, una indebida aplicación de los artículos 369 y 370 del Código Penal, lo que ocasionó la vulneración del artículo 76.2 de la Constitución de la República del Ecuador.

- c) Señala que la sentencia no guarda relación con los artículos 304 y 312 del Código de Procedimiento Penal, considera que hace una relación mínima y no logra determinar la materialidad de la infracción ni la responsabilidad penal de la procesada de conformidad con el artículo 252 del Código de Procedimiento Penal.

Solicita que se case la sentencia por los méritos del proceso y la fundamentación o de ser el caso se aplique el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal y se ratifique el estado de inocencia con base al artículo 76.2 de la Constitución de la República del Ecuador.

#### **1.3.2. Intervención por parte del doctor José García Falconí, delegado de la Fiscalía General del Estado.**

A fin de realizar la contestación de los cargos referidos por el casacionista el delegado de Fiscalía General del Estado, señala lo siguiente:

- a) Manifiesta que existen dos sentencias de conforme en los que se establece con certeza que existe el delito de asociación ilícita, tipificado y sancionado en los artículos 369 y 370 del Código Penal y la responsabilidad penal de la procesada.
- b) Manifiesta que la sola inconformidad no es motivo de recurso de casación.
- c) En cuanto al cargo de indebida aplicación de los artículos 369 y 370 del Código Penal la proposición jurídica no es completa pues debía especificarse cuál es la norma que en su lugar debía aplicarse.
- d) Sobre la alusión de que existe vulneración de los artículos 304, 312 y 252 del Código de Procedimiento Penal, sostiene que la recurrente no especifica la causal de violación.
- e) Respecto de las acotaciones realizadas por el abogado de la defensa sobre la presunción de inocencia, indica que la recurrente no tiene sentencia condenatoria ejecutoriada por lo que todavía goza de su estatus de inocencia.

Refiere que al no existir violación de la ley en la sentencia solicita que se deseche el recurso de casación y se disponga la devolución del proceso al Tribunal de primer nivel para que se ejecute la sentencia antes mencionada.

#### **1.3.3. Uso del derecho a la réplica**

En uso de su derecho a la réplica, la defensa de la recurrente señala que, la Fiscalía tiene un rol fundamental en los procesos y audiencia que es la de probar que la conducta de la casacionista se adecúa a lo que establece el artículo 42 del Código Penal. A su criterio, el debate Fiscal se centra a solicitar la inadmisión del recurso por

formalidades pero no de fondo. Sostiene que la obligación de la Fiscalía es buscar, de acuerdo al artículo 62 del Código de Procedimiento Penal, pruebas de cargo y de descargo, y que en el presente caso solo ha cumplido con su rol acusatorio. Ratifica su petición de que el fallo de apelación sea casado y revocado.

**1.3.4. Por los derechos de los sentenciados no recurrentes Juan Carlos Paredes Ortiz, Ana Lucía Gómez Suárez, Orlando Javier Ayenla Tenorio, Irma Ximena Sopa Quishpe, César Edison Vanegas Avendaño, Douglas Bolívar Balcázar Simón, Marco Vinicio Lema, Marilyn del Carmen Salinas Bolaños, José Eduardo Mora Vega, Diego Fernando Quiñonez Vivero, José Antonio Ramos Álvarez, Carmen Matilde Marmol Aldaz, Washington Marcelo Santos Nieto, Juan Carlos Almache Tipán, Edwin Alfredo Caisapanta Cabezas, Alexis Gonzalo López Sánchez, Christian Santiago Veletanga Veletanga, Luis Enrique Iza Pallo, Byron Xavier Cortez Venegas, Diego Xavier Almachi Chiluiza, Oscar Danilo Paredes Caizatoya, Julio Orlando Damacela Carrillo, Ronald Fernando Torres León, Marcos Orlando Lara Espinoza, Edgar Rolando Oña Iza, Marco Vinicio Reisancho Sulca, Miguel Ángel Muñoz Cabezas, Lenin Rodrigo Ávila Gutiérrez, Edwin Rafael Billar Guerrero, Manuel Vicente Sánchez Endara, Pablo Emilio Alzate Velilla, Jorge Samuel Palacios de la Cruz, Maura Patricia Aldaz Flores, Luis Patricio Paredes Ortiz, María Victoria Cherres Guamán, Carlos Alberto Acosta Prado, Henry Fernando Cherrez Martínez, Milton Rolando Robalino Velín interviene el doctor Gustavo Ludeña, defensor público.**

Refiere que comparece en calidad de defensor público y en virtud de que la fundamentación y contestación del recurso no afecta los intereses de sus defendidos, solicita que se ratifique la sentencia subida en grado.

**1.3.5. Por los derechos de los sentenciado no recurrentes Edison Bolívar Acosta Iza, Mónica Tatiana Álvarez Jaramillo, Juan Carlos Carrión Caiza, Olga Susana Herrera Tituaña Olga Susana y/o Maira Elizabeth Chávez Moreno, Edgar Mauricio Monta Hidalgo, María Eufracia Palacios Robles, Ricardo Gustavo Palacios Robles, Omar Rafael Salazar Vaca, Luis Aníbal Tonato Nazimba, Edison Santiago Vallejo Reinoso, Carmen María de Lourdes Aldaz Flores, Daniel Mauricio Aldaz Pérez, Diego Javier Almachi Luisa, David Alejandro Parra Lutuala, Luis Francisco Sánchez Cortez, Mauricio Ramiro Figueroa Guevara, Pedro Antonio Álvarez Parra, Benito Abdón Llamuca Cayambe, Fabián Wladimir Paredes Ortiz, Eugenia Marina Galrza Mayorga, Darein Vinicio Baños Olmos, Biron Orlando Bermeo Veletanga, Claudia Patricia Pérez Reascos, Margarita Ofelia Sánchez Iza, Julio Edgar Benavides Montenegro, Bolívar Eduardo Bonilla Rodríguez, Jacqueline de los Ángeles Guanoluisa Olmos, Claudia Patricia Pérez Reascos, Julio Remigio Escobar Pérez, Franklin Arrmando Guamán Churo, Edison Javier Taco Palacios, Lorena Rocío Taco Palacios, Daniel Figueroa Canchig, Aracely Raquel Proaño Calderón, José Leonil Topaxi Coque interviene el abogado Germán Jordán, defensor público.**

Comparece como defensor público para representar los intereses de los sentenciados no recurrentes, y manifiesta que como no se hallan afectados los mismos con la fundamentación del recurso de casación debe ratificarse la sentencia subida en grado.

**1.3.6. Se concede el uso de la palabra a la sentenciada Yurayma Mariehelme Aldaz Pavón.**

En su intervención la procesada indica que no ha tenido ningún vínculo con los señores, señala que estuvo detenida durante su embarazo y que ha cumplido con sus presentaciones todos los días.

**2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA****2.1. Jurisdicción y competencia de la Sala.-**

**2.1.1.** El Consejo de la Judicatura, mediante Resolución N°. 008 -2015 de fecha 22 de enero de 2015, aprueba la integración de la Corte Nacional de Justicia, misma que ejerce jurisdicción a nivel nacional, de conformidad con el artículo 182, último inciso, de la Constitución de la República del Ecuador y 172 del Código Orgánico de la Función Judicial.

**2.1.2.** La Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión y los demás que establezca la ley, en materia penal de conformidad con el artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; así como los artículos 8 y 9 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro oficial N°. 38, de 17 de julio de 2013, que sustituyen a los artículos 183 y 186, de la misma ley; y las resoluciones de la Corte Nacional de Justicia N°. 01-2015 y 02-2015 de 25 de febrero de 2015.

**2.1.3.** Una vez realizado el sorteo de ley este Tribunal está integrado por el señor doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional Ponente, la señora doctora Zulema Pachacama Nieto, Conjuera Nacional quien actúa por licencia concedida al doctor Marco Maldonado Castro, Conjuer Nacional, y el doctor Edgar Flores Mier, Conjuer Nacional quien actúa por licencia concedida al doctor Luis Enríquez Villacrés según oficios Nos. 44-SG-CNJ-GCN de 13 de enero de 2017 y 077-SG-CNJ-ROG de 20 de enero de 2017 respectivamente, suscritos por el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

**2.2. Trámite..-**

De conformidad con la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial N°. 180 de 10 de febrero de 2014, corresponde emplear las normas vigentes al tiempo de inicio del proceso, que para el caso, son las contenidas en el Código Penal y Código de Procedimiento Penal.

**2.3. Validez procesal**

El presente recurso de casación se ha tramitado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal en observancia de lo contemplado en el artículo 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador, por lo que se declara su validez.

## 2.4. Reflexiones sobre el recurso de casación.-

La impugnación procesal<sup>2</sup>, es un principio rector consagrado como derecho por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8.2.h<sup>3</sup> y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14<sup>4</sup>, y dentro del derecho a la defensa en la Constitución de la República<sup>5</sup> como garantía básica. El Estado es responsable de garantizar la adecuada administración de justicia<sup>6</sup>, y dentro de estos parámetros los recursos son mecanismos que caminan hacia la prosecución de este propósito.

Es así que, la casación es un medio de impugnación extraordinario, cuya finalidad es el reconocimiento y defensa del derecho objetivo, criterio coincidente con tratadistas como Fernando de la Rúa quien destaca:

*“El derecho es único, pero su unicidad resulta de una integración entre las normas que consagran los imperativos y las otras que permiten realizarlos efectivamente cuando media infracción, haciendo la aplicación de la sanción o de la coacción que las resguarda”*<sup>7</sup>

La casación pretende la correcta contemplación de la ley, la protección del sistema legal vigente, la unificación de la jurisprudencia<sup>8</sup> (*Ubi eadem ratio, ibi idem ius*) y el respeto de las garantías de los intervenientes (*Ius litigatoris*), por lo que su finalidad es revisar, que el fallo impugnado, no evidencie errores in iudicando que afecten la decisión de la causa y de existir procede a modificar el fallo ya sea por alegato de parte o de oficio y excluyendo la posibilidad de volver a valorar acervo probatorio<sup>9</sup>.

La Corte Constitucional sobre la naturaleza del recurso de casación señala:

<sup>2</sup> Código Orgánico Integral Penal: “Art. 5.- Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios: [...] 6. Impugnación procesal: toda persona tiene derecho a recurrir del fallo, resolución o auto definitivo en todo proceso que se decida sobre sus derechos, de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de derechos humanos y este Código.”

<sup>3</sup> “Art. 8.- Garantías Judiciales [...] 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el procesos, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas [...]h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.”

<sup>4</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 14 numeral 5: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.”

<sup>5</sup> “Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”

<sup>6</sup> Constitución de la República: “Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. [...] El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso”

<sup>7</sup> Fernando De la Rúa, *La casación penal*; (Buenos Aires, Editorial Depalma: 1994) 31

<sup>8</sup> Humberto Fernández Vega, *La Casación en el Sistema Penal Acusatorio*, Bogotá: Editorial Leyer, s/f 28.

<sup>9</sup> El Código de Procedimiento penal, en su artículo 349, expresamente establece que para fundamentar el recurso de casación “No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba”.

*“El recurso de casación, conforme su naturaleza, es un recurso extraordinario de competencia del máximo tribunal de justicia ordinario para pronunciarse, exclusivamente, respecto de las posibles violaciones a la ley en las sentencias de segunda instancia, ya sea por contravención expresa de su texto, o indebida aplicación o errónea interpretación, por lo que conforme a su texto, tanto el referido a la casación en todas las materias, como a la casación en materia penal, está impedido de realizar una nueva apreciación de las pruebas que han sido consideradas por el juzgador en la sentencia.”<sup>10</sup>*

En síntesis, la ejecución de ésta función *nomofiláctica* corresponde al más alto tribunal de justicia ordinaria, quien enfrenta la sentencia recurrida y la fundamentación del recurrente, para revisar si el fallo impugnado se dictó o no *secundum ius*. Para tal efecto el recurso de casación se puede interponer, únicamente, de acuerdo a las causales previstas de forma taxativa en el Código Penal, esto es, por contravenir expresamente al texto de la norma utilizada, por haberse hecho un indebido empleo de ella o por haberla interpretado erróneamente. El proponente deberá sustentar sus argumentos en las causales previstas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, establecer cómo se produjo la vulneración de la norma jurídica y su incidencia en la decisión de la causa.

## **2.5. De la fundamentación del recurso y vulneraciones legales invocadas por la recurrente**

La interposición del recurso de casación, por su tecnicidad supone la imposición de una obligación procesal para el recurrente, quien a más de establecer una de las causales del Código de Procedimiento Penal, deberá precisar el error judicial cometido por el tribunal *ad quem*, especificar en qué consiste y cómo condujo al quebrantamiento de la ley que deba ser subsanado.

Orlando Rodríguez al referirse a los argumentos casacionales señala que:

*“La proposición jurídica es una carga procesal para el impugnante, que debe identificar y demostrar un error judicial atribuido al órgano judicial sentenciador de instancia, y a partir de la causal legal construir un argumento de sustentación para que el Tribunal o la Corte de Casación ejerza el control constitucional y legal de la sentencia impugnada...”<sup>11</sup>*

La fundamentación del recurso de casación es la base estructural del recurso, por lo que debe ceñirse a requisitos de orden legal, jurisprudencial y doctrinal. Por lo tanto, es imperativo estudiar si los cargos expuestos se adecuan sistemáticamente a las condiciones citadas *ut infra*:

## **2.6. Estructura de la propuesta jurídica casacional**

El sistema casacional penal es de carácter limitado, a raíz de esto, el control de derecho no se extiende a todas las disposiciones legales que contienen los cuerpos normativos, sino únicamente a aquellas que fueron o debieron ser aplicadas singularmente en la sentencia en examen, bajo este parámetro se circunscribe el espectro de escogencia de norma jurídica que el recurrente puede proclamar como transgredida, por lo que podemos concluir que no cualquier norma legal puede ser vulnerada.

<sup>10</sup> Corte Constitucional del Ecuador; caso N°. 0950-12-EP; sentencia N°. 033-15-SEP-CC; Registro Oficial Suplemento 462 de 19 de marzo del 2015.

<sup>11</sup> Orlando Rodríguez, *Casación y Revisión Penal* (Bogotá: Editorial Temis S.A. 2008), 49.

Una vez especificada debe realizarse el ejercicio lógico de enlace entre transgresión y modalidad de error de derecho, para lo cual deberá encuadrarla en una de las causales previstas por la legislación procesal penal (contravención expresa, errónea interpretación e indebida aplicación), de acuerdo a las condiciones fijadas por la jurisprudencia y doctrina para cada causal, mismas que han referido su especificidad, singularidad, tecnicidad, por lo que no pueden ser usadas ni como sinónimas o complementarias. Así se sostiene que no cualquier causal de casación es aplicable a una vulneración legal.

No obstante de haber enlazado la vulneración legal con la causal de error, el recurrente deberá señalar su incidencia en la resolución, su trascendencia como para conseguir un fallo de conclusión equivocada, pues a pesar de existir una transgresión de la norma legal, su contribución puede resultar trivial para la conclusión obtenida por el juzgador, por lo tanto no toda violación legal será casable.

De las alegaciones desarrolladas por el casacionista en la audiencia podemos concretar las peticiones que a continuación se detallan: **1)** Asevera que existe indebida aplicación de los artículos 369 y 370 del Código Penal, lo que ocasionó la vulneración del artículo 76.2 de la Constitución de la República del Ecuador; **2)** Violación de los artículos 304 y 312 del Código de Procedimiento Penal.

#### **2.6.1. Sobre la indebida aplicación de los artículos 369 y 370 del Código Penal.**

Para empezar el examen de lo expuesto, corresponde determinar el alcance de la causal de casación invocada, así la indebida aplicación es un yerro de derecho en el que incurre el juzgador, cuando entre las premisas jurídicas que justifican el fallo, se aplica una que espacialmente es incompatible, esto es, que la adaptación de los presupuestos fácticos con relación a la disposición legal no es completa omitiendo usar el precepto legal que debe ser aplicado, evidenciándose un error de selección.

Para calificar de trascendente el cargo, es necesario verificar su pertinencia, para lo cual el casacionista deberá concretar en cada argumento: **i)** la norma jurídica que no correspondía aplicar al caso; **ii)** la afectación que su empleo defectuoso produjo en la resolución de la causa; **iii)** la determinación de la disposición legal que debía aplicarse.

En la fundamentación realizada por el recurrente no se cumple con la técnica de casación que corresponde, sustentamos esta primera premisa con la siguiente explicación: La norma jurídica referida en el cargo es contentiva del tipo penal de asociación ilícita, y dentro de esta lógica debe sostener su afirmación en un análisis sistemático de los elementos objetivos y subjetivos que lo configuran y explicar por qué la conducta que se incoa a la sentenciada no se subsume en la prevista por el artículo 369 y 370 del Código Penal como para alcanzar la ratificación de inocencia que solicita en su intervención final.

Decimos que quien alega indebida aplicación debe referir inexorablemente cual es la aplicación debida. Proyectar un error de derecho respecto de un tipo penal por este modo causal converge en una complementación técnica de variación del tipo penal en la que, el proponente, determinará en qué supuesto de hecho considera subsumible la conducta; el ejercicio de crítica a los juzgadores se basará en el estudio de los hechos probados y su debida adecuación.

En la argumentación casacional *in examine*, se indica que no se demostró que la sentenciada haya organizado, participado, o conversado con alguien para la comisión del delito, podría parecer que la argumentación de la recurrente se orienta a desacreditar la configuración de los verbos rectores que contemplan los artículos 369

y 370 del Código Penal, pero un cargo tan general impide puntualizar lo que pretende con la interposición del recurso, al no realizar el cotejo debido recae en una falta de técnica que no puede ser suplida por el Tribunal de Casación por lo tanto debe declararse improcedente.

Asimismo, la defensa de la recurrente refuta la actuación fiscal y sus actuaciones procesales, no obstante, se debe recordar al litigante que la casación busca la correcta aplicación del derecho, y, conforme lo dispone el artículo 23 del Código Orgánico de la Función Judicial, la aplicación del derecho corresponde a los juzgadores por lo tanto sólo sus actuaciones se sujetan a este control.

También, se debe aclarar que no es factible solicitar la aplicación del control *in iure*, cuando los argumentos que sostienen la proposición jurídica casacional refieren posibles errores *in procedendo* que son válidos como alegatos previos, pero en la fundamentación propia del recurso no constituyen un soporte al distar en el resultado que pretenden.

#### **2.6.2. Sobre la violación de los artículos 304 y 312 del Código de Procedimiento Penal**

En su fundamentación el recurrente hace alusión a los artículos 304 y 312 del Código de Procedimiento Penal y argumenta que la resolución recurrida no se relaciona con las disposiciones legales enunciadas.

Los artículos citados por el recurrente se refieren a la conclusión del debate y a la exposición de motivos que debe tener un fallo de condena, pero estos, por si solos, no son un cargo casacional por no ser debidamente concatenados con una causal de error y la respectiva carga argumentativa.

Las exigencias que jurisprudencial y doctrinariamente se han establecido para la estructuración de cargos casacionales no permite la revisión de exposiciones generales e imprecisas porque abandonan la tecnicidad y se convierten en alegatos de instancia.

Pues bien, conforme se ha citado *ut supra* el recurso de casación es una institución de carácter técnico, cuya finalidad es verificar el estricto acatamiento de las disposiciones legales por parte de los tribunales de justicia. No puede constituir una instancia, porque siendo su objetivo precautelar la conformidad de los fallos con el derecho, no puede ser usado para pedir el reexamen de los hechos o de la sustanciación del juicio, menos aún la revaloración probatoria.

En el presente caso no existe una fundamentación técnica, por falta de especificación de la modalidad de violación legal y por cuanto no se explica su incidencia en la decisión de la causa, y esta errada formulación provoca el rechazo del recurso.

### **DECISIÓN**

Por lo expuesto, este Tribunal de Casación, de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, de conformidad con el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, por unanimidad resuelve:

1. Declarar improcedente el recurso de casación propuesto por la señora Yurayma Mariehelme Aldaz Pavón por falta de fundamentación, conforme se deja expuesto en la parte motiva de la sentencia.

No existe mérito para casar de oficio.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase el proceso al tribunal de origen para la ejecución de la resolución.- f.- Dr. Miguel Jurado Fabara.- **JUEZ NACIONAL PONENTE**.- f.- Dr. Edgar Flores Mier.- **CONJUEZ NACIONAL**.- Dra. Zulema Pachacama Nieto.- **CONJUEZA NACIONAL**.-Certiflico.- Dra. Ximena Quijano Salazar.- **SECRETARIA REALATORA**:

**CERTIFICO:** Las cinco (05) fojas que anteceden son iguales a su original

Quito, 23 de octubre de 2017.

Dra Ivonne Guamaní León  
**SECRETARIA RELATORA**

**CASO No.** 17721-2015-1575  
**RESOLUCIÓN No.** 0841-2017  
**RECURSO:** CASACIÓN  
**PROCESADO:** JUAN DE DIOS ROLDÁN ARELLANO, JOSÉ MANUEL LLUMI PINTAC Y JUAN RUDECINDO CARANQUI  
**DELITO:** TENTATIVA DE PLAGIO

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR**  
**SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO**  
Caso No. 1575-2015  
**RECURSO DE CASACIÓN**

Quito, martes 30 de mayo de 2017, las 10h10.

**VISTOS.**- Al haberse agotado el trámite legal pertinente y al ser el estado de la causa el de dictar la sentencia por escrito, para hacerlo se considera:

**1.- ANTECEDENTES**

**1.1.- Contenido de la sentencia impugnada, con relación al objeto del proceso penal**

Los ciudadanos Juan de Dios Roldán Arellano, José Manuel Llumi Pintac y Juan Rudecindo Caranqui, procesados, interponen recursos de casación en contra de la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, de 8 de octubre de 2015, las 14h27; la cual, rechaza los recursos de apelación interpuestos por los procesados y la acusación particular; y, confirma en todas sus partes el fallo dictado por el Tribunal de Juicio integrado por los jueces provinciales de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, de 26 de junio de 2015, las 15h18, que los declaró autores, del delito de plagio, en el grado de tentativa, tipificado y sancionado en los artículos 188 y 189 del Código Penal (CP); imponiéndoles la pena de seis meses de prisión correccional; fijando la cantidad de US\$ 3.000,00 como daños y perjuicios; US\$ 3.000,00 como reparación integral; y, el embargo de bienes hasta por la suma de US\$ 5.000,00.

En el fallo impugnado, se considera que:

(...) QUINTO.- La sustanciación de este proceso tiene como génesis las denuncias presentadas por Edinson Salomón Alcocer Saltos en contra de Juan de Dios Roldán Arellano, quien desempeñaba las funciones de Alcalde de Guamote y tenía varias acciones civiles y penales; dentro de un caso en particular tramitado en la Fiscalía del cantón Guamote, se había señalado se recepte su versión, por lo que ha concurrido a dicha dependencia el 6 de julio del 2013 y ante la preocupación que pueda existir un presunto plagio había conversado con el Fiscal Dr. Jorge Paco, sugiriéndole que podía rendir su versión otro día; posteriormente ha llegado a la Fiscalía y

ha rendido su versión, momentos en que se han hecho presentes de forma inmediata varias personas del Municipio de Guamote allegados a Juan de Dios Roldán Arellano, así como varios ciudadanos indígenas, colocándose en las afueras de la Fiscalía sin dejarles salir, por lo que han requerido la presencia policial; pasaron varias horas y pudo darse cuenta que se comunicaban con Roldán Arellano los funcionarios municipales, en el hecho estuvieron presentes Juan Caranqui y José Llumi; luego de varias horas sin que el denunciante pueda salir de las oficinas de la Fiscalía se pretendía que firme un acta de solución a un litigio civil que mantiene con el Alcalde Roldán por una deuda; se indica que el Fiscal del cantón Guamote fue agredido e impedido de salir, y en horas de la madrugada ante la presencia del Gobernador, Jefe Político, Comandante la Policía y Fiscal logró salir el denunciante, pretendiendo una vez más hacerle firmar un acta, por lo que adjunta copia de la misma y un disco compacto. Con estos antecedentes se dio inicio a la instrucción fiscal y a la conclusión de esta etapa. El Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo Dr. Enrique Donoso Bazante, dictó auto de llamamiento a juicio en contra de Juan de Dios Roldán Arellano, Juan Caranqui Tenesaca y José Manuel Llumi Pintac, afirmando que sus conductas se encuadran en el presunto delito tipificado en el Art. 188 y sancionado por el Art. 189 numeral 4 del Código Penal, en concordancia con el Art. 16 del mismo cuerpo de leyes, esto es un presunto plagio en el grado de tentativa. Continuando con la tramitación y una vez que se ejecutorió el auto de llamamiento a juicio el expediente llegó a la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia para que se evacúe la etapa de juicio, señalando para el día miércoles 17 de junio del 2015 a partir de las 08h30 la realización de la audiencia oral, pública y contradictoria a fin de juzgar la conducta de Juan de Dios Roldán Arellano, Juan Caranqui Tenesaca y José Manuel Llumi Pintac.(...)<sup>1</sup>

El Tribunal de Apelación, refiere en su sentencia, entre otros, a los siguientes medios probatorios aportados por los sujetos procesales, en la audiencia de juzgamiento:

- Testimonio de Hermuy Calle Verzozi (Gobernador de Chimborazo); quien manifestó, que a eso de las 03H30 –del día de los hechos-, recibió la llamada del Comandante de Policía de esa fecha, comunicándole que durante la tarde y noche había disturbios en Guamote; preguntó el porqué de esta situación, y se le informó que estaban reunidos indígenas y que podría haber un enfrentamiento; indicó, que en su calidad de Gobernador viajó para preservar la paz, cuando llegó a eso de las 05H00, observó al personal de la policía, y que a la vuelta de la Fiscalía estaban unos ciudadanos afuera; ingresó y solicitó información acerca del ciudadano que no podía salir, así como de otras personas; señaló, conocer de los procedimientos de la justicia indígena, y que el Alcalde –Juan de Dios Roldán Arellano- estaba sentado a quien le señaló que había que abandonar y despejar el espacio público, así como devolver la seguridad del lugar ya que la gente había estado afuera toda la noche y que las cosas tenían que hacerse con normalidad; indicó que, al parecer había un acuerdo e indicaron que se despejaría el lugar.

Precisó, que se retiró del lugar y cuando viajaba a Riobamba recibió una llamada que parecía era del Alcalde quien le manifestó que el otro ciudadano había incumplido con el acuerdo de reunirse en la Alcaldía; que había un informe de la policía respecto a que nuevamente se estaba reuniendo la población; habló con el Comandante de la Policía para que lo acompañe, llegaron y pidió que se permitiera hablar con la ciudadanía

<sup>1</sup> Ver sentencia que obra de fs. 34-41; cuaderno de 2<sup>a</sup> instancia; cita a fs. 36 y 36 vta.

para arreglar de alguna manera sus diferencias, y el Alcalde les explicó de la situación de que era por una deuda, ante lo cual le manifestó que los problemas de dinero se debe arreglar de otra manera.

- Testimonio de Cecilia Gavilánez González, quien realizó la sustracción y transcripción de la información de un CD, e indicó, que pudo examinar que participaban ocho personas; se trataba de una grabación de una reunión en un lugar cerrado donde hablaban y aceptaban disculpas entre ellos; se escuchó el destrozo de objetos y voces que señalaba que iban a reponer por los daños; precisó, que en la transcripción del CD si participan Juan Roldán, Juan Caranqui, y el señor José Llumi; y, que una vez realizada la experticia en las fotografías aparecen los procesados.

- Testimonio de Patricio Parco Yuquilema (fiscal de Guamote), quien indicó haberse encontrado laborando en la Fiscalía del cantón Guamote, el 6 de junio del 2013; que ese día tenía la versión de Edinson Salomón Alcoser, y que por una llamada telefónica se le comunicó que el ciudadano no asistió; precisó, que cuando llegó a la Fiscalía de Guamote pudo ver a varios ciudadanos, entre ellos, se encontraba el abogado Llumi, el señor Roldán con el doctor Balarezo, Juan Caranqui, entre otras personas trabajadores del Municipio de Guamote, quienes presentaban una actitud agresiva contra la Fiscalía y el declarante, ya que desde antes querían resolver el conflicto con la justicia indígena; precisó, que a las 11H15 acudió a una audiencia en el juzgado ubicado en el siguiente piso del mismo edificio de la Fiscalía, y recibió un comunicado de su compañero Rodrigo Naranjo de que había llegado el señor Alcoser a rendir su versión; le manifestó que comunique a las personas interesadas en el caso; posteriormente se tomó la versión; Alcoser firmó, salió con su abogado el doctor Morales, y luego regresó diciendo que no le dejaban salir y que la gente se seguía aglutinando, más o menos de cincuenta a cien personas.

Señaló, que a eso de las 15H00, tuvo una diligencia de reconocimiento de lugar de los hechos, pretendió salir y toda la gente se fue contra él, le decían "*devuélvenos a Alcoser que queremos hacer justicia indígena*"; le solicitaron reunirse con unas ocho personas, más o menos, en un consultorio jurídico privado ubicado junto a la Fiscalía; en el lugar se encontraban un doctor Maula, doctor Llumi, Ati Curicama quien decía ser el coordinador nacional de justicia indígena y era quien agitaba a la gente; la gente solicitaba llevarse a Alcoser para hablar de las denuncias presentadas públicamente contra el Alcalde; indicó, que luego llegó el Coronel Muñoz quien pedía que se llegue a una conciliación pacífica y no se atenten contra los bienes, el cual se comunicaba telefónicamente con el Alcalde de que se decía estaba en la ciudad de Quito; la gente insistió que querían llevarle a Alcoser; a las 23H00 llegó el Alcalde, la gente solicitó que le bajaran a Alcoser hasta la vereda, le hicieron preguntas como *¿por qué denunció al Alcalde?*; mientras él respondería, la gente le insultaba, luego hablaba el Alcalde y aplaudían.

Señaló, que entre otras personas, pudo observar a Tomás Roldán hermano del Alcalde, quien incitaba a la gente; el señor Caranqui, el cual iba de un lado a otro, hablaba en el oído a la persona que hacía la pregunta; le solicitó que no incite a la gente y no tome esa actitud; a eso de las 01H30 subió al tercer piso de la Fiscalía y escuchó un estruendo fuerte como que se rompían vidrios y todos gritaban, subieron un grupo de gente le abordaron y empezaron a insultarle y le decían "*ahora llevémosle a la comunidad para ser castigado*", le despojaron de la corbata, lentes, le golpearon, le llevaron a la parte externa de la Fiscalía; se escuchaban insultos, la policía era agredida al otro lado; señala, que cuando estuvo en la iglesia los policías le dijeron que se saque la leva y corriera a la UPC.

Manifestó, que a eso de las 06H00, constató unos palos quemados, puertas y ventanas destrozadas, sillas de igual forma; con los peritos constataron que faltaban documentos.

- Testimonio de José Joaquín Valente Guamán (Secretario de la Fiscalía de Guamote), quien señaló, que aquel día se había dispuesto recibir la versión de Alcoser; previamente conocían de ciertos rumores de que la gente se estaba reuniendo para llevarlo a alguna comunidad para aplicarle la justicia indígena; tomaron precauciones comunicando al UPC de Guamote; a eso de las 10H00, llegó el Fiscal y subió a una audiencia en el juzgado; Alcoser llegó para rendir la versión y cuando se prestaba a abandonar las oficinas de la Fiscalía la gente no le dejó salir y todos se quedaron dentro de la Fiscalía; indicó, que por la tarde bajó a la calle principal con la finalidad de cumplir con una diligencia y por el ventanal vio que lo rodearon varias personas y le impidieron que se movilice, vio ciertos forcejeos y que lo condujeron a las oficinas de un abogado Condo; posteriormente, el Fiscal logró salir de esa oficina, golpeó la puerta e ingresó nuevamente a Fiscalía, desde las 15H00 hasta las 18H00 que abandonó las oficinas de la Fiscalía.
  - Testimonio de Paca Felicidad Alcoser Saltos; quien manifestó, que el jueves 6 de junio del 2013, su hermano le pidió que lo acompañe a la Fiscalía a rendir una versión; mientras su hermano rendía la versión, llegó el señor Llumi con un grupo de personas; terminada la versión quisieron salir de la Fiscalía y groseramente no les dejaron; indicó, que en el lugar estuvo Caranqui con un grupo de personas, y en la noche llegó el Alcalde quién hablo con Llumi; se escuchaba gritos que le iban a castigar a su hermano; posteriormente rompieron puertas, vidrios y por la ventana pudo ver que quemaban llantas; en la madrugada llegó el Fiscal Provincial, el Gobernador, miembros del GOE y un Coronel de la Policía, sabía que algo le pedían a su hermano y ella le pidió que arregle para que no le hagan daño; precisó, que Caranqui era quien iba de lado a lado y enseñaba a la gente lo que debía decir; Llumi, no les dejaba salir y era quien les hablaba en quichua a las personas de la puerta; también estaba Tomás Roldán y escuchaba que querían llevarle a su hermano a la comuna para bañarle; indicó, que no les daban ni de comer.
  - Testimonio Edinson Salomón Alcoser Saltos (acusador particular); quien manifestó, que fue llamado a la Fiscalía de Guamote el 6 de junio del 2013, a rendir una versión de falso testimonio; había preocupación porque con anterioridad le comunicaron que le iban a hacer justicia indígena; señaló, que antes de llegar a Guamote, llamó a la Fiscalía para que le den las garantías necesarias, manifestándole que no había problema y que acuda; pidió resguardo policial pues tenía miedo de que hayan represalias en su contra; cuando llegó a la Fiscalía subió al segundo piso en donde el secretario le manifestó que esperara ya que el Fiscal había salido a una diligencia; el secretario llamó a Llumi, el cual llegó posteriormente; por la ventana se dieron cuenta que estaba llegando a la Fiscalía, luego llegó la policía y el Fiscal, le tomó la versión y cuando quisieron salir vieron que había demasiada gente; Llumi estaba parado en las gradas, y su hermana le preguntó que si era empleado municipal, qué hacía allí, y que se vaya a trabajar; a lo cual le respondió: “*a usted que le importa, que había un asunto que arreglar con el Alcalde y que si no se arreglaba no podía salir*”; indicó que, nuevamente miraron por la ventana, y la gente se seguía aglomerando, entre ellos estaba el hermano del Alcalde, Tomás Roldán, el ex concejal Carlos Guaraca, otros miembros, hombres y mujeres indígenas
- Precisó, que no les dejaron salir, su abogado logró hacerlo porque era desconocido; a él le dijeron que mientras no llegue el Alcalde no podía salir, que estaban por llegar una especie de jueces indígenas ya que iba a ser juzgado por la justicia indígena; posteriormente llegó el Coronel Marco Muñoz quien pedía a la gente que lo dejen salir, que lo que estaban haciendo era ilegal, que no podían retener a la fuerza a Alcoser.

Señaló, que cuando llegó el Alcalde solicitaban al fiscal, doctor Parco, que sea llevado al Coliseo, a lo cual él se negó porque era algo ilegal; accedió a tener un careo pero cuando hablaba sobre la denuncia la gente hacían bulla, pero cuando hablaba el Alcalde hacían silencio y le aplaudían; por lo que la policía tuvo que ingresarlo nuevamente a la Fiscalía, con su hermana y cuñada; no podían salir; precisó, que cuando quiso salir el Fiscal, los indígenas lo agredieron, pedían hacer justicia indígena, a lo cual les dijo que él no podía dejar que pase eso; y, permanecieron hasta las 05H00 de la mañana, llegó Yupanqui quien dijo ser representante de los indígenas, a quien le dijo el por qué no accedía a hablar con la gente, pues tenía miedo ya que empezaron a quemar palos, romper vidrios; a los pocos minutos llegó el Alcalde y le dijo *“por qué me metes en este problema, no me hagas daño, vamos a elaborar un acta en el Municipio para que firmes”*; luego llegó el Gobernador y el Alcalde manifestó que no pasaba nada que ya todo estaba arreglado; salieron a la calle comunicando al Alcalde que habían llegado a un acuerdo.

Indicó, que él pedía que le dejaran ir a visitar a sus tiernos hijos, ante lo cual le dijeron que accederían siempre y cuando firme el acta; se dirigió a su casa, conversó con su familia y vieron que lo mejor era irse a Riobamba; pero le rodearon el automotor y no lograron salir; no firmó el acta.

- Testimonio de Juan de Dios Roldán Arellano (alcalde-procesado), quien en uso de su facultad constitucional, se acogió al derecho al silencio.

- Testimonio de José Manuel Llumi Pintac (procesado), quien manifestó que el 6 de junio de 2013, se encontraba laborando como secretario del Municipio, llegó a conocer que Alcoser debía rendir su versión en la Fiscalía a las 9H00, por un documento que llegó a sus manos; acudió a la Fiscalía pero le dijeron que Alcoser no se había presentado; señaló que José Valente (secretario de la Fiscalía) le llamó para informarle a eso de las 11H15, ya había llegado Alcoser a rendir su versión; acudió con el doctor Valarezo abogado defensor del alcalde; precisó, que no era su función como secretario acompañar al abogado del Alcalde en sus trámites personales, pero como el Alcalde se encontraba en una reunión en Quito, le pidió de favor que vaya en su representación; indicó, que cuando llegó al lugar estaba resguardado por miembros de la Policía Nacional y los guardias de seguridad de la Fiscalía, habían alrededor de treinta personas aglomeradas en las afueras de la Fiscalía; se identificó con la policía, informando que el secretario de la Fiscalía lo había llamado, pudo subir y constató la presencia de Alcoser.

Señaló, que ese día conoció al señor Alcoser, pudo observar que se acogió al derecho al silencio; cuando terminó la diligencia él salió a las oficinas del juzgado para solicitar un juicio de prescripción, luego bajó y en las gradas la hermana y cuñada de Alcoser intentaron agredirle, y se retiró a su oficina; a eso de las 17H00, cuando salió vio a bastante gente, dos patrulleros y uniformados en las afueras de la Fiscalía; a las 18H00 ingresó a la Fiscalía por invitación de Ati Curicama, observó a Alcoser, su cuñada, su hermana y el Fiscal que conversaban con un abogado.

Manifestó, que él no impidió la salida de Alcoser, más bien él le pidió que arreglen, a lo cual le había contestado que él no está haciendo problema, sino que el error era del Alcalde; llegó bastante gente al lugar con los dirigentes, más o menos unas 300 personas; a él se le bajó la presión y la policía le dio un vaso de cola; miró que Alcoser y las demás personas estaban comiendo.

Indicó, que Ati Curicama fue quien señaló que había que hacer “yaguinchí” (careo) entre el Alcalde y Alcoser; a las 23H00, aproximadamente, escuchó que le estaban arrastrando al Alcalde y por eso pidió a la policía que le abra la puerta para salir y encontrarle; unas personas le rodeaban al Alcalde y otras gritaban que baje Alcoser para hacer “yaguinchí”; el doctor Patricio Parco y Alcoser acompañados de la policía bajaron a la

puerta de ingreso de la Fiscalía, y ahí ellos expusieron cuáles eran los problemas entre ellos; señaló, que luego él regresó por su cuenta propia a la Fiscalía.

- Testimonio de Juan Rudecinco Caranqui Tenesaca (procesado), quien señaló que el 6 de junio de 2013, estuvo trabajando en el Municipio; al pasar por la Fiscalía entre las 09H00 y 10H00, vio que se encontraban de 10 a 20 persona; luego del almuerzo y a las 15H00 pasó otra vez, y había más gente; la novedad era de que Alcoser había ido a rendir una versión; precisó, que no sabía quién no más estaba allí, pues la gente iba y venía; permaneció en el lugar desde las 18H00 hasta la 01H00.

Indicó, que si vio la llegada del Alcalde, también el “yaguinchí”; y salir a Alcoser con un piquete de policías; precisó, no haber visto si LLumi estuvo en el lugar, o si Alcoser recibió agresiones; que no había ninguna consigna, pero sí escuchó que esperaban al Alcalde para que esclarezca el problema; que no conoce a Francisco Bravo; que ese día no visitó Radio Guamote; que no estuvo conversando con los dirigentes que estaban presentes en la Fiscalía; desconoce el problema entre el Alcalde y Alcoser, sólo sabía que era un problema de dinero; y, que aquel día no recibió llamadas del Alcalde.

## 1.2.- Sustanciación del recurso de casación

A la presente sentencia, que pone fin al recurso de casación interpuesto por el procesado, le han antecedido los siguientes actos procesales, que denotan su validez:

- Providencia de 23 de octubre de 2015, las 09h43, dictada por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, mediante la cual se concede el recurso de casación interpuesto por los procesados José Manuel Llumi Pintac, Juan de Dios Roldán Arellano y Juan Rudecindo Caranqui, y dispone la remisión a la Corte Nacional de Justicia.
- Sorteo de la causa Nro. 17721-2015-1575, efectuado por la Presidencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, correspondiendo el conocimiento del recurso al Tribunal integrado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional Ponente; y los doctores Jorge M. Blum Carcelén y Miguel Jurado Fabara Jueces Nacionales.
- Auto de 2 de febrero de 2017, las 16h43, mediante el cual el Tribunal Casacional, avoca conocimiento de este recurso y convoca a la audiencia correspondiente.
- Audiencia oral, pública y contradictoria, en la que fueron escuchados tanto la defensa técnica de los recurrentes; como la acusación particular y la Fiscalía General del Estado.

### 1.3.- Cargos planteados en la fundamentación, por los recurrentes José Manuel Llumi Pintac, Juan de Dios Roldán Arellano y Juan Rudecindo Caranqui.

Durante la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, el doctor Milton Castillo Maldonado, como defensa técnica de los recurrentes, esgrimió los siguientes “cargos” en contra de la sentencia impugnada:

- **“Indebida aplicación de normas de derecho” [arts. 188, y 189.1 CP; 84, 89, 90, 119, 250 y 252 del CPP ]**

Señala, que la sentencia emitida por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, dictada el 10 de agosto de 2015, la cual, en su considerando undécimo, dice que sus defendidos son autores del delito de plagio, en el grado de tentativa, tipificado en el artículo 188 y sancionado por el artículo 189.1 del CP; adolece de indebida aplicación, precisamente, de esos dos artículos.

Indica, que no existe concordancia con el 304.A CPP; no se ha demostrado la existencia de la infracción, ni tampoco la responsabilidad de los acusados, por cuanto es esencial para todo delito; principalmente al tenor de dicho artículo, la materialidad de la infracción, la cual no se ha demostrado, ni se ha aplicado el verbo rector del tipo penal de plagio, que es atentar contra la libertad personal.

Manifiesta, que las normas aplicables a la valoración de la prueba contenidas en los artículos 84, 89, 90, 119, 250 y 252 CPP, tampoco fueron tomadas en cuenta; Juan de Dios Roldán, al momento de la supuesta infracción, tenía la calidad de alcalde, por lo tanto se viola el artículo 76.3 CRE, que dice que todos tenemos de ser juzgados por autoridad competente; es decir, gozaba de feroe tal como lo establece el artículo 208 COFJ; lo cual no fue considerado en su momento por la Fiscalía, la cual tampoco aparejó documento alguno que acredite la calidad de acusado; lo cual, señala, deriva en otras violaciones a otros derechos constitucionales (debido proceso, tutela judicial efectiva, etc.), que solo son referidos de manera tangencial en la argumentación.

Indica, que el alcalde así como las personas que le acompañaban (procurador síndico y su chofer, los señores Llumi y Caranqui), tampoco le quitaron en ningún momento la libertad al señor Alcocer; no se evidencia del proceso nada al respecto; cuestiona, que si el plagio es un delito de resultado, no cabe la tentativa para privar a una persona de libertad; dice, que para que exista el tipo penal, tiene que haberse quitado la libertad efectivamente, como por ejemplo el delito de lesiones se muestra con las pruebas forenses que hubo agresión, si no se evidencia aquello en el informe, no existe delito; para el plagio no existe tentativa y de ahí la

violación al artículo 16 CP y al tipo penal del artículo 189; el delito de plagio en la doctrina jurídica es un delito de resultado, no pueden haber meras intenciones para plagiar; quitar la libertad es un hecho fáctico, real, que se evidencia y se prueba en un lugar y momento determinado, no en la imaginación ni en un movimiento.

Manifiesta que, además, existe abundante prueba que obra del expediente que señalan que el alcalde no se encontraba el día de los acontecimientos (16 de junio de 2013) cerca del supuesto plagiado, ni que fue autor intelectual, o que los señores Llumi y Caranqui fueron autores materiales de ninguna infracción.

- ***“Violación al derecho constitucional esencial establecido en el artículo 76.7,I) CRE” [motivación]***

Precisa, de manera subsidiaria, que cuando los jueces de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo dictan sentencia, dicen que los autores subsumieron su conducta al tipo penal mencionado en grado de tentativa, pero la subsunción es ese ejercicio lógico que empata los hechos con el derecho y no basta mencionar normas jurídicas, hay que hacer una relación lógica y directa después de que Fiscalía haya aportado en el proceso en la etapa investigativa, todas las presunciones y elementos de convicción claros, concordantes, se puede llegar a una certeza en la existencia de la infracción y en la materialidad de la misma; señala, que la sentencia no tiene un análisis de eso porque Fiscalía no aportó ningún elemento de convicción, son argumentos meta jurídicos los que mueven a los jueces de la Corte Provincial de Chimborazo a emitir la sentencia;

Solicita que, sin perjuicio de que se acepte el recurso de casación, se considere la falta de motivación de la sentencia y la nulidad de la misma.

#### **1.4.- Contestación del recurso por parte de la Fiscalía General del Estado**

La doctora Paulina Garcés, delegada del señor Fiscal General del Estado, contestó a los argumentos de los impugnantes en la siguiente forma:

Indica, que si bien se ha identificado la sentencia materia de la impugnación, y se ha señalado que existe una causal de indebida aplicación de normas de derecho; no se ha realizado un análisis conforme lo ha establecido la Corte; precisó, que para el recurso casacional deben cumplirse varios requisitos: el primero, determinar la sentencia sobre la cual versa la impugnación; segundo, la

causal escogida para poder hacer la revisión casacional; y, tercero, el hecho de explicar lógicamente cómo se produce la violación de la ley en la sentencia.

Precisa, que se habla sobre la actuación de Fiscalía, se dice que no aportó pruebas, y que no tuvo la actuación que esperaban; sin embargo, señala, tal tema no es uno que pueda ser tratado dentro de un recurso casacional, no estamos frente a lo que la Fiscalía hizo o dejó de hacer, sino, si el juzgador en su ejercicio de seleccionar una norma, lo hizo bajo los parámetros del derecho sustancial.

Manifiesta, que en este caso existe un doble conforme de condena, el tribunal de primera instancia, que es una de las Salas de la Corte de Justicia de Chimborazo, si se reconoció el tema de fero, y luego la Sala de Apelación, confirman una sentencia de condena en contra de las tres personas; señala, que los dos Tribunales concuerdan y establecen la existencia de la infracción, la materialidad y la responsabilidad; indica, que la tentativa de plagio se da dentro de una institución pública (edificio de la Fiscalía General del Estado en la ciudad de Guamote), en donde se produjeron los hechos, hubo destrucción de las instalaciones y heridos como consecuencia de la actuación de estas personas que fueron identificadas y están bajo proceso; por lo que, considera, que hubo violación de los artículos 188 y 189 del CP, en concordancia con el artículo 304.A del CPP, porque no se aplicó el verbo rector que es atentar contra la libertad personal, sin embargo, señala, al revisar la sentencia se encuentra que estos elementos si se dieron y marcaron la decisión del juzgador.

Señala que, por lo tanto, las argumentaciones se relacionan con una inconformidad con lo que han decidido los tribunales inferiores; no se ha podido establecer la violación que se ha señalado; el artículo 76.3 CRE habla del principio de legalidad, mismo que está debidamente cumplido porque las normas con las cuales se desarrolló la investigación fiscal y la decisión del juzgador, son normas establecidas en el Código Penal; o hubo una sanción fuera de esos argumentos que están tipificados como infracción penal; por otra parte, se ha juzgado a una persona ante su juez competente y se observó el trámite propio de este procedimiento.

Precisa que, por lo tanto, no se llega a configurar la violación de la ley que la defensa de los procesados ha señalado, en cuanto a la falta de motivación; la sentencia de la Sala Especializada de lo Penal de Chimborazo hace un análisis de los elementos probatorios, establece cuáles son los hechos que se declaran probados y además cuáles son los elementos en los que se sustenta la acusación y la sentencia.

Concluye, que Fiscalía estima que más allá de tal inconformidad, no ha existido una fundamentación adecuada que pueda cumplir con lo determinado en el artículo 349 CPP, que establece que quien opta por la vía casacional, tiene que determinar la violación de la ley, las

causales, no ir a temas probatorios ni de hechos ya probados, y debe establecer la clara definición del error de derecho; lo cual no ha sucedido, por lo que solicita que se deseche el recurso al no haber sido fundamentado.

### **1.5.- Intervención de la acusación particular Edison Salomón Alcocer Santos**

El doctor Luis Morales Solís, patrocinador del acusador particular, manifestó que:

Se adhiere a lo expresado por Fiscalía; precisa que estuvo presente el día hora y lugar que se produjo el plagio y fue uno de los plagiados; que por suerte, al no haber sido identificado por los indígenas que dirigía el alcalde de Guamote, pudo salir del lugar camuflado, pero su defendido no pudo hacerlo.

Señala, que quienes cometieron el plagio preparado por el alcalde y sus dos funcionarios municipales, inventaron una denuncia en contra de su defendido para fuera a Guamote, pues su residencia normal estaba en Riobamba; al llegar a la diligencia judicial ya tenían preparado el plagio, en cuanto se sentó a rendir su versión, a al cual, indica, asistió porque era necesario que lo haga y que como abogado lo acompañó para pedir al Fiscal el archivo la causa, se suscitó el hecho.

Manifiesta, que se han cumplido todos los requisitos, que como parte interesada (conocedores del derecho) solicitaron y agregaron el nombramiento del Alcalde de Guamote; la instancia investigativa la conoció el Fiscal Provincial de Chimborazo y el juez competente por el fuero, fue la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, en apelación conoció la misma Corte Provincial, pues así lo dispone el procedimiento; no se han incumplido los preceptos enunciados del artículo 76.3 CRE, se siguió el procedimiento correcto del Código Penal y de Procedimiento Penal; la tipificación del delito de los artículos 188 y 189 CP, ha sido evidenciada por Fiscalía y sancionada por los magistrados de la Corte Provincial de Chimborazo.

Manifiesta, que la defensa técnica de los acusados, no ha referido sobre cuál de las sentencias hace su interposición, si la de primera o segunda instancia, que es requisito fundamental para que se pueda definir en dónde se cometió el error, en qué acción o actividad resolutiva; no se ha determinado ni demostrado la indebida aplicación de la ley; indica, que los magistrados de la Corte Provincial, siendo un Tribunal con experiencia y competencia al igual que el Fiscal Provincial, no pudieron equivocarse; todo el proceso ha sido debidamente tramitado y sus sentencias han sido dictadas correctamente.

Concluye, reiterando el acogerse a lo expresado por Fiscalía, que se rechace el recurso de casación, para que los acusados y sentenciados cumplan su condena conforme es la expectativa del pueblo de Chimborazo y de Guamote.

## 2.- ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES A SER EXAMINADOS POR EL TRIBUNAL DE CASACIÓN

### 2.1.- Competencia

Este órgano jurisdiccional, es competente para conocer de la presente causa, en virtud de lo establecido en los artículos 184.1 de la CRE; 160.1 y 186.2 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ); y, 30.2 y 349 CPP.

Efectuado el sorteo de ley, y los actos procesales que constan descritos en el numeral 1.2 *supra*, este Tribunal de Casación ha quedado integrado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional Ponente; y los doctores Jorge M. Blum Carcelén y Miguel Jurado Fabara, Jueces Nacionales.

Este recurso de casación, ha sido tramitado conforme a las normas de los artículos 349 al 358 del CPP, vigente a la época de los hechos; de igual forma se ha aplicado lo que dispone el artículo 76.3 de la CRE.

### 2.2.- Análisis de los cargos propuestos

Previo a despejar lo argüido y/o los cargos planteado por los recurrentes, este Tribunal considera necesario reparar, así como se lo ha hecho en innúmeras resoluciones de este órgano jurisdiccional, que el recurso de casación, como un recurso extraordinario, a diferencia de los recursos ordinarios que se ejercen en las instancias, tiene finalidades específicas determinadas en la ley (violación de la ley, ya por: **i)** contravención expresa de su texto; **ii)** indebida aplicación; y/o, **iii)** errónea interpretación); circunscritas a la reparación de los yerros en el fallo impugnado<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> En cuanto a las causales casacionales éste órgano jurisdiccional ha señalado: “(...) **a)** *Error de omisión*, que es al que se refiere el mencionado artículo al indicar la contravención expresa del texto de la ley, y que se configura cuando, dada una circunstancia táctica probada, el juzgador no aplica la norma jurídica correspondiente; **b)** *Error de pertinencia*, referido por el artículo 349 ejusdem, como indebida aplicación de la ley, que se presenta cuando establecida una circunstancia táctica probada, el juzgador aplica para su resolución una norma jurídica que no tiene como supuesto de hecho a ésta; y, **c)** *Error de interpretación*, en el que el juez selecciona correctamente la norma y la adecúa al caso, pero al interpretar el precepto le atribuye un sentido que no tiene o le asigna efectos distintos o contrarios a su contenido, en definitiva, confunde el sentido y alcance de la norma aplicada.” [CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Ponencia de la Dra. Gladys Terán Sierra. Resolución Nro. 942-2013, mediante la cual se resuelve el recurso de casación signado con el Nro. 508-2013]

En cuanto a los parámetros para analizar el recurso extraordinario de casación, aquello ha sido descrito de la siguiente forma:

(...) La interposición del recurso de casación por parte de uno de los sujetos procesales, impone en ellos tres obligaciones para su debida fundamentación: **a)** La determinación de un artículo específico, vigente dentro del ordenamiento jurídico, que se considere vulnerado mediante la sentencia expedida por el juzgador de última instancia; **b)** La adecuación de esa vulneración a una de las causales que taxativamente prevé el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, para la procedencia del recurso de casación, con la finalidad de indicar si la violación del ordenamiento jurídico responde a su falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación; y, **c)** Los argumentos jurídicos que sustentan el haber interpuesto este recurso extraordinario, en los cuales debe hacerse mención a la parte de la sentencia del Tribunal *ad quem* que contiene la vulneración; la comparación entre la interpretación o aplicación del ordenamiento jurídico que, a criterio del recurrente, debía efectuarse y aquella que realizó el órgano jurisdiccional de instancia; y, por último, la trascendencia del error de derecho que se ha presentado en el fallo impugnado, esto es, como ha influenciado en su parte dispositiva.(...)<sup>3</sup>

#### **2.2.1.- “Violación al derecho constitucional esencial establecido en el artículo 76.7,I) CRE”**

Este Tribunal Casacional, procede a despejar de manera primigenia el tema atinente a la “motivación” de la sentencia del *ad quem*; todo ello, con el objeto de analizar si efectivamente el fallo ahora recurrido, se encuentra o no motivado; puesto que, de ser así, se vuelve menester reparar, que sin este requisito indispensable que garantiza, entre otros, la seguridad jurídica, mal podría entrar a examinarse las violaciones legales en sede de casación<sup>4</sup>.

Acorde con la defensa técnica de los casacionistas, la sentencia impugnada ha incurrido en falta de motivación; por cuanto, a su decir, el Tribunal de Apelación al dictar la sentencia y señalar que los procesados subsumieron su conducta al tipo penal de plagio en el grado de tentativa, no realizan la subsunción que es el ejercicio lógico que empata los hechos con el derecho; pues, indican, que no basta mencionar normas jurídicas sino que se debe hacer una relación lógica y directa, luego de que la Fiscalía haya aportado, durante el proceso, todas las

<sup>3</sup> CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sal Especializada de lo Penal, Penal Militar y Tránsito, Recurso de Casación No. 1389-2012. Merino Oñate y Chicaiza Maridueña vs Tercera Sala de lo Penal, Colusorio y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

<sup>4</sup> Este órgano jurisdiccional ha señalado que: “...para que la Corte nacional de Justicia entre a resolver los cargos que el casacionista enuncia en contra de la sentencia del *ad quem*, se requiere que dicha sentencia esté completa, entendiendo por esto el que los fundamentos de hecho y de derecho del juzgador de último nivel se encuentren expresados en el fallo, independientemente de que dichos fundamentos sean correctos o incorrectos, cuestión que va a constituirse en el tema decidendi del fallo de casación (...).” (CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal. Recurso de casación No. 186-2012. Resolución No. 46-2013)

presunciones y elementos de convicción, para poder llegar a la certeza de la existencia de la infracción; manifiestan, que la sentencia no analiza aquello, pues, Fiscalía no aportó ningún elemento de convicción; y, que los jueces de la Corte Provincial de Chimborazo, se han movido con argumentos meta jurídicos para emitir la sentencia.

Ahora bien, frente a este tema, el Tribunal de Casación debe precisar que en anteriores fallos, ya se ha manifestado a favor de la posibilidad de que los recurrentes aleguen falta de motivación, precisando que: “(...)se debe recordar que la casación es una confrontación entre la legislación vigente y la sentencia de última instancia, por lo que la falta de motivación en esta última, inevitablemente imposibilitará la labor analítica del órgano jurisdiccional encargado de resolverla, al no contar con los razonamientos del juzgador de apelación que lo han llevado a decidir de una u otra manera.<sup>5</sup> Más sin embargo, también se ha especificado, en las sentencias de este órgano jurisdiccional, que los cargos de falta de motivación que puede revisar, se refieren a cuando ella “de plano (...) es inexistente, o porque uno de los elementos que la presuponen, ya sea los fundamentos de hecho o de derecho, faltan al revisar el fallo del juzgador (...)”<sup>6</sup>.

De allí que, tomando en consideración lo precisado, este Tribunal, luego de haber analizado la fundamentación del recurso con base a la inmotivación de la sentencia impugnada, esto es la dictada por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Chimborazo, de 8 de octubre de 2015, las 14h27; y que consta referida en el punto 1.1 de este fallo, encuentra que está motivada; pues, el tribunal *ad quem*, en su sentencia, analiza los medios probatorios presentados y establece los hechos que considera probados, cumpliendo con ello con la respectiva motivación fáctica; es así, que la sentencia recurrida –la del Tribunal de Apelación-, al confirmar la del Tribunal de Juicio, bajo el principio de inescindibilidad constituye una sola; y es en donde los juzgadores de instancia fijan los hechos, y sobre todo realizan, por así corresponderles, el ejercicio de valoración de la prueba que se halla consignado en sus fallos, y han determinado que la materialidad de la infracción y la responsabilidad han sido comprobadas.

El fallo del Tribunal de Apelación –sentencia ahora recurrida-, se encuentra compuesto de trece considerandos, en los que se abordan temas como: jurisdicción y competencia (1); fundamentación y análisis del recurso de apelación (2, 3 y 4); el origen del proceso –relato fáctico y actuaciones procesales- (5); detalle de la prueba actuada en el juicio –en donde se enumera y detalla todo el acervo probatorio (6); testimonio del acusador particular (7);

<sup>5</sup> CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Sentencia que pone fin al recurso de casación signado con el Nro. 402-2015. *Estado Ecuatoriano Vs. Nicola Villacrés (Peculado)*.

<sup>6</sup> CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Sentencia que pone fin al recurso de casación signado con el Nro. 608-2013. *Estado Ecuatoriano Vs. Lasso et al. (Plagio)*.

testimonios de los procesados (8); pruebas de descargo (9); análisis de la Sala *ad quem* (10); referencia jurisprudencial con abstracción al caso (11); y, referencia de la valoración probatoria (12).

Este Tribunal observa que la sentencia impugnada, se encuentra debidamente motivada y/o justificada, tanto en los hechos como en el derecho aplicado; conforme se evidencia, al citar a continuación, los considerandos 10, 11 y 12, que en lo principal, señalan:

(...) DÉCIMO.- Fiscalía ha justificado los agravios que ha sufrido Edinson Alcoser, con las pericias practicadas inicialmente con los testimonios de Hermuy Calle Verzozi, quien en la parte pertinente indica que en la puerta de ingreso de la Fiscalía se encontraba LLumi Pintac al igual que un grupo de personas indígenas, por otra parte el ofendido señala que éste, estaba en las gradas del edificio, lo cual es concordante con lo señalado por el Coronel Marco Muñoz quien le solicitaba a la multitud le dejen salir del edificio a Alcoser como también se determina que Llumi Pintac dirigía la reunión con los líderes indígenas y que era muy prepotente y que señalaba constantemente que se encuentra en conversación con el alcalde quien se encontraba en una reunión en Quito. En lo concerniente a la participación de Juan de Dios Roldán, esta se encuentra dada cuando se refiere a Alcoser al indicar textualmente “porqué me metes en este problema no me hagas daño, vamos a elaborar un acta en el Municipio para que firmes”, además había indicado haber llegado a un acuerdo por lo que no firma el acta respectiva ya que éste solicitó le dejen ir a visitar a sus tiernos hijos, se advierte que Edinson Alcoser reconoce plenamente a Juan de Dios Roldán de quien recibió agresiones verbales y se encontraba retenido desde las once de la mañana aproximadamente hasta las cinco o seis de la mañana del siguiente. En cuanto a la participación de Juan Rudecindo Caranqui, esta se encuentra dada con el testimonio del Dr. Patricio Parco Yuquilema, quien señala que éste se iba de un lado a otro a hablar con las personas al oído para que ésta realice las preguntas, mirando esta actitud el señor fiscal solicitó que no incite a la gente, escuchando un estruendo fuerte, destrucción de vidrios y que un grupo de personas lo abordaron y empezaron a insultarle con el ánimo de llevarle a la comunidad y ser castigado; advirtiendo que el señor fiscal determina con precisión la presencia de Juan Rudecindo Caranqui en lugar de los hechos, todos los indicios existentes condujeron a presumir la existencia de la infracción, por lo que en el juicio se demostró con certeza la existencia del delito y que los acusados son responsables del mismo al considerar los testimonios tanto de la víctima como de connotados personajes que se encontraban en el lugar de los hechos y relatan en forma pormenorizada la participación de los acusados. (subrayado fuera de texto)

En el considerando 11, luego de hacer referencia a jurisprudencia en torno al delito de plagio – tentativa, señala:

(...) Es de advertir que Edinson Alcoser no podía salir del interior del edificio de la Fiscalía porque existió fuerza y maltratos a fin de que realice un acta de mutuo acuerdo con Juan de Dios Roldán por hechos anteriores, se estableció que los acusados habían planificado con anticipación por lo que la sentencia dada se ajusta a los cánones procesales tanto en la etapa comprobatoria y

valorativa, inequívocamente que los sujetos ya nombrados fueron los actores del delito en el grado de tentativa, se advierte que se encuentra demostrado el reconocimiento e informe del lugar de los hechos en el que fue interceptado a la fuerza Edinson Alcoser mismo que el lugar no podía abandonar; también se ha establecido como resultado material de la infracción los daños ocasionados al inmueble de fiscalía que hace relación el Dr. Patricio Parco. (...) (subrayado fuera de texto)

Acto seguido, consta el análisis de la tentativa como grado delictivo; y finalmente en el considerando 12, se precisa, sobre la base del acervo probatorio, y la valoración realizada por los juzgadores de instancia, que la responsabilidad de los procesados, misma que se detalle individualmente, se ha comprobado.

Sobre la base de lo indicado, deviene que, la alegación de falta de motivación, y *per se*, de una declaratoria de nulidad por falta de esta garantía constitucional, no prospera.

#### **2.2.2.- Indebida aplicación de los artículos 188 y 189.1 CP; 84, 89, 90, 119, 250 y 252 CPP**

Para sustentar este cargo, la defensa técnica de los recurrentes señaló, de manera nuclear que: en la sentencia impugnada se hace una “indebida aplicación” de los artículos 188, y 189.1 CP, que tipifican y sancionan al delito de plagio; que no existe concordancia con el artículo 304<sup>a</sup> CPP, pues, a su decir, no se ha demostrado la existencia de la infracción, ni la responsabilidad de los procesados; que no se ha aplicado el verbo rector del tipo penal de plagio, que es atentar contra la libertad personal; que las normas de la valoración de la prueba (arts. 84, 89, 90, 119, 250 y 252 CPP), tampoco fueron aplicadas; que se viola el artículo 76.3 CRE, en cuanto al derecho a ser juzgados por autoridad competente –aquello dado que Juan Roldán era Alcalde de Guamote y gozaba de fuero-, lo cual, dicen, no fue considerado por la Fiscalía; que se violan otros derechos constitucionales (debido proceso, tutela judicial efectiva, etc.), que solo son referidos de manera tangencial en la argumentación; y, que se viola el artículo 16 y 189 CP, ya que, señalan, que si el plagio es un delito de resultado, no cabe la tentativa para privar a una persona de su libertad; que para que exista el tipo penal, tiene que haberse quitado la libertad efectivamente.

Así planteado el argumento y/o cargo casacional, el cual estriba en el denominado “error de pertinencia”, referido por el artículo 349 CPP, como indebida aplicación de la ley, el cual se presenta cuando establecida una circunstancia fáctica probada, el juzgador aplica para su resolución una norma jurídica que no tiene como supuesto de hecho el que prevé la norma; y

que en el caso concreto se ha alegado, de manera nuclear, la violación de la ley por indebida aplicación de los artículos 188, 189 y 16 del CP, que tipifican el delito de plagio y la tentativa; este Tribunal de Casación, desde el rol de órgano de control de la legalidad de los fallos emitidos por los jueces de instancia, y de subsanador de yerros jurídicos en la sentencia -en el caso de haberlos-; consideramos pertinente realizar el abordaje del delito referido, así como la participación en el grado de tentativa, para determinar si efectivamente existe el error *in iure* planteado.

- **Acerca del delito de plagio o secuestro**

El delito *in commento* –acorde con la fecha de los hechos y la norma aplicable-, constaba tipificado en el Libro II, De los Delitos en particular; Título II, De los Delitos contra las garantías constitucionales y la igualdad racial; Capítulo III, De los Delitos contra la libertad individual; artículo 188, que señala:

**Art. 188.-** El delito del plagio se comete apoderándose de otra persona por medio de violencias, amenazas, seducción o engaño, sea para venderla o ponerla contra su voluntad al servicio de otra, o para obtener cualquier utilidad, o para obligarla a pagar rescate o entregar una cosa mueble, o extender, entregar o firmar un documento que surta o pueda surtir efectos jurídicos, o para obligarla a que haga u omita hacer algo, o para obligar a un tercero a que ejecute uno de los actos indicados tendiente a la liberación del plagiado.

Ahora bien, ya contextualizado el origen etimológico de las palabras plagio y secuestro, es preciso citar ahora varias definiciones, a fin de distinguir el significado de cada uno de estos términos, mismos que han sido utilizados indistintamente para referirse tanto a la infracción que afecta al bien jurídico protegido “derecho de autor” como a la “libertad personal”.

Gustavo Labatut, respecto del secuestro, señala que “...comprende toda privación de la libertad personal, tomada esta expresión en sentido restrictivo de la libertad física y concretamente de libertad ambulatoria, o sea, del derecho que tienen los individuos de desplazarse de un lugar a otro o de permanecer en uno determinado.”<sup>7</sup>; de su parte, Giuseppe Maggiore, dice que “el plagio consiste en someter a una persona al propio poder, reduciéndola a un estado de sujeción”<sup>8</sup>.

De las definiciones señaladas, se puede colegir que el delito de plagio o secuestro, consiste en privar ilegalmente de la libertad a una persona con fines de lucro o venganza, por medio de la violencia física o moral; para varios autores, la esencia de este delito, consiste en

<sup>7</sup> LABATUT G., Gustavo “Derecho Penal Tomo II”. Chile, Editorial Jurídica de Chile, 6<sup>a</sup>. ed., 1977. p 35

<sup>8</sup> MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal*. Vol. I, II, III. Ed. Temis. Buenos Aires-Argentina. 1995

poner materialmente a una persona en tales condiciones que no puedan usar la libertad de locomoción, totalmente, o dentro de los límites señalados por el sujeto activo.

En cuanto a los elementos del tipo, se puede señalar que en el Código Penal aplicable al *sub judice*, conforme quedó indicado, el “plagio” se encuentra tipificado en el artículo 188, y consta que se lo comete al apoderarse de otra persona por medio de violencias, amenazas, seducción o engaño; ya sea: para venderla o ponerla contra su voluntad al servicio de otro; para obligarla a pagar rescate, o entregar una cosa mueble; extender, entregar o firmar un documento del que surtan efectos jurídicos; o, para obligar a un tercero a que ejecute uno de los actos señalados a fin de la liberación del secuestro. Ahora bien, en la actualidad, la figura del “secuestro”, se encuentra tipificada en el artículo 161 del COIP, y consistente en la privación de la libertad individual, la retención, el ocultamiento, el traslado a un lugar diferente, de una o más personas; describe los tres tipos de secuestro, con acciones y finalidades similares al plagio. Cabe indicar, que las dos tipificaciones constantes en los códigos anterior y actual, su conducta se asemeja en tanto y en cuanto se refieren a la privación de la libertad de una o más personas; empero, la diferencia radica en que, en la figura del plagio establecida en el Código Penal, la privación de la libertad, retención u ocultamiento de la víctima tenía como objeto o fin pedir rescate ya sea de dinero, bienes muebles, etc., o con otros fines; mientras que en el actual COIP, en el artículo 161, no aparece el objeto o fin perseguido por el sujeto activo del delito; más sin embargo en los dos subsiguientes artículos, el secuestro extorsivo (art. 162); y, la simulación de secuestro (art. 163); siendo sus verbos rectores: la privación ilegal de la libertad, la retención, el ocultamiento, el arrebatar y el trasladar a un lugar distinto a una o más personas, de una forma por lo general “permanente” o “prolongada” y en otras ocasiones, puede ser “breve”; dentro de ello, la privación de su libertad puede ser “absoluta” o con “cierta movilidad”, los medios utilizados para conseguir su fin pueden ser diversos pero los más utilizados son: “violencias, amenazas, intimidación o engaño”, “en contra de su voluntad”; con la finalidad de “obtener cualquier utilidad”, “obligar a pagar rescate”, “entregar una cosa mueble”, “extender, entregar o firmar un documento que surta o pueda surtir efectos jurídicos”, “obligar a que se haga u omita hacer algo”; u, “obligar a un tercero a que ejecute uno de los actos indicados tendiente a la liberación del plagiado”.

En cuanto al bien jurídico protegido, queda claro que es la libertad; más sin embargo, es indudable que también puede lesionarse la seguridad y el patrimonio de la persona; toda vez que, para devolverle la libertad se le exige cierta cantidad de dinero, o entregar una cosa mueble; extender, entregar o firmar un documento del que surtan efectos jurídicos; etc. Para Maggiore el objeto jurídico protegido del secuestro es “*la libertad externa de las personas, la libertad*

*de obrar y de moverse de la persona física del sujeto pasivo*<sup>9</sup>; por su parte Puig Peña nos dice: "... disciplina aquellos actos que ponen en peligro la vida y la seguridad de las personas, por lo que llegamos a la conclusión de que son dos los bienes protegidos por la ley en el delito de secuestro: la libertad y la seguridad"<sup>10</sup>; para Etcheverry, el "[el] bien jurídico tutelado es la libertad, la cual adquiere significación en dos sentidos, en que se refiere a los actos obligatorios o prohibitivos, aquí el orden jurídico tiene interés en que los ciudadanos puedan realizar o abstenerse de ellos y por lo tanto estima lesionado este interés, considera como un bien digno de protección el derecho de los ciudadanos para autodeterminarse y por lo tanto tutela el interés de estos, en conducirse de conformidad con sus deseos y preferencias"<sup>11</sup>; para Jiménez Huerta, considera que "el bien jurídico tutelado penalmente es: la libertad interpersonal, abarcando tanto la psíquica como la física o de movimiento"<sup>12</sup>.

Conforme queda referido, algunos autores difieren en cuanto al objeto jurídico tutelado de este delito, como Puig Peña, que le confiere primacía a la seguridad que pierde el ser humano al ser privado de su libertad, o como Jiménez Huerta que opina que también se le priva de la libertad psíquica; más sin embargo, en general la mayoría de los autores coinciden en considerar la libertad ambulatoria o de movimiento, como el objeto que la ley protege en el delito *in comento*; de allí, que se puede colegir, que el bien jurídico protegido por el derecho en el delito de plagio o secuestro es la libertad física de la persona humana, es decir, la libertad de hacer determinados actos o dejarlos de hacer por su propia voluntad y no forzados por un tercero, quien no tiene el derecho ni la autoridad para hacerlo; por lo tanto, son muchos los bienes jurídicamente protegidos, tales como: la vida, la libertad, la integridad corporal, el honor, la familia, la tranquilidad social y el patrimonio.

- ***Acerca de la tentativa, como grado de participación***

Una vez que ha se ha hecho el abordaje del delito de plagio o secuestro, dado que el argumento de los recurrentes estriba, además, en que en este tipo penal no cabe la tentativa, corresponde ahora referirse a aquella, como grado de participación; para esto, nos remitiremos a lo que señala el artículo 16 del CP, norma de la cual también se alega que ha habido una indebida aplicación, la cual señala:

**Art. 16.-** Quien practica actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito, responde por tentativa si la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica.

<sup>9</sup> MAGGIORE, Giuseppe. Ob. Cit.

<sup>10</sup> PUIG PEÑA, Federico. *Derecho Penal, parte especial*. Tomo IV. Barcelona-España. 1975

<sup>11</sup> ETCHEVERRY, Alfredo. *Derecho Penal*. Tomo III. 1987

<sup>12</sup> JIMENEZ HUERTA, Mariano. *Derecho Penal Mexicano*. Tomo 3. Ed. Porrúa. México DF. 1984.

Si el autor desiste voluntariamente de la acción está sujeto solamente a la pena por los actos ejecutados, siempre que éstos constituyan una infracción diversa, excepto cuando la Ley, en casos especiales, califica como delito la mera tentativa.

Si voluntariamente impide el acontecimiento, está sujeto a la pena establecida para la tentativa, disminuida de un tercio o la mitad.

Las contravenciones solo son punibles cuando han sido consumadas.

Ahora bien, abstrayéndonos al delito de plagio o secuestro, y frente a lo argüido por los recurrentes, se debe precisar que la tentativa en este tipo penal es una figura jurídica que se presenta en el *iter criminis*; la tentativa, es la intencionalidad del agente de cometer un acto delictivo, ejecutando u omitiendo acciones, encaminadas a la consumación del mismo; ahora bien, el propósito o la intención de delinquir, en la ideación y la preparación, cuando no pasan de eso, son cosas de las que la Ley Penal desatiende, y sólo las castiga cuando ése propósito o intención de delinquir son seguidos de hechos encaminados directa o inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Existe la tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito -en este caso el plagio o secuestro- se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente; también, es punible la tentativa, cuando el delito no se pudiere consumar, por idoneidad de los medios o por inexistencia del bien jurídico tutelado. Respecto a la posibilidad de la tentativa como un delito Maggiore dice que "*la posibilidad de la tentativa en este delito permanente, está circunstanciada en la comisión*"; también asiente figurar en primera faz de la conducta y nos dice así mismo que la continuación es posible en éste delito<sup>13</sup>.

Así abordado el tema de la tentativa, cabe señalar, que el delito de secuestro o plagio, por sus características, no descarta la posibilidad de la tentativa; doctrinariamente, la mayoría de autores, afirman que si es admisible la tentativa en el delito de secuestro; de allí que, si existe la posibilidad de que la tentativa sea punible en este tipo de delito, siempre que exista la intencionalidad del agente de cometer el ilícito y se ejecute a la realización de éste, y por causas ajenas a su voluntad no se logre la consumación del delito; toda vez, que la tentativa se integra con dos elementos: el subjetivo, consistente en la intención dirigida a cometer un delito; y, el objetivo, consistente en los actos realizados por el agente y que deben, ser de naturaleza ejecutiva, y un resultado no verificado por causas ajenas a la voluntad del sujeto.

<sup>13</sup> MAGGIORE, Giuseppe. Ob. cit

A manera de corolario, se debe indicar, por un lado, que la tentativa será punible cuando se exterioriza la decisión del agente en cometer el delito del secuestro, ejecutando actos encaminados a ello y el delito no es consumado por causas ajenas a su voluntad; es así que la doctrina establece la existencia de la tentativa en el delito de secuestro, ya que el agente demuestra su ánimo delictivo llevando a cabo actos encaminados a ello, pero la consumación del mismo nunca llega a darse por razones ajenas a su voluntad, quedando al arbitrio del juzgador la calificación del delito consumado o la tentativa, en su caso, tomando en consideración las circunstancias de tiempo, modo y lugar; y por otro, que el plagio o secuestro, es un delito permanente ya que la consumación se da al momento mismo de la privación de la libertad de la persona y se prolonga en el tiempo, con varios actos continuos hasta obtener o no su finalidad; su esencia consiste en que no siempre está determinado con la consumación del mismo, es decir, aunque se prolongue en el tiempo no siempre estará condicionado a la consumación del mismo, si esta no se llevare a cabo por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

- **Respuesta al cargo casacional**

Una vez que han quedado abordados tanto el tipo penal de plagio o secuestro y la tentativa como grado de participación en este delito; para despejar el cargo planteado por la defensa técnica de los recurrentes, este Tribunal repara, que si bien es cierto se ha alegado una causal casacional en concreto, esto es, la “indebida aplicación de la ley”; y se han precisado normas en específico, señalando de manera referencial los artículos 188 y 189.1 CP; 84, 89, 90, 119, 250 y 252 CPP; y 76.3 CRE; más sin embargo, no se ha evidenciado cómo y/o porqué subyace tal error; más aún cuando, acorde con la causal invocada, misma que guarda relación con el denominado “error de pertinencia”, el cual, como quedó indicado estriba en el yerro que comete el juzgador al aplicar una norma jurídica cuyo supuesto de hecho no corresponde a la narración fáctica de la conducta que se intenta juzgar en el fallo; de allí que es menester, cuando se arguye esta causal, el hacer una contraposición de estos dos elementos, por cuanto, si la norma jurídica no se adecua a la narración del juzgador, y pese a esto, él la ha aplicado para resolver, la vulneración se habrá configurado; caso contrario no prospera tal error de derecho, como se ha evidenciado en el sub júdice, en donde, conforme quedó referido los juzgadores hacen el debido análisis y aplicación de las normas.

Por otro lado, dado que en la fundamentación que se ha hecho por parte de la defensa técnica de los procesados, al arguir la causal y/o cargo que nos ocupa; más allá de haber

realizado una mera referencia a varias normas, el nudo central pasa por cuestionar temas ya resueltos y despejados por los juzgadores de instancia, como por ejemplo: el tipo penal del plagio, el grado de tentativa, entre otros; respecto de lo cual la sentencia impugnada señala:

(...) DECIMO PRIMERO.- En la Gaceta Judicial N° 3 de fecha 4 de abril, respecto al delito de plagio-tentativa señala "La imposibilidad del delito – para que haya tentativa – puede estar en los medios o en el sujeto activo o pasivo o en los fines, pero en este caso los elementos de la tentativa fueron superados, ora por el cumplimiento de la finalidad que era apoderarse de Manuel Isaac Encalada, considerado como hombre rico, ora porque el fin era exigir por medio de ese apresamiento, el pago del rescate. Consecuentemente, siendo los elementos de la tentativa la determinación de cometer el delito, el comienzo de ejecución del mismo y la no consumación involuntaria, en el presente caso hay desajustes en los dos últimos elementos ya que no solamente hubo "comienzo", de ejecución total del plagio y como derivada de la situación anterior, la consumación del delito de apoderamiento de un ser humano, a la fuerza, para obligar posterior rescate. Por lo mismo no resulta condicionante al plagio el cobro o no cobro del dinero por parte de los hechores", por lo que aquello no desentona el conjunto de normas jurídicas que regulan y disciplinan el proceso, es decir en otras palabras es el conjunto armónico de principios que observó la autoridad judicial para aplicar la ley y se haga efectivo los derechos de las personas, ya que la existencia de la pena está condicionada a la existencia de la infracción. Es de advertir que Edinson Alcoser no podía salir del interior del edificio de la fiscalía porque existió fuerza y maltratos a fin de que realice un acta de mutuo acuerdo con Juan de Dios Roldán por hechos anteriores, se estableció que los acusados habían planificado con anticipación por lo que la sentencia dada se ajusta a los cánones procesales tanto en la etapa comprobatoria y valorativa, inequívocamente que los sujetos ya nombrados fueron los actores del delito en el grado de tentativa, se advierte que se encuentra demostrado el reconocimiento e informe del lugar de los hechos en el que fue interceptado a la fuerza Edinson Alcoser mismo que el lugar no podía abandonar; también se ha establecido como resultado material de la infracción los daños ocasionados al inmueble de fiscalía que hace relación el Dr. Patricio Parco. Al respecto, se debe considerar que la tentativa es un grado de la vida delictiva y que existirá únicamente, cuando la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica. En este caso, no se consumó el delito de plagio por la actuación e intervención de la policía, toda vez que no se cumplió con la finalidad de apoderarse de Edinson Alcoser con la intención de obligar a que ejecute uno de los actos indicados, esto es un acuerdo entre las partes. Consecuentemente siendo los elementos de la tentativa la determinación de cometer el delito, el comienzo de la ejecución del mismo y la no consumación voluntaria, en el presente caso hubo el comienzo de ejecución del plagio, tomando en consideración las violencias y amenazas proferidas a Edinson Alcoser. (subrayado fiera de texto)

Es decir, el argumento planteado por los recurrentes ahora en escenario casacional, bajo el cargo de indebida aplicación de normas, en concreto de los artículos 188 y 16 CP (plagio y tentativa); así como de normas que guardan relación con la prueba y la valoración realizada

por los juzgadores (arts. 84, 89, 90, 119, 250 y 252 CPP), aspectos que no son pertinentes para el escenario casacional por expresa prohibición del inciso final del artículo 349 CPP; más allá, de que han sido cabal y debidamente resueltos por los juzgadores de instancia, al no haberse determinado cómo, dónde, ni de qué forma ha operado el error *in iure*, ni ha influido en la decisión final de la sentencia impugnada, hace que el cargo planteado devenga en improcedente, por no evidenciarse violación de la ley.

**2.2.3.-** Despejados que han quedado los argumentos esbozados por la defensa técnica de los casacionistas procesados; y, reparando, que en varias resoluciones de este órgano jurisdiccional, se ha reiterado que la casación debe interponerse únicamente con base y por los motivos previstos en la norma, ya que no cualquier clase de “inconformidad” con la sentencia, es susceptible de ser recurrida por esta vía; desavenencia, que precisamente es la premisa que se ha evidenciado en las alegaciones planteadas por la defensa técnica de los recurrentes.

### 3.- RESOLUCIÓN

A la luz de lo que queda expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”, al amparo del artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, por unanimidad, declara improcedentes los recursos de casación planteados por los recurrentes Juan de Dios Roldán Arellano, José Manuel Llumi Pintac y Juan Rudecindo Caranqui, al no haberse justificado ninguna de las causales de violación de la ley establecidas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. Devuélvase el proceso al tribunal que dictó el fallo recurrido, para la ejecución de la sentencia. **Notifíquese y Cúmplase.- f.- Dra. Gladys Terán Sierra.- JUEZA NACIONAL PONENTE.- f.- Dr. Jorge M. Blum Carcelén.- JUEZ NACIONAL.- f.- Dr. Miguel Jurado Fabara.- JUEZ NACIONAL.- Certifíco.- Dra. Ximena Quijano Salazar.- SECRETARIA REALATORA:**

**CERTIFICO:** Las once (11) fojas que anteceden son iguales a su original

Quito, 23 de octubre de 2017.

Dra. Ivonne Guamaní León  
**SECRETARIA RELATORA**

**JUICIO No.** 1469-2016  
**RESOLUCION No.** 842-2017  
**RECURSO:** CASACION  
**PROCESADO:** IRMA ISABEL CÓRDOVA AGUIRRE  
**DELITO:** USURA

**RECURRENTE:** Irma Isabel Córdova Aguirre

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.-**

**Quito, lunes 29 de mayo de 2017, las 12h17**

**VISTOS:**

**1.- ANTECEDENTES:**

**1.1.** Mediante sentencia del 13 de abril de 2016, las 16h41, el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Loja, declara la culpabilidad de la señora Irma Isabel Córdova Aguirre, como autora del delito de usura, tipificado y sancionado en los artículos 583 y 584 del Código Penal respectivamente, imponiéndole la pena atenuada de tres meses de prisión correccional, multa de doscientos dólares americanos y condenándole al pago de daños y perjuicios ocasionados por la infracción.

**1.2.** La procesada, interpone recurso de apelación, para ante la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja, la que en sentencia dictada el 29 de septiembre de 2016, las 16h50, resolvió rechazar el recurso planteado, confirmando en todas sus partes la sentencia impugnada.

**1.3.** La sentenciada, inconforme con el fallo del *Ad-quem*, presenta recurso de casación, para ante la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia; y, luego del trámite correspondiente, siendo el estado procesal de la causa, el de realizar la sentencia por escrito, este Tribunal de casación, hace las siguientes consideraciones:

**2.- RESEÑA DEL HECHO FÁCTICO:**

**2.1.** Según la teoría del caso, presentada por Fiscalía General del Estado, en la audiencia de juzgamiento, se tiene conocimiento que:

*Los hechos se contraen a que en el periodo comprendido entre los años 2006 hasta 2013 tratándose de un delito continuado la señora Irma Isabel Córdova Aguirre se dedicó a realizar prestaciones de dinero, con un interés mensual que fluctuaba desde*

*el 8% al 10%, y en algunas ocasiones como afirman las víctimas, más allá del 10%. La procesada realizaba cobros diarios de dinero a pequeños comerciantes de la localidad, en especial a las personas que laboraban en la Bahía 5 de Diciembre de la ciudad de Loja; pagos diarios que ella registraba en unas tarjetas de anotaciones que servían de base para realizar el seguimiento. La acusada como garantía se hacía entregar letras de cambio en blanco, cheques, joyas, etc. En lo posterior cuando se trataba de las letras de cambio y otros documentos que suscribían las víctimas, los cobraba por la vía ejecutiva con cantidades exorbitantes; procesos civiles que perjudicaron gravemente la propiedad de los ofendidos; método en la que muchas de ellos han perdido sus bienes inmuebles por trámites judiciales".*

### **3.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:**

**3.1.** El Consejo de la Judicatura, mediante Resolución No. 08-2015 de fecha 22 de enero de 2015, aprueba la integración de la Corte Nacional de Justicia, misma que ejerce jurisdicción a nivel nacional, de conformidad con el artículo 182, último inciso, de la Constitución de la República del Ecuador y 172 del Código Orgánico de la Función Judicial.

**3.2.** En cumplimiento con lo dispuesto por la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 182, por el Código Orgánico de la Función Judicial en el artículo 173, y por la Resolución No. 341-2014, renovó parcialmente un tercio de las y los integrantes de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, y designó a las y los siete juezas y jueces quienes reemplazaron en sus funciones a las y los salientes.

**3.3.** Este órgano jurisdiccional, es competente para conocer de la presente causa, en virtud de lo establecido en los artículos 184.1 Constitución de la República del Ecuador; 160.1 y 186.2 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ); y, 30.2 y 349 del Código de Procedimiento Penal.

**3.4.** El Tribunal de Casación mediante sorteo está conformado por el doctor Jorge M. Blum Carcelén, Juez Nacional Ponente, de conformidad con el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial; doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional; y, el doctor Marco Maldonado Castro, Conjuez Nacional.

### **4.- TRÁMITE:**

De conformidad con la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014, corresponde aplicar las normas vigentes al tiempo del inicio del proceso, que para el caso, in examine, son las contenidas en el Código Penal, así como el Código de Procedimiento Penal.

## 5.- FUNDAMENTACIÓN, CONTESTACIÓN Y RÉPLICA DEL RECURSO DE CASACIÓN:

Según lo dispuesto en el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 345 ibídem, se realizó la audiencia oral, pública y contradictoria, en la que las partes expresaron:

### 5.1. La recurrente Irma Isabel Córdova Aguirre, al fundamentar el recurso de casación, a través del doctor Kléber Sánchez Armijos, en síntesis dijo:

- Que ha planteado el presente recurso de casación, de conformidad con el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal y lo dispuesto en el artículo 76.7 m) de la Constitución de la República, por cuanto considera que la sentencia emitida por la Corte Provincial de Justicia de Loja, del 29 de septiembre de 2016, así como la emitida por el Tribunal de Garantías Penales de dicha provincia, viola el debido proceso y lo dispuesto en el artículo 76.7 l) de la Norma Suprema, porque considera que la sentencia no se encuentra motivada.
- Señala la recurrente, que la sentencia emitida por el Tribunal A-quo, viola la ley, porque no es clara en señalar el nexo causal y solo analiza cinco elementos del tipo penal de usura, por lo que la conclusión no es pertinente, ya que no se ha establecido con claridad la responsabilidad de la procesada, como autora de dicho delito.
- También señala, que existe la violación de lo dispuesto en los artículos 48.7 y 38.7 de la Constitución de la República, ya que no se ha tomado en consideración que la procesada tiene 78 años y es una persona de la tercera edad con discapacidad del 40%; y, que a pesar de que ha solicitado el arresto domiciliario no le ha sido concedido, aunque indicó que no existe centros especializados donde puedan cumplir la pena.
- También señaló la recurrente, la violación de lo dispuesto en el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, que se refiere a las reglas de la sana crítica, ya que no se ha hecho un análisis adecuado del nexo causal entre la infracción y su responsable, violándose las normas del debido proceso.
- Además indicó, que la sentencia no se encuentra debidamente razonada y que la pena impuesta es desproporcionada, solicitando que de conformidad con el artículo 358 se case la sentencia; y, que en el evento no consentido de que se le rechace el recurso, se aplique lo señalado en el artículo 38.7 de la Constitución de la República, en consideración de la edad y la discapacidad que adolece la procesada.

**5.2. Contradicción por parte del delegado del señor Fiscal General de Estado, doctor Marco Navas Arboleda, a la fundamentación del recurso, quien en síntesis señala:**

- Que en el momento procesal oportuno, la Fiscalía, aportó las pruebas de cargo y en tal virtud la Sala de la Corte Provincial de Justicia de Loja, que es la sentencia atacada, confirmó la condena de tres meses de prisión impuesta a la procesada, como autora del delito de usura.
- Considera la Fiscalía, que no es procedente lo planteado por la recurrente, por la violación de lo dispuesto en el artículo 76.7 m) de la Constitución de la República, que se refiere al derecho a recurrir, habiéndolo realizado en las etapas pertinentes, tanto más que en virtud de dicho derecho nos encontramos en la presente audiencia de casación.
- Respecto a la alegación de la violación de los artículo 38.7 y 48.7 de la Constitución de la República, que se refieren al arresto domiciliario, y a la discapacidad del 40% que padece la recurrente; considera, que no es pertinente que la pena la cumpla mediante prisión domiciliaria, pero si debe estar en un centro carcelario apropiado por su edad y discapacidad.
- Que respecto al análisis del nexo causal, señala que está probada la materialidad de la infracción y la responsabilidad de la procesada, como autora del delito de usura, habiéndose demostrado la habitualidad en otorgar préstamos, cobrando intereses superiores a los permitidos por el Banco Central.
- Expresa la Fiscalía, que la sentencia cumple con las normas del debido proceso y la seguridad jurídica establecido en el artículo 82 de la Constitución del Repùblica, señalando que la sentencia no es desproporcionada, ya que es lo mínimo que se le podía aplicar, por ser autora del delito de usura; solicitando que se declare improcedente el recurso y se ratifique la sentencia impugnada.

**5.3.- Intervención de la acusadora particular Lerny Lorena Alejandro Samaniego, a través de su defensa técnica ejercida por el doctor Jaime Vidal Sarango, indicó;**

- Que el recurso de casación, no tiene sustento jurídico, ya que no se ha señalado ninguna causal de las expresadas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal; y, que no se ha violentado ningún derecho de la procesada, quien ha ejercido a plenitud su defensa.
- También indica, que ante el Tribunal de Garantías Penales de Loja, y en la audiencia de juicio, presentaron la prueba con las que los jueces llegaron a la certeza de la existencia del delito de usura, tipificado en el artículo 583 y sancionado en el artículo 584 del Código Penal, condenándola como autora del delito de usura.

- Señala, que existe prueba testimonial y documental, con la que se ha justificado la materialidad de la infracción y la responsabilidad de la procesada, cumpliéndose con lo dispuesto en los artículos 87 y 88 del Código de Procedimiento Penal; solicitando que se rechace el recurso por improcedente y se devuelva el expediente.

**5.4.- Intervención de la acusadora particular Dora Romero Ochoa, a través de la defensa técnica ejercida por el doctor Wilson Camino, Defensor Público, quien en síntesis dijo:**

- Considera, que la sentencia se encuentra debidamente motivada, ya que en el considerando noveno, se hace un análisis razonable, lógico y comprensible de los elementos probatorios que llevaron a los juzgadores a establecer la certeza de la responsabilidad de la procesada, como autora del delito de usura.
- Que respecto a la edad y discapacidad de la recurrente, quien señala que su vulnerabilidad debe cumplir la pena en lugares especiales, expresando la acusadora que no debe hacerlo mediante el arresto domiciliario, como lo solicita sino en centros penitenciarios apropiados, por lo que no ha lugar el cargo.
- También señaló, que el planteamiento realizado por la recurrente, lleva implícito al pedido de que se vuelva a valorar la prueba, solicitando que se declare el recurso como improcedente.

## **6.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.**

### **6.1. Con relación al recurso de casación.**

Debemos recalcar, que este Tribunal de Casación, considera necesario puntualizar que, del texto del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, se desprende que el recurso de casación, es un medio impugnatorio, que tiene por objeto corregir los errores de derecho, en que pudiera incurrir el Tribunal de Apelaciones al momento de emitir la sentencia, por lo que constituye un recurso extraordinario de control de legalidad y del error judicial en los fallos de instancia, debiendo observarse si tal violación ha causado o no gravamen al recurrente.

El tratadista Luis Gustavo Moreno, dice que el recurso de casación no puede ser considerado como una simple alegación de instancia, es por eso, que no se puede tratar a la casación como una nueva o tercera instancia, sino como nos indica el mismo tratadista: *“Como una etapa extraordinaria del juicio en la que se debate “in jure”*

*la legalidad de la sentencia y donde no existen términos probatorios*<sup>1</sup>, por lo tanto, lo que se busca es que se corrijan los errores de derecho cometidos por el tribunal ad quem, es decir, el casacionista debe cumplir con las exigencias establecidas en la ley (Artículo 349 CPP), y no lo han hecho.

Para nuestro criterio, el recurso de casación en la forma prevista en nuestra ley positiva, está encaminado a corregir yerros intelectivos que se presentan en el plano normativo de la ley, es decir, errores de puro derecho, mismos que son atribuibles a los tribunales de segunda instancia, en base a un defecto cognoscitivo que se avizora en el raciocinio que realiza el juzgador.

## **6.2. Con respecto al tipo penal de usura.**

El delito de usura atenta contra los derechos de libertad y propiedad de la víctima, la somete y la explota, quien trabaja para entregar el producto de su esfuerzo al “acreedor” no solo quien contrae la “deuda”, sino su familia, la que por cumplir con los pagos excesivos debe privarse de bienes materiales necesarios para subsistir, para cumplir con la condiciones y exigencias impuestas por los usureros, la vivienda, la alimentación, la medicina, pasan a segundo plano, llegando a someterse a prácticas indignas como abusos sexuales, para cumplir dichas exigencias, por lo que se trata de un delito “que causa grave alarma social”, como lo califica la ex Corte Constitucional para el Periodo de Transición, en sentencia 216-12-SEP-CC, dictada en el caso 1855-11-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 756 de 30 de julio de 2012.

La Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 21 “Derecho de Propiedad”<sup>3</sup> señala: “Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre deben ser prohibido por la ley”.

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en Resolución N° 01-2017 de 11 de enero de 2017, declara como precedente jurisprudencial obligatorio, el siguiente punto de derecho:

*“El delito de usura se comete desde que el sujeto activo al realizar un préstamo de dinero cobra al sujeto pasivo un interés mayor que el permitido por la ley. La acción permanece mientras el sujeto pasivo es sometido al cumplimiento de la obligación y culmina cuando se extinguen los efectos jurídicos del vínculo de subordinación, esto es al terminar de pagar los intereses usurarios o en su defecto si se ha demandado el pago de la obligación hasta cuando se dicta la última actuación judicial para su ejecución”.*

---

<sup>1</sup> MORENO, Luis Gustavo, “La Casación Penal, Teoría y Práctica bajo la Nueva Orientación Constitucional”, Ediciones Nueva Jurídica, 2013, Bogotá-Colombia, pág. 65.

### **6.3. De las alegaciones del recurso y vulneraciones legales invocadas por la casacionista.**

La recurrente Irma Córdova, señala que interpone el presente recurso de casación, de conformidad con el artículo 349, pero no indicó la norma a que se refiere, estableciendo éste Tribunal de casación, que corresponde al artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, donde se señalan las causales que debe escoger el recurrente para sustentar su impugnación, ya sea por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o por errónea interpretación; pero a pesar de haber citado la norma, no indicó técnicamente cuál era la causal, por la que consideraba existe el error de derecho.

#### **6.3.1 Respeto al derecho a recurrir.-**

El derecho a interponer los recursos que considere, en la sentencia emitida por la Corte Nacional de Justicia, en el caso 124-2015, cuando se refiere al derecho a recurrir en materia penal, expresa: *"En materia penal, el derecho a recurrir adquiere una especial significación para el procesado, pues se convierte en un mecanismo para evitar que sea privado ilegítima o ilegalmente de su libertad. La transcendencia del derecho limitado por la sentencia condenatoria, ha hecho que la posibilidad de acceder a un recurso judicial sea consagrada en diversos artículos de los convenios internacionales de derechos humanos, como en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que indica: "toda perdona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a los prescrito en la ley"; o en el artículo 8.2.h) de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, de dice: "Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) derecho a recurrir del fallo ante el juez o tribunal".*

Sobre esta última disposición normativa citada, se ha hecho una amplia interpretación por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el fin de establecer el tipo de recurso mediante el cual se cumplirá la garantía comentada, así:

...La Corte ha sostenido que el artículo 8.2.h) de la Convención se refiere a un recurso ordinario, accesible y eficaz. Ello supone que debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada. La eficacia del recurso implica que debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido. Asimismo, el recurso debe ser accesible, esto es, que no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. En este sentido, la Corte estima que las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no debe constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente.

Debe entenderse que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes y de la denominación que den al medio de Impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir en medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que en una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria, como lo ha expresado la Corte IDH, en sentencia de 23 de noviembre de 2012, en el caso Mohamed Vs Argentina. Párr. 99 y 100.

En definitiva, este derecho específico al recurso (a la doble instancia) en materia penal, se cumplirá cuando, a) Las formalidades para su admisión no tornen irreal la posibilidad de revisar el fallo; y, b) La revisión por parte del tribunal superior, pueda abarcar tanto la validez del procedimiento, la valoración probatoria y el análisis jurídico efectuado por el juzgador a quo.

La recurrente señaló la violación de lo dispuesto en el artículo 76.7 m) de la Constitución de la República, lo cual no constituye causal válida para este recurso, ya que únicamente ha hecho alusión, al derecho que tiene de impugnar de toda resolución judicial, como en efecto lo ha hecho en el desarrollo de la presente causa, ya que en su momento interpuso recurso de apelación de la sentencia condenatoria, que emitió el Tribunal de Garantías Penales de Loja, y luego planteó el recurso de casación, por no encontrarse de acuerdo con la sentencia emitida por la Sala Penal, de la Corte Provincial de Justicia de Loja; es decir, que ha ejercido a plenitud su derecho a recurrir y por ello no existe violación del mismo y del análisis de la sentencia se establece que se han cumplido con todas las garantías básicas contenidas como normas del debido proceso, por lo que no procede el cargo.

### **6.3.2. De la violación al artículo 86 del Código de Procedimiento Penal:**

Considera la recurrente, que se ha violado lo dispuesto en el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, porque en la sentencia no se han cumplido con las reglas de la sana crítica, al no haberse establecido el nexo causal, que debe existir entre la infracción y su responsable, al respecto, la sana crítica es básicamente la aplicación de los principios del conocimiento humano con especiales fundamentos en la lógica jurídica, en la equidad, en la justicia, y en los principios científicos del derecho, por lo que este Tribunal de Casación, señala que el planteamiento realizado por la recurrente, ha quedado en simple enunciado, porque no señaló en

forma técnica las razones por las que considera que existe la violación de la norma procesal antes referida, ni tampoco indicó qué reglas de la sana crítica supuestamente se ha violentado, ya que ésta es un método de valoración de la prueba, debiendo observarse las reglas de la lógica, de la ciencia y de las máximas de la experiencia, que está constituido por los saberes científicos y técnicos generalizados o comunes y compartidos como verdaderos por la gran mayoría de las personas; por lo que no puede aceptarse el planteamiento generalizado de la inexistencia del nexo causal y peor aún que el análisis de los juzgadores violenta la norma referida.

En la sentencia de instancia, es decir, la emitida por la Corte Provincial de Justicia de Loja, en forma clara y pertinente se llega a establecer el nexo causal existente entre la infracción y su responsable, es decir, en el cometimiento del delito de usura, ejecutado con voluntad y conciencia por la procesada, causando perjuicios a las acusadoras particulares, al cobrar intereses por encima a los permitidos por la ley, señalándose en el considerando décimo de la sentencia aludida, que hay prueba suficiente con la que se demuestra con objetividad el delito y su responsabilidad, ya que de los testimonios rendidos en la audiencia de juicio, se aportan hechos y circunstancias incriminadoras, al punto de que la misma acusada no pudo negar de que hacia préstamos a intereses que iban del 8%, 10% y hasta 12% mensual, es decir, entre el 96% al 144 % anual; cuando el interés fijado por el Banco Central del Ecuador, en el primer semestre del año 2013, era la tasa de interés máxima convencional del 9.33 % anual.

El Dr. Vicente Robalino Villafuerte, ex Juez Nacional de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, en la Revista Ensayos Penales, Sala Penal, Edición # 6, de octubre de 2013, páginas 13-15, en su artículo sobre: *“La Usura, el modelo Constitucional de economía, algunas ventajas civiles y penales pro delito, propuesta de reforma legal y de política judicial”*, señala sobre la usura que:

*“dejó de ser el delito cometido por la o el jubilado, el retirado laboral, la viuda, quienes para sobrevivir concedían préstamos respaldados en “prendas” sobre objetos usados, hoy es el delito de redes delictivas que alcanzan niveles internacionales, con condiciones a sus víctimas que llegan a exigir la compra de una póliza de vida en favor de la usurera o del usurero, quien no paga sufre un “accidente” y el usurero no pierde, cobra sus fondos, impone su código de temor, que le da “respeto”.*

El delito de usura es de autor, atiende a la forma de vida de la persona usurera, no al acto. Se trata de un delito “que causa grave alarma social”, así lo calificó la ex Corte Constitucional para el Período de Transición, en sentencia 216-12-SEP-CC, dictada en el caso 1855-11-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 756 de 30 de julio de 2012.

Los elementos del delito de usura, en lo sustancial, son:

- Dedicarse a conceder préstamos.
- Que tales préstamos sean usurarios, o representar ventajas usurarias.

“Dedicarse” implica la ejecución de varios actos cometidos de manera continua, constituye una conducta habitual de obtener ingresos, en consecuencia, en la ley penal ecuatoriana, no es usurera ni es usurero quien sólo hizo un préstamo usurario aunque la operación sea por un alto monto y le genere grandes sumas en concepto de intereses, ni comete usura quien de manera esporádica otorga préstamos cobrando intereses más altos de los legales: un escudo legal que debe suprimirse”.

En la sentencia recurrida, se analiza correctamente el tipo penal de usura, que lo constituye la habitualidad en otorgar préstamos usurarios y la estipulación, de un interés mayor al permitido legalmente, siendo este un delito doloso, que lesiona el bien jurídico de la propiedad, como un derecho de libertad, consagrado en la Constitución de la República, llegando a establecerse que la acusada se debicaba a otorgar préstamos y aparece como actora en 39 procesos civiles, por cobro de dinero a diferentes personas, lo cual está corroborado por el testimonio rendido por Jonathan Israel Ojeda Luzuriaga, quien reconoce que la sentenciada prestaba dinero a sus amigos garantizando dichas obligaciones a través de una letra de cambio, habiendo hasta rematado bienes por incumplimiento de pago y que conoce que le prestó dinero a Lerny Alejandro Samaniego.

Lo anterior, ésta corroborado por los testimonios rendidos por Dolores Paladines, Esthela Orozco, Lerny Alejandro, Dora Romero, quienes manifestaron haber recibido préstamos de la acusada; también refieren los juzgadores, de anotaciones manuscritas que son típicas de actividades relacionadas con el préstamo de dinero; como se probó con los testimonios rendidos por los miembros policiales que participaron en el allanamiento del domicilio de la procesada, quienes en el testimonio rendido en la audiencia de juicio, reconocieron las evidencias recogidas en dicho acto procesal, como son la tarjeta de color rosado, a nombre de Carlos Gallo, con los datos, de día, fecha, y abono; habiéndose también receptado el testimonio del Policía Marco Miño, quien practicó el peritaje grafotécnico a 17 cartolas otorgadas por Esthela Orozco, que era el registro que realizaba la acusada, con los préstamos que concedía, cuyos escritos en letras guardan identidad caligráfica y morfológica con la recurrente; considerando también los juzgadores con total grado de veracidad a los testimonios rendidos por las acusadoras particulares y por las demás víctimas.

También la sentencia toma en consideración los testimonios de las víctimas, Lerny Lorena Alejandro Samaniego y Diego Alcivar Sánchez Gonzales, a quienes el 15 de enero de 2007, la acusada les prestó la cantidad de tres mil dólares al 12% de interés mensual, firmándole para ello, una letra de cambio en blanco y otorgándole a su favor una hipoteca abierta a un interés del 12 % mensual y 144 % anual, cancelando la suma de trescientos sesenta dólares mensuales, solo de intereses y al no cubrirlos, la procesada inició la demanda y remate de su casa, por lo que canceló la suma de siete mil quinientos dólares de intereses, quedando pendiente el capital de tres mil dólares, firmando una letra de cambio en blanco, la que fue llenada por la cantidad de quince mil quinientos dólares y con la que se produjo el embargo y remate de su inmueble del cual fue desalojada en enero de 2010.

Los Juzgadores de instancia, también analizan el testimonio rendido por Dora del Carmen Romero Ochoa, quien le prestó a la acusada, a finales del año 2006, diez mil dólares al 8% de interés mensual, cancelando ochocientos dólares mensuales, y firmando con su esposo una letra de cambio en blanco, y que en septiembre de 2007, nuevamente le prestó cinco mil dólares, cancelando cuatrocientos dólares mensuales, lo cual realizó varias veces en efectivo y la mayoría mediante cheque, ya que los cheques girados por cinco mil dólares eran por concepto de devolución del capital y el resto de cheques de inferior valor, por el pago de intereses semanales, estableciéndose por dichos préstamos el 96% de interés anual.

Con el testimonio rendido por Sergio Bolívar Coronel Bolívar, se estableció que canceló la suma de tres mil quinientos dólares, por cuanto su amigo Wilfrido Maldonado Ríos, que era el deudor principal no pagó; por lo que fue demandado en base a una letra de cambio en blanco, que firmó como garante, y que por dicho crédito le cobraba el 10 % con un interés del 120 % anual.

De igual manera, con el testimonio rendido por Esthela Inés Orozco Hidalgo, se probó que le prestó quinientos dólares, pagando diariamente la suma de diez dólares; y, que luego prestó doscientos cincuenta dólares cancelando cinco dólares diarios, señalando en dicho testimonio que del capital prestado de quinientos dólares, le descontaba el interés de cincuenta dólares, al momento del préstamo y que tuvo que prender su carro, entregando además una letra de cambio en blanco, con un interés anual del 120 %.

Con el testimonio de Dolores Matilde Paladines Bustamante, se probó que le prestó dinero, por aproximadamente 12 ocasiones con diferentes valores; que el primero, fue de quinientos dólares, al 10 % mensual, cancelando diez dólares diarios e interés, firmando una letra de cambio en blanco; señalando los jueces de instancia que con los testimonios, antes referidos se establece suficientemente que los intereses que cobraba la acusada por los préstamos que realizaba a diferentes

personas, especialmente a las acusadoras particulares, eran usurarios por sobrepasar significativamente el máximo legal permitido; destacándose en la sentencia, que no se aceptan los argumentos de la defensa de la acusada, “de que prestaba dinero sin ningún interés”, porque ello, escapa del desarrollo común de las cosas, habiendo la procesada recuperado dichos valores mediante abonos diarios, quien acudía personalmente ante las víctimas para su cobro, lo cual refieren los jueces de instancia, que es típico de un prestamista, de una persona que se dedica a realizar prestamos usurarios, con cobro y recuperación diaria del crédito; habiéndose con dicho análisis justificado la materialidad de la infracción y la responsabilidad de la procesado, como autora del tipo penal de usura, sin que exista violación a lo dispuesto del artículo 86 del Código de Procedimiento Penal.

### **6.3.3. La violación de los artículos 48.7 y 38.7 de la Constitución de la República:**

El artículo 48 de la Constitución de la República del Ecuador, trata respecto a que el Estado adoptará a favor de las personas con discapacidad medidas que aseguren: (...) 7. La garantía del pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad (...).

Así también indica el artículo 38 Ibídem, que el Estado establecerá políticas públicas y programas de atención a las personas adultas mayores, que tendrán en cuenta las diferencias específicas entre áreas urbanas y rurales, las inequidades de género, la étnia, la cultura y las diferencias propias de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades; asimismo, fomentará el mayor grado posible de autonomía personal y participación en la definición y ejecución de estas políticas.

En particular, el Estado tomará medidas de: (...) 7. Protección, cuidado y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas.

En el caso en concreto, la defensa técnica de la recurrente, señaló la violación de lo dispuesto en el artículo 48.7 y 38.7 de la Constitución de la República, que se refieren a las personas con discapacidad y que las personas adultas mayores deberán mantenerse en arresto domiciliario; argumentación que este Tribunal de casación no la considera, por no constituir causal válida para el recurso y por cuanto, el arresto domiciliario, de un adulto mayor solo se la dispondrá, durante el tiempo que se mantenga la prisión preventiva, pero en el presente caso se trata del cumplimiento de una sentencia condenatoria, que una vez ejecutoriado el presente fallo, se lo deberá cumplir en centros de rehabilitación adecuados, tomando en consideración la edad y la discapacidad de la procesada.

#### 6.3.4. Respeto de la falta de motivación:

El artículo 76.7.l) de la Constitución de la República, establece que: *“Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. (...)”*.

Al respecto, sobre la motivación, el magistrado debe expresar en forma concisa, precisa y clara las razones de su convencimiento indicando que: *“la motivación debe referirse al hecho delictuoso, a la participación del imputado, a la calificación legal del delito, de un modo más genérico debe versar sobre los hechos y el derecho y no hay duda que el juez no puede cumplir esa obligación mediante una simple afirmación de los hechos que considera probado; y desde la perspectiva social y procedural, la motivación de la sentencia permite al sujeto procesal no favorecido con la misma, interponer y sustentar el respectivo recurso impugnatorio y naturalmente, a la instancia jurisdiccional superior, conocer de la misma sentencia en ejercicio propio del control de la jurisdicción aplicada al caso concreto<sup>2</sup>”*.

También refieren dichos autores, que en todo sistema procesal la fundamentación y motivación de las decisiones judiciales relevantes, especialmente de la sentencia definitiva, constituye una garantía del derecho a un debido proceso; ya que es un aporte de racionalidad en el proceso intelectual de valoración de la prueba, de interpretación jurídica de las normas y de aplicación de las mismas al caso concreto; implica también el derecho a una sentencia razonable y congruente, porque no será razonable una decisión que contiene contradicciones internas o errores lógicos y será incongruente cuando implica un pronunciamiento sobre temas o materias no debatidas en la audiencia, sobre las cuales no se ha producido la necesaria contradicción entre las partes, emitiéndose un pronunciamiento judicial que altera de modo decisivo los términos en que se desarrolla el litigio, sustrayendo a las partes del auténtico debate contradictorio y mermando el derecho a la defensa.

Por su lado, Ignacio Colomer Hernández<sup>3</sup>, al indicar los requisitos de la motivación, señala a la “racionalidad” que hace referencia a la condición que adquiere la decisión cuando viene adoptada y justificada con sumisión a las normas y principios de un ordenamiento; la “razonabilidad” de la decisión judicial conlleva la aceptabilidad de la misma por el común de las personas; mientras que la “coherencia” constituye una exigencia esencial de la motivación y presupuesto de la racionalidad de la justificación de la decisión, que tiene dos grandes dimensiones

<sup>2</sup> Rodrigo Cerdá María Felices, *El nuevo Proceso Penal. Constitucionalización, Principios y Racionalidad Probatoria*, Editorial Grijley, Perú, 2011, pág. 299

<sup>3</sup> Ignacio Colomer, *La Motivación de las Sentencias. Sus Exigencias Constitucionales y Legales*. Editorial Tirant lo Blanch, España, 2012, págs. 163-308

como la coherencia interna de la motivación, que se refiere a los elementos que la integran; y, la coherencia externa a la justificación de la decisión, que se refiere a las relaciones que se establecen entre motivación y fallo y entre motivación y otras resoluciones ajenas a la propia sentencia.

Cuando nos referimos a que el juzgador debe enunciar los hechos probados, estos deben ser claros y no contradictorios teniendo riqueza descriptiva, evitando expresiones que supongan una valoración; mientras que la motivación del juicio sobre los hechos en la sentencia absolutoria, puede consistir en la declaración de hechos probados o no probados, cuando verificada la existencia de hechos el acusado no resulta ser el autor y se lo absuelve por la existencia de duda o insuficiencia probatoria.

Manuel Miranda Estampes, en su obra *La Valoración de la Prueba*, citando a Taruffo señala que: *“la motivación no puede considerarse como una explicación del procedimiento lógico o psicológico con el que el juez ha llegado a la decisión, es más bien la exposición de un razonamiento donde el juez muestra la decisión, que se funda sobre las bases racionales idóneas, elaboradas ex post respecto de la decisión”*<sup>4</sup>, donde se debe identificar la fuente de prueba con su contenidos objetivos, explicando cómo se conectan dichas pruebas con el hecho a probar.

Del texto de la sentencia atacada, se establece que esta cumple con los parámetros, de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, ya que la argumentación desarrollada por los juzgadores de instancia, al tomar los hechos y contrastarlos con toda la actividad probatoria, la encajaron en el tipo penal que corresponde, esto es en el delito de usura, con el grado de participación de autora, por lo que se encuentra debidamente motivada, cumpliéndose con la exigencia establecida en el artículo 76.7 l) de la Constitución de la República y no existe violación de las normas del debido proceso, como en forma generalizada planteó la defensa técnica de la procesada, por lo que no proceden los cargos planteados.

Por lo antes expuesto y al no existir el error de derecho, conforme las causales del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, **“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal;

#### **RESUELVE:**

- 1) Por unanimidad, al no haberse justificado el error de derecho, en los términos planteados, se declara improcedente el recurso de casación

<sup>4</sup> Manuel Miranda Estampes, *La Valoración de la Prueba La Luz Del Nuevo Código Procesal Penal Peruano de 2004*, p. 26

presentado por Irma Isabel Córdova Aguirre, conforme lo expuesto en la parte motiva del fallo.

- 2) **Devuélvase** el proceso al Tribunal de origen para la ejecución de la presente resolución. **NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE.**- Dr. Jorge M. Blum Carcelén, MSc.- **JUEZ NACIONAL PONENTE.**- F.- Dra. Sylvia Sánchez Insuasti.- **JUEZA NACIONAL.**- F.- Dr. Marco Maldonado Castro **CONJUEZ NACIONAL.**- **CERTIFICO:** Dr. Carlos Torres Cáceres.- **SECRETARIO RELATOR:**

**CERTIFICO:** Las ocho ( 8 ) fojas que anteceden son iguales a su original.

Quito, 07 de julio de 2017

Dra. Ximena Quijano Salazar  
SECRETARIA RELATORA



CORTE  
CONSTITUCIONAL  
DEL ECUADOR

**CASO No.** 17721-2016-0387  
**RESOLUCIÓN No.** 0844-2017  
**RECURSO:** CASACIÓN  
**PROCESADO:** ECLER HERÁCLITO ALCÍVAR ROSADO  
**DELITO:** PECULADO

**RECURRENTE:** Ecler Heráclito Alcívar Rosado

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.-**

**Quito**, martes 30 de mayo del 2017, las 15h04.-

**VISTOS:**

**1.- ANTECEDENTES:**

**1.1.** Mediante sentencia del 21 de febrero del 2015, las 13h18, el Tribunal de Garantías Penales de Manta, declara la culpabilidad de los acusados Ecler Heráclito Alcívar Rosado y Emilia Rosario Pincay Franco, en calidad de autores, del delito tipificado en el artículo 257 del Código Penal, imponiéndoles la pena atenuada de cuatro años de reclusión mayor ordinaria.

**1.2.** Los procesados Ecler Heráclito Alcívar Rosado y Emilia Rosario Pincay Franco, interponen recurso apelación; para ante la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, la que en sentencia dictada el 23 de febrero del 2016, las 16h16, resolvió desechar los recursos planteados, confirmando en todas sus partes la sentencia subida en grado.

**1.3.** El procesado Ecler Heráclito Alcívar Rosado, inconforme con el fallo del *ad-quem*, interpone recurso de casación, para ante la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

**2.- RESEÑA DEL HECHO FÁCTICO:**

**2.1.** Según la teoría del caso, presentada por Fiscalía General del Estado, en la audiencia de juzgamiento, se tiene conocimiento:

*“(...)Mediante denuncia presentada por el señor Wilton Rafael Saltos Rivas, Director del Consejo Provincial de la Judicatura, del cual se desprendía que mediante oficio sin número suscrito por la servidora Mariela Delgado ayudante judicial 1 del Juzgado Vigésimo Quinto de lo Civil de Manta, pone en conocimiento varios hechos irregulares que se presumía eran cometidos por el Abg. ECLER HERACLITO ALCIVAR ROSADO, mientras realizaba sus funciones como secretario de esta judicatura y que tenían que ver con la desaparición de juicios, retardo de causas y otras, posteriormente mediante otro oficio de 03 de agosto Mariela Delgado ahora en su calidad de secretaria del Juzgado, informa que la Abg. EMILIA ROSARIO PINCAY FRANCO, quien por encargo asumió el cargo de secretaria de esta judicatura Vigésimo Quinto de lo Civil informa que al ser notificada por la judicatura su cese de funciones el 02 de agosto de 2012 a la fecha no realizó ninguna entrega formal del despacho, existiendo dineros depositados ahí en diferentes juicios, por concepto de juicios alimenticios, consignaciones, cuyos beneficiarios ya lo estaban reclamando y que finalmente el 03 de agosto del 2012 dentro juicio ejecutivo 0919- 2010 seguido por el Banco de Machala, se hace conocer que en este juzgado existían depósitos de dinero realizados en diferentes fechas por parte del sujeto procesal demandado por un monto de 9.225 dólares y que estaba siendo reclamando por el beneficiario sin embargo se llega a constatar que se revisa el proceso y no existía*

*ninguna constancia o comprobante de depósito de dicho dinero y es por esta razón que en ese entonces el Abg. Carlos Franco, Juez Temporal mediante providencia concede el término de 24 horas para que conforme establece el reglamento, se proceda a efectuar el depósito lo cual no fue cumplido, inmediatamente la fiscalía conoce estos hechos y se da inicio a la indagación previa y acatando la resolución de la Corte Nacional de Justicia de 19 de marzo del 2010 resuelve disponer y solicitar a la Contraloría General del Estado contingente como ente controlador de que se efectúe un examen especial al Juzgado Vigésimo Quinto de lo Civil, es así que efectivamente se procede a efectuar el examen especial referente, a las actividades operativa de las cuentas, títulos, valores, especies, todo valor o monto de dinero que maneja el Juzgado Vigésimo Quinto de lo Civil determinándose que el faltante respecto de la actividad producido por ECLER HERACLITO ALCIVAR ROSADO es de 13.939,29 y sobre EMILIA ROSARIO PINCAY FRANCO de 19.586.66 determinándose de que el tiempo que estuvieron como actuarios, depositarios de la fe estatal y ciudadana, se había abusado, distraído y dispuesto arbitrariamente de los fondos, de tal manera que emite un informe en contra de los acusados.” (Sic).*

### **3.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:**

**3.1.** El Consejo de la Judicatura, mediante Resolución No. 08-2015 de fecha 22 de enero de 2015, aprueba la integración de la Corte Nacional de Justicia, misma que ejerce jurisdicción a nivel nacional, de conformidad con el artículo 182, último inciso, de la Constitución de la República del Ecuador y 172 del Código Orgánico de la Función Judicial.

**3.2.** En cumplimiento con lo dispuesto por la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 182, por el Código Orgánico de la Función Judicial en el artículo 173, y por la Resolución No. 341-2014, renovó parcialmente un tercio de las y los integrantes de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, y designó a las y los siete juezas y jueces quienes reemplazaron en sus funciones a las y los salientes.

**3.3.** Este órgano jurisdiccional, es competente para conocer de la presente causa, en virtud de lo establecido en los artículos 184.1 Constitución de la República del Ecuador; 160.1 y 186.2 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ); y, 30.2 y 349 del Código de Procedimiento Penal.

**3.4.** El Tribunal de Casación está conformado por el doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional Ponente, de conformidad con el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial; doctor Luis Enríquez Villacrés, Juez Nacional; y, la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional, quien se encontraba con licencia obtenida en legal y debida forma, actuando en su lugar la doctora Zulema Pachacama Nieto, Conjueza Nacional, según oficio N° 93-SG-CNJ-ROG, del 24 de enero de 2017, suscrito por el Dr. Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

### **4.- TRÁMITE:**

De conformidad con la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014, corresponde aplicar las normas vigentes al tiempo del inicio del proceso, que para el caso, in examine, son las contenidas en el Código Penal, así como el Código de Procedimiento Penal.

### **5.- FUNDAMENTACIÓN y CONTESTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN:**

Según lo dispuesto en el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 345 ejusdem, se realizó la audiencia oral, pública y contradictoria, en la que las partes expresaron:

**5.1. El recurrente Ecler Heráclito Alcívar Rosado, al fundamentar el recurso de casación, por su defensa técnica particular ejercida por el doctor Pedro Emilio Cortez Asencio, en síntesis dijo:**

- Que interpone el recurso de casación, respecto de la sentencia emitida por la Corte Provincial de Justicia de Manabí, del 23 de febrero de 2016, a las 16h16, con el que se desecha el recurso de apelación, que planteó y confirma la sentencia emitida por el Sexto Tribunal de Garantías Penales de Manabí, con sede en Manta, que lo condena como autor del delito de peculado por un faltante de USD \$402 dólares, refiriéndose a los hechos y a la sentencia emitida en primera instancia, señalando que se lo condena con la predeterminación de responsabilidad penal, violándose el requisito de procedibilidad, ya que la Contraloría General del Estado solo ha señalado responsabilidad administrativa y no penal, conforme consta de la notificación de la resolución que le fuere notificado hace tres meses.
- Considera el recurrente que por parte de la Contraloría General del Estado, no hubo el seguimiento que corresponde, y los jueces no tomaron en consideración el artículo 39 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que le otorga la potestad exclusiva para determinar responsabilidades.
- Considera el recurrente que existe violación de lo dispuesto en el artículo 257 del Código Penal, ya que no se ha justificado los elementos consustanciales del delito de peculado, que es el perjuicio del Estado y que no ha incrementado su patrimonio durante los 33 años que laboró en la Función Judicial; considerando que existe error en la sentencia, porque no hay indicios de responsabilidad penal, ni se han justificado los elementos constitutivos del tipo del artículo 257 del Código Penal.
- También acusa la contravención expresa del artículo 76.7 l) de la Constitución de la República, considerando que la sentencia no se encuentra debidamente motivada; indicando que hubo un examen especial al Juzgado Vigésimo Quinto de lo Civil, por parte de la Contraloría General del Estado, emitiendo la resolución 1204-DR-08-04-2016, donde se señala la responsabilidad administrativa culposa y únicamente el funcionario judicial fue sancionado con multa.
- El recurrente solicita que se case la sentencia, se revoque el fallo de condena y se levanten todas las medidas dictadas en su contra; quien en su derecho de última palabra, ante el Tribunal de casación expresó: que lo ha sentenciado por un perjuicio de USD \$402 dólares y que esta Corte Nacional declaró la nulidad del proceso, solicitando que le considere la jurisprudencia y se tome en consideración que ha laborado más de 33 años en la Función Judicial.

**5.2. Contestación del delegado del señor Fiscal General del Estado, doctor José García Falconí, quien en síntesis indicó:**

- Que en la presente causa existen dos sentencias donde se establece con certeza que el procesado es autor del delito de peculado tipificado en el artículo 257 del Código Penal, imponiéndole la pena de 4 años, y que en la exposición el recurrente se ha referido a los hechos sin señalar alguna causal de las establecidas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, que se necesita en el presente recurso por ser técnico y extraordinario.
- Respecto a la contravención expresa del artículo 76.7. I) de la Constitución de la República, considera la Fiscalía que la sentencia se encuentra debidamente motivada porque reúne los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, en la que se establece que está justificada la existencia material de la infracción y por lo tanto no existe violación del artículo 257 del Código Penal.
- Respecto al perjuicio de “únicamente USD \$402.00 dólares”, señaló que el bien jurídico protegido es la violación de los deberes del funcionario público, que es precisamente lo que incumplió el procesado al haber utilizado dineros que fueron depositados en el Juzgado a su cargo, inclusive que correspondían al pago de pensiones alimenticias, por lo que no es prioritario el monto del perjuicio, sino la violación a los deberes de su cargo.
- Que el recurso de casación es la controversia entre la sentencia y la ley, pero que el recurrente al referirse a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y a su reglamento, incumple con la tecnicidad que requiere este recurso, porque no ha señalado cuál es el error y como éste influye en la decisión de la causa, solicitando que se deseche el recurso planteado.

**5.4. Intervención de la Contraloría General del Estado, a través de su representante Abogada María Isabel Caicedo Mafla, quien en conclusión señaló:**

- Que la Contraloría General del Estado, emitió el informe con indicios de responsabilidad penal, en el año 2013, con el que se inició el proceso penal, cumpliéndose con el requisito de procedibilidad y si últimamente solo se le ha señalado la responsabilidad administrativa, ello no significa, ni excluye la responsabilidad penal, atribuida en la sentencia de condena.

**5.5. Intervención del Dr. Paul Guerrero Godoy en representación de la procesada no recurrente Emilia Rosario Pincay Franco, quien manifestó:**

- Que con respecto a la contradicción nada tiene que alegar, ya que de la intervención de las partes no se ha afectado en nada los derechos de su defendido.

**6.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.**

**6.1. Con relación al recurso de casación.**

Este Tribunal de Casación, considera necesario puntualizar que del texto del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, se desprende que el recurso de casación, es un medio impugnatorio, que tiene por objeto corregir los errores de derecho, en que pudiera

incurrir el Tribunal de Apelaciones al momento de emitir la sentencia, por lo que constituye un recurso extraordinario de control de legalidad y del error judicial en los fallos de instancia, debiendo observarse si tal violación ha causado o no gravamen al recurrente.

Para nuestro criterio, el recurso de casación en la forma prevista en nuestra ley positiva, está encaminado a corregir yerros intelectivos que se presentan en el plano normativo de la ley, es decir, errores de puro derecho, mismos que son atribuibles a los tribunales de segunda instancia, en base a un defecto cognoscitivo que se avizora en el raciocinio que realiza el juzgador.

El tratadista Luis Gustavo Moreno, dice que el recurso de casación no puede ser considerado como una simple alegación de instancia, por el contrario, debe ser: “*Un escrito sistemático que indica y demuestra, lógica y jurídicamente, los errores cometidos en la sentencia, violatorios de una norma sustancial o de una garantía procesal, ceñida a las exigencias mínimas de la forma y el contenido que precisa la ley*”<sup>1</sup>. Es por eso, que no se puede considerar a la casación como una nueva o tercera instancia, sino como indica el mismo tratadista: “*Como una etapa extraordinaria del juicio en la que se debate “in jure” la legalidad de la sentencia y donde no existen términos probatorios*”<sup>2</sup>, por lo tanto, lo que se busca es que se corrijan los errores de derecho cometidos por el tribunal ad-quem, es decir, los casacionistas deben cumplir con las exigencias establecidas en la ley (Art. 349 CPP), y no lo ha hecho.

## 6.2. Respeto al tipo penal de peculado.

El delito de peculado, está contemplado en el artículo 257 del Código Penal, que indica: “*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, 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. (...)*”.

Respecto al delito de peculado la Corte Nacional de Justicia, dentro del fallo N° 1423-2016, del 10 de mayo de 2016, a las 09h25, se ha pronunciado en lo siguiente: “*Sobre el delito de peculado.- La Constitución de la República del Ecuador de 2008, en el artículo 233 dispone que: “Ninguna servidora, ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos”. Por su parte, el inciso segundo, de dicha norma, determina que: “Las servidoras y servidores públicos y los delegados o representantes de los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito”; y, concluyen el referido artículo manifestando que: “Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas”. Acogiéndonos al tratadista Carrara, este ilícito es la “Apropiación de cosas públicas cometida por una persona investida de algún cargo público, a la cual,*

<sup>1</sup> MORENO, Luis Gustavo, “*La Casación Penal, Teoría y Práctica bajo la Nueva Orientación Constitucional*”, Ediciones Nueva Jurídica, 2013, Bogotá-Colombia, pág. 65.

<sup>2</sup> Ibídem, pág. 65.

*precisamente en razón de éste, le fueron entregadas, con la obligación de conservarlas y devolverlas, las cosas de que se apropió”.*

Es decir que el peculado en sentido jurídico, es la fidelidad del cumplimiento del funcionario público o dignatario, puesto que el bien jurídico está dado por el eficaz desarrollo de la administración pública; y, por tanto, con lleva la incorrecta utilización de las cosas o efectos confiados a un funcionario, que tenía el encargo de darles un fin previamente convenido o establecido, siendo la mayor parte de esta acción la constituida por el dolo, esto es, la resolución libre y consciente de realizar voluntariamente una acción u omisión prevista y sancionada por la ley.

### **6.3. De las alegaciones del recurso y vulneraciones legales invocadas por la casacionista.**

El procesado recurrente Ecler Heráclito Alcívar Rosado, al fundamentar el recurso lo hace respecto de la sentencia emitida el 23 de febrero de 2016, a las 16h16, por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, que desecha el recurso de apelación que interpuso y confirma la sentencia emitida por el Sexto Tribunal de Garantías Penales de Manabí, con sede en Manta, que lo condena como autor del delito de peculado, por un faltante de USD \$402 dólares americanos, relatando los hechos, que están referidos en la sentencia de primer nivel; al respecto, como lo hemos indicado el recurso de casación es técnico y extraordinario, por ello quien recurre debe cumplir ciertas formalidades, como es identificar la sentencia que ataca, que no debe ser otra que la emitida por la Corte Provincial de Justicia, en el caso en concreto, de la Provincia de Manabí, constituyendo un error por parte del procesado el referirse a la sentencia de primer nivel, como ocurrió en la presente causa; pero además, se debe señalar la parte de la sentencia en la que considera existe el error de derecho, estableciendo como éste influye en la decisión de la causa y para ello el planteamiento debe estar ajustado a una de las causales establecidas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, ya sea por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación y por errónea interpretación. La primera circunstancia implica contrariar su contenido y al hacerlo sería una violación directa, también conocida como error de omisión. La segunda, indebida aplicación, puede darse aplicándola en un caso que no le corresponde, también conocido como error de pertinencia; y, la tercera, la errónea interpretación, podría dar lugar a ir más allá del contenido de la norma, contrariando su espíritu, y alcance, originándose un falso raciocinio, también conocido como error de interpretación.

Es por ello que, este recurso se resuelve en función de aquellas normas que el casacionista ha considerado que han sido violadas en la sentencia, debiendo mencionar y justificar claramente cuáles son las normas específicas de la ley que se han violado en el caso en concreto, teniendo que ser esta violación, una de aquellas que se consideran como directas, es decir, que la violación al precepto legal haya sido dada por contravención expresa de su texto, indebida aplicación, o por errónea interpretación, proveniente del acto volitivo del juez en el que, al utilizar el precepto legal, yerra en el verdadero sentido y alcance de la norma jurídica, que lo lleva a inaplicarla o aplicarla de manera incorrecta.

Con lo antes expresado, se establece, que el recurrente no se refirió a la sentencia emitida por la Corte Provincial de Justicia de Manabí y que además su exposición lleva implícito el pedido de volver a revalorizar la prueba actuada en juicio, lo cual es atribución exclusiva de los jueces de instancia y prohibida para el Tribunal de casación, por lo señalado en el segundo inciso del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.

Refiere el recurrente la violación del artículo 257 del Código Penal, ya que se ha iniciado la causa, únicamente con la predeterminación de responsabilidad por parte de la Contraloría General del Estado, y que no existió, antes de empezar la causa, el informe de la Contraloría General del Estado donde se indique que efectivamente tiene responsabilidad penal, ya que dicha resolución recién hace tres meses le fue notificada por parte del ente de control, atribuyéndole únicamente responsabilidad administrativa, señalando que los jueces no analizaron lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, con la que se establece que dicha entidad tiene potestad exclusiva para determinar responsabilidades, concluyendo que no está probado el perjuicio al Estado, y que no acrecentó su patrimonio durante los 33 años que laboró en la función judicial.

Ante el planteamiento realizado por el recurrente, respecto a que no existió el informe final de la Contraloría General del Estado, para la iniciación del proceso penal, debemos señalar, que efectivamente el informe de dicha entidad de control, con presunciones de responsabilidad penal, constituye el presupuesto de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal pública, requisito indispensable para la iniciación del proceso penal, lo cual se cumplió en la presente causa conforme consta del análisis realizado por los juzgadores de instancia, quienes establecieron que: *“La Fiscalía General del Estado, el 03 de diciembre del 2012, dio inicio la indagación previa contra Heráclito Alcívar Rosado y Rosario Pincay en base a la denuncia presentada por el ingeniero Wilton Saltos Rivas Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Manabí, mediante la cual se hace conocer que por el oficio s/n de fecha 11 de abril del año 2012, suscrito por la Ab. Mariela Delgado, ayudante judicial 1 del Juzgado XXV de lo Civil de Manabí con sede en la ciudad de Manta, pone a conocimiento varios hechos irregulares presuntamente cometidos por el ciudadano Ab. Heráclito Alcívar, secretario de dicho juzgado, y que tienen que ver con la desaparición de procesos, expedientes, retardo de causas; posteriormente con fecha 3 de agosto del 2012, la misma abogada Mariela Delgado, ya en calidad de Secretaria del Juzgado XXV, hace conocer que la Ab. Rosario Pincay, quien asumió el cargo en reemplazo de Heráclito Alcívar, no ha hecho entrega formal del despacho, existiendo dineros entregados a ella en diferentes juicios, así como dineros que habían sido entregados por PROHAPEZ S.A. en el juicio ejecutivo No 919-2010, que sigue el Banco de Machala, cuyo monto era de \$ 9.225,33 dólares; sin embargo revisado el proceso no existía constancia o comprobante de depósito de dicho dinero, por lo que el señor fiscal, acatando la resolución de la Corte Nacional de Justicia del 19 de marzo del 2010 resuelve disponer y solicitar a la Contraloría General del Estado, como ente controlador, que se efectúe un examen especial al Juzgado Vigésimo Quinto de lo civil, procediendo a efectuar el examen especial referente a las actividades operativas de las cuentas, títulos, valores, especies, todo valor o monto de dinero que maneja el Juzgado XXV de lo Civil, determinándose que el faltante respecto de la actividad producido por ECLER HERACLITO ALCIVAR ROSADO es de \$13.939,29 y sobre EMILIA ROSARIO PINCAY FRANCO de \$19.586.66 indicando, de que durante el tiempo que estuvieron como actuarios, depositarios de la fe estatal y ciudadana, habían abusado, distraído y dispuesto arbitrariamente de los fondos, confiados a ellos”.(sic).*

También, en el análisis realizado por los juzgadores de instancia consta, el Informe DR5-DPM-AE-0037-2013 del Examen Especial efectuado por la Contraloría General del Estado y sus anexos aprobado el 13 de diciembre de 2013 por la Dirección Regional 5 y suscrito por el Delegado Provincial de Manabí Dr. Efrén Roca Álvarez, mediante el cual se pone en conocimiento el examen especial de recepción y depósitos de valores dentro de los juicios tramitados por el Juzgado Vigésimo Quinto de lo Civil y Mercantil de Manta de la Corte Provincial de Manabí, en el cual se determinó que no se depositaron en la cuenta que mantiene el juzgado valores recibidos por consignaciones en varios juicios de distinta vía de acción procesal y pensiones alimenticias efectuados en el periodo de 01 de enero del año 2008 y el 30 de septiembre del año 2012, determinando indicios de responsabilidad penal en contra de los ciudadanos ECLER HERACLITO ALCIVAR ROSADO y EMILIA ROSARIO PINCAY FRANCO; documento que sirvió para superar el impedimento al ejercicio de la acción, que constituye el requisito de procedibilidad, que es precisamente el informe de contraloría con el que se establece presunciones o indicios de responsabilidad penal.

Con lo anterior, establecemos que se cumplió el presupuesto de procedibilidad que se requiere para la iniciación del proceso penal, que es el requisito sin el cual no se habría podido iniciar la causa, ya que como lo afirma el doctor Jorge Zavala Baquerizo, en su obra Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I, Editorial Edino, Pág., 96, al respecto señala: *“El presupuesto procesal para que tome vigencia jurídica plena exige la presencia de ciertas circunstancias con anterioridad al establecimiento de la relación jurídica, que es de la naturaleza del proceso penal. Es decir, para la constitución de esa relación jurídica se exige por parte de la ley la presencia de circunstancias que deben surgir con anterioridad al proceso. Esto es lo que se conoce dentro de la doctrina como “presupuestos procesales” o, con mayor precisión, “presupuestos de la relación jurídica procesal. (...) De lo dicho se infiere, entonces, que para la eficacia jurídica de un proceso penal y, por ende, de la decisión definitiva contenida en ese proceso, es necesario que el mismo se haya iniciado conforme a dichas prescripciones legales, iniciación que no puede manifestarse si no están presentes los presupuestos procesales que, como se colige, no solo miran a la iniciación del proceso penal, sino también a la eficacia jurídica del mismo”.*

El recurrente señaló, que recientemente la Contraloría General del Estado únicamente había establecido responsabilidad administrativa en su contra, sin que exista responsabilidad penal y que por ello se había violado el artículo 257 del Código Penal; al respecto, este Tribunal de casación, señala que el presupuesto de procedibilidad que se exige para iniciar el proceso, por esta clase de delitos de peculado, es el informe de la Contraloría General del Estado, donde se establezcan indicios de responsabilidad penal, pero dicho presupuesto de procedibilidad ya no es indispensable para emitir la sentencia, ya sea ésta condenatoria o donde se reconozca el estado de inocencia, por lo que no es procedente lo planteado por el recurrente, en virtud, de que en el análisis de la sentencia impugnada, los juzgadores de instancia han obtenido la certeza de la existencia de la infracción de peculado, así como la responsabilidad del procesado, no solo por el informe de Contraloría, con indicios de responsabilidad penal, sino que dicha certeza también la obtuvieron de toda la actividad probatoria, que lo constituye el testimonio de quienes realizaron el informe contable financiero, con el que se determinó el faltante de USD \$13.939.29 dólares, producto de consignaciones realizadas en varios procesos y sobre

todo que correspondían a pensiones alimenticias, que el procesado recurrente en calidad de secretario de juzgado no había entregado a sus beneficiarios, quien además devolvió la cantidad de USD \$13.537.27 dólares quedando una diferencia por consignar de USD \$420.02, dólares, lo cual también se estableció con el testimonio de quien practicó el informe técnico pericial del documentos y los testimonios rendidos por Sara Serrano Amaya, María Intriago Zambrano, en calidad de supervisora de auditoria y jefa de equipo para el examen especial realizado por la Contraloría General del Estado, con las que los juzgadores concluyeron: *“Que se pudo determinar, respecto de Ecler Heraclito Alcívar Rosado, que los depósitos se hicieron en períodos anteriores a la fecha que él las devolvió, algunos de 2010 y 2011 la devolución se efectuó en el 2012 después de que él había salido del juzgado, en algunos había providencia que se hicieran los depósitos en 24 horas y no se lo habían hecho, para Contraloría eso es un hallazgo importante porque hay una orden y las recaudaciones deben ser depositadas inmediatamente e intactas cuando se reciben por parte de los secretarios de cualquier entidad o de las personas que realizan funciones de recaudación por eso está determinado este informe que existen indicios de responsabilidad penal, contra Ecler Heraclito Alcívar Rosado”.*

Respecto a que no está justificada la materialidad de la infracción, como lo alega el recurrente, los juzgadores de instancia en forma motivada y luego del análisis de los medios probatorios llegaron a establecer que: *“Dentro de la presente causa penal se ha probado conforme a derecho la materialidad de la infracción, que consiste en sus resultados, en sus vestigios, en los instrumentos con los que se cometió, lo cual está recogido y conservado con la debida cadena de custodia, para ser presentado a juicio, y que en el presente caso se lo justificó con: Acción de personal de la Ab. Emilia Rosario Pincay Franco, asignada al Juzgado Vigésimo Quinto de lo Civil de Manabí en Manta, y Acción de personal del Ab. Ecler Heráclito Alcívar Rosado como secretario del Juzgado Vigésimo Quinto de lo Civil en Manta, acción de personal de destitución No.757-DNP de fecha 29 de febrero del 2011 del Ab. Heráclito Alcívar Rosado y con las piezas procesales a las que hizo referencia el señor Fiscal, entre ellas la pericia contable realizada por la perito Verónica Elizabeth Sánchez Mejía, y que fue sustentada en su testimonio, donde determina por una parte un faltante de 13.939,29 dólares de varias consignaciones realizadas por concepto de pagos en los procesos judiciales, resumidos en el anexo 30 de dicho informe, de los cuales se consignaron 13.537,27 dólares, resultando una diferencia de 420,02 dólares, esto en relación a Heráclito Alcívar, y por otra parte se determinó un faltante de 19.786,66 dólares de varias consignaciones realizadas por concepto de entrega de valores en procesos judiciales, faltante atribuido a la procesada Emilia Rosario Pincay Franco, de éste último faltante no se había devuelto ningún valor; reconocimiento del lugar de los hechos realizado por el perito Diego Israel Ruiz Aguilar, estableciendo que el lugar existe, y que está ubicado en el centro de la ciudad de Manta sobre la Av. 2 y calle 9; Informe DR5-DPM-AE-0037-2013 del Examen Especial efectuado por la Contraloría General del Estado y sus anexos aprobado el 13 de diciembre de 2013 por la Dirección Regional 5 y suscrito por el Delegado Provincial de Manabí Dr. Efrén Roca Álvarez, mediante el cual se pone en conocimiento el examen especial de recepción y depósitos de valores dentro de los juicios tramitados por el Juzgado Vigésimo Quinto de lo Civil y Mercantil de Manta de la Corte Provincial de Manabí, en el cual se determinó que no se depositaron en la cuenta que mantiene el juzgado valores recibidos por consignaciones en varios juicios de distinta vía de acción procesal y pensiones alimenticias efectuados en el periodo de 01 de Enero del año 2008 y el 30 de septiembre del año 2012”.*

También se señala en la sentencia que: *“de ésta manera salta a la vista y se ve ejecutada la participación de los procesados en el cometimiento de éste ilícito, debido a su falta de*

*cumplimiento cuando ejercían las funciones de secretario y secretaria, en su orden del juzgado Vigésimo Quinto de lo Civil de Manta, faltando como bien lo dice el Tribunal A-quo, que los acusados tenían la obligación de cumplir con el mandato constitucional contenido en el artículo 233 de la Constitución de la República que dice "Ninguna servidora o servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos...", artículo 100 del Código Orgánico de la Función Judicial, que dice: "Deberes.- Son deberes de las servidoras y servidores de la Función Judicial, según corresponda el puesto que desempeña, los siguientes: 1.- Cumplir, hacer cumplir y aplicar, dentro del ámbito de sus funciones, la Constitución, los instrumentos Internacionales de Derecho Humanos, las leyes y Reglamentos generales; el Estatuto orgánico administrativo de la Función Judicial, los reglamentos, manuales, instructivos y resoluciones del pleno del Consejo de la Judicatura, y de sus superiores jerárquicos. 2.- Ejecutar personalmente las funciones de su puesto con honestidad, diligencia, celeridad, eficiencia, lealtad e imparcialidad." así como tampoco dieron cumplimiento a lo prescrito en los artículos 1, 3, 4, y 13 del Reglamento de Depósitos judiciales, que manda a los recaudadores del sector público, a que los ingresos obtenidos a través de las cajas recaudadoras, sean revisados, depositados en forma completa e intacta y registrados en las cuentas rotativas de ingresos autorizadas, durante el curso del día, o máximo al día hábil siguiente, actividades que no se ven cumplidas por parte de los procesados Heráclito Alcívar Rosado y Emilia Rosario Pincay Franco, cuya actuación es antijurídica y se adecuada al tipo penal de peculado, cuyos elementos del tipo penal se ven cumplidos, pues los procesados Heráclito Alcívar Rosado y Emilia Rosario Pincay Franco, al ostentar la calidad de funcionario público, abusaron de los dineros entregados a ellos, y que fueron utilizados en provecho personal, conducta que lesiona un bien jurídico como es la administración pública, lesiona la correcta y buena marcha de las instituciones públicas y correlativamente la probidad y fidelidad de quienes prestan sus servicios a éstas instituciones; debiendo tomarse en cuenta lo que manifiesta el jurista Dr. Ernesto Albán Gómez, en su libro "Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Tomo II, Parte Especial, pág. 130, en relación al objeto material del abuso, y dice: El Código señala que el abuso se comete con "dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles", que están en poder del sujeto activo. Debe de entenderse a la distinción que hace el Código de dineros públicos o privados. En efecto, los dineros pueden ser propios de la institución pública que se trate, pero también puede ser de propiedad particular entregados a un funcionario para una determinada finalidad; por ejemplo, pagos por consignación o pensiones de alimentos depositados en efectivo en manos de funcionarios judiciales, para ser entregados a sus destinatarios, pero que son objeto de apropiación", el delito existe aunque el sujeto activo devuelva los valores distraídos; pues el sujeto pasivo en éstos delitos, son todos los ecuatorianos representados por el Estado, que en el presente caso, se ve perjudicada la función judicial, representada por el Consejo de la Judicatura, en cuanto a la pérdida de confianza en el sistema estatal y su accionar a través de sus funcionarios; por lo expuesto no caben las alegaciones realizadas por los abogados de los procesados Ecler Heráclito Alcívar Rosado, y Emilia Rosario Pincay Franco".*

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en resolución dictada el 19 de marzo de 2010, y publicada en el Registro Oficial N° 154, respecto al requisito previo que debe ser presentado en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, resolvió: "Artículo 1.- Para el ejercicio de la acción penal pública, esto es, para el inicio de la instrucción fiscal, por los hechos a los que se refiere el artículo 257 del Código Penal, los artículos innumerados agregados a continuación de éste, y los artículos innumerados agregados a continuación del artículo 296 del mismo Código, Capítulo "Del Enriquecimiento Ilícito" incorporado por el artículo 2 de la Ley N° 6, publicada en el Suplemento

del Registro Oficial N° 260 de 29 de agosto de 1985, se requiere el informe previo de la Contraloría General del Estado, en el que se determine indicios de responsabilidad penal”.

Con lo expuesto este Tribunal de casación, establece que no es procedente los cargos planteados por el recurrente, ya que no se ha justificado la violación o el error de derecho, conforme se requiere para este recurso extraordinario, ya que si se cumplió con el presupuesto de procedibilidad y se ha justificado conforme a derecho la existencia material de la infracción, esto es, el delito de peculado tipificado en el artículo 257 del Código Penal, cumpliendo la sentencia con lo dispuesto en el artículo 76.7.I) de la Constitución de la República, al ser razonable, lógica y comprensible, habiendo los juzgadores de instancia analizado los hechos con toda la actividad probatoria y los encajaron en el tipo penal que correspondía, emitiendo por ello la sentencia condenatoria, de conformidad con el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal.

Por lo antes expuesto y al no existir el error de derecho, conforme las causales del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, “**ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal:

**RESUELVE POR UNANIMIDAD:**

- 1) Declarar improcedente el recurso de casación presentado por Ecler Heráclito Alcívar Rosado; al no haberse demostrado violación de la ley en la sentencia recurrida, conforme lo expuesto en la parte motiva del fallo.
- 2) **Devuélvase** el proceso al Tribunal de origen para la ejecución de la presente resolución. **NOTIFIQUESE, CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE.**- F.- Dr. Jorge M. Blum Carcelén, MSc.-**JUEZ NACIONAL PONENTE.**- F.- Dr. Luis Enríquez Villacrés.-**JUEZ NACIONAL.**- F.- Dra. Zulema Pachacama Nieto.- **CONJUEZA NACIONAL.**-

**Certifico.- Dr. Carlos Torres Cáceres.- SECRETARIO REALATOR:**

**CERTIFICO:** Las seis (06) fojas que anteceden son iguales a su original

Quito, 23 de octubre de 2017.

Dra. Ivonne Guamaní León  
**SECRETARIA RELATORA**

**CASO No.** 1072-2015

**RESOLUCIÓN No.** 0845-2017

**RECURSO:** CASACIÓN

**PROCESADO:** JORGE GIOVANNY MALDONADO JIMÉNEZ Y OTRO

**DELITO:** TRÁFICO ILEGAL DE MIGRANTES

**TRÁMITE C. O. I. P.**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL WECUADOR**

**SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y  
TRÁNSITO.-**

**Juicio No.- 1072-2015-**

**RECURSO DE CASACIÓN**

Quito, martes 30 de mayo del 2017, las 10h52.-

**VISTOS:**

Una vez agotado el trámite legal pertinente y por ser el estado de la causa el de dictar sentencia por escrito, para hacerlo, se considera:

**1. ANTECEDENTES**

**1.1 Contenido de la sentencia impugnada con relación al objeto del proceso penal**

La abogada Myriam Marlene Mendoza Cozar, Fiscal de Morona Santiago, interpuso recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago, el 14 de junio de 2015, a las 13h28, que acepta el recurso de apelación interpuesto por los procesados: Lenin de Janon Chacha Chacha y Jorge Giovanny Maldonado Jiménez, confirmando el estado de inocencia; y, revoca el fallo emitido por el Tribunal de Garantías Penales de dicha provincia, el 20 de mayo del 2015, las 10h14, que los declaró responsables en calidad de autores del delito tipificado y sancionado en el artículo 213 del Código Orgánico Integral Penal, imponiéndole la pena privativa de libertad de un año, al pago de las costas procesales y al pago de la multa de veinte salarios básicos unificados del trabajador.

Como hechos litigiosos, según la teoría del caso esgrimida por parte de Fiscalía, quedó sentado lo siguiente:

*(...) en el mes de agosto de 2014 Betty Vinza para viajar a los Estados Unidos se*

*contactó por teléfono con Lennin Chacha y días después se encontró con él cerca del Registro Civil de Macas donde pactó su viaje trasladarse el día 24 de agosto hasta la ciudad de Quito donde se reunió con Catherine Barrionuevo la cual le debía dirigir en su salida del país llegando ilegalmente juntas hasta Ipiales, Cali, Bogotá y San Pedro de Sula, lugares estos donde fueron trasladados y guiados en las noches y madrugadas con otros compatriotas y arribando finalmente hasta Huehuetenango en Guatemala donde luego de ser destruida toda su documentación son trasladados hasta una “bodega” y retenidas con vigilancia permanente por 15 días; en este lugar Lennin Chacha se comunica con Betty Vinza para decirle si es que su familia no pagaba el dinero pactado no saldrían de ese lugar debiendo los guardias de aquel lugar recibir la “luz verde” de parte de alias “Antonio” jefe de aquella organización internacional quien emitía la orden de salida si el pago se verificaba el mismo que iba a parar a las cuentas de Víctor Samaniego Ordóñez, retribución económica que no se logró concretar por causas extrañas a los agentes y por la oportuna denuncia presentada por Faviola Abril madre de la víctima motivo por el cual acusa a los procesados Lenín Chacha, Víctor Samaniego y Jorge Maldonado por el delito de “secuestro extorsivo”, tipificado y sancionado en el art. 162 del COIP cometido en las circunstancias de los numerales 1, 5 y 9 en el grado de autores (...)"<sup>1</sup>*

## 1.2 Sustanciación del recurso de casación

A la presente sentencia, que pone fin al recurso de casación interpuesto por el procesado, le anteceden los siguientes actos procesales, que denotan su validez:

- Providencia dictada por la Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago (fs. 75 del expediente de apelación), en la que se admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por la abogada Myriam Marlène Mendoza Cozar, Fiscal de Morona Santiago.
- Sorteo de la causa Nro. 17721-2015-1099, efectuado por la Presidencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, mediante el que se radicó la competencia en el Tribunal de Casación integrado por los doctores: Jorge Blum Carcelén (P), Luis Enríquez Villacrés y Miguel Jurado Fabara, Jueces Nacionales.
- Por licencias legalmente concedidas a los doctores: Jorge Blum Carcelén y Luis Enríquez Villacrés, Jueces Nacionales, en cuyo reemplazo, le correspondió actuar en la sustanciación de este recurso, a los doctores: Edgar Flores Mier y

<sup>1</sup> Considerando CUARTO, Antecedentes sentencia de la Corte Provincial de Morona Santiago.

Richard Villagómez Cabezas, Con jueces Nacionales, conforme se desprende de los oficios Nos. 642-SG-CNJ-ROG y 639-SG-CNJ-ROG, de fecha 5 de mayo de 2017, respectivamente, suscritos por el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

- Auto de calificación del recurso de casación, de fecha 30 de septiembre de 2016, las 16h43, donde se admite como único cargo “Falta de motivación de la sentencia por errónea aplicación del artículo 76, numeral 7 literal L) de la Constitución de la República del Ecuador”.
- Audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, en la que fueron escuchados: el doctor Raúl Garcés Llerena, delegado del señor Fiscal General del Estado (recurrente); abogado Juan Carlos Salazar, defensor particular del procesado Jorge Giovanny Maldonado Jiménez; doctor David Cando, defensor particular del procesado Lenin de Janon Chacha Chacha; y, el doctor Paúl Ludeña, Defensor Público del procesado Víctor Samaniego Ordóñez.

### **1.3 Cargos planteados en la fundamentación por la Fiscalía General del Estado como parte recurrente.**

Durante la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, el doctor Raúl Garcés Llerena, delegado del señor Fiscal General del Estado, como único cargo admitido en contra de la sentencia impugnada, se dijo:

- **Falta de motivación por violación del artículo 76.7.I de la Constitución de la República del Ecuador.**

Manifestó el representante de la Fiscalía, que la sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago, adolece de falta de motivación por una “errónea interpretación del artículo 76.7.I de la Constitución de la República del Ecuador” – en adelante CRE-, puesto que, la Corte no enuncia las normas o principios jurídicos, en los cuales funda la decisión de ratificar el estado de inocencia de los procesados Jorge Giovanny Maldonado Jiménez y Lenin de Janon Chacha Chacha, ni siquiera se explica los antecedentes para llegar a tal decisión.

El error alegado se encuentra en el considerando séptimo de la sentencia, donde se hace un análisis equivoco del principio de congruencia, así como también un análisis equivoco de los hechos en relación con el artículo 213 del Código Orgánico Integral Penal –en adelante COIP- y el secuestro extorsivo del artículo 162 ibídem.

Estima que sí se cumple el principio de congruencia de la acusación fiscal, ya que los

procesados siempre se defendieron por los mismos hechos que generó este proceso. De la lectura de la sentencia se puede evidenciar que la misma no es razonable, ni lógica, ni comprensible; por lo tanto, no cumple con los parámetros de la motivación, lo que implica una violación del artículo 76.7.I CRE, en relación con los artículos 5.18 y 441 COIP.

En definitiva, el delito del artículo 213 COIP, se ha justificado, así como la culpabilidad de los procesados Jorge Giovanny Maldonado Jiménez y Lenin de Janon Chacha Chacha; y, a fin de que se corrija el error de derecho alegado, solicita se declare la nulidad constitucional de la sentencia impugnada.

#### **1.4. Intervención del procesado Jorge Giovanny Maldonado Jiménez.-**

La defensa técnica del procesado Jorge Giovanny Maldonado Jiménez, en lo principal manifestó:

La Fiscalía no solo que no ha fundamentado el recurso de casación, sino que violentó el principio de buena fe y lealtad procesal, y esto no solo respecto a las partes procesales, sino a los mismos jueces del tribunal de casación, porque ni siquiera se identificó la sentencia impugnada, no se dijo de qué fecha, pues la Corte de Justicia de Morona Santiago ha dictado varias sentencias.

En esta audiencia se pretende cambiar el error de derecho acusado, diciendo que existe “errónea interpretación” del artículo 76.7.I CRE, cuando en el escrito de interposición del recurso y así fue admitido por el Tribunal de Casación, se dice que existe “errónea aplicación”, causal inexistente, lo cual también implica violación del principio de buena fe y lealtad procesal.

De otro lado, precisamente por aplicación del principio de congruencia, es que lo jueces de instancia hacen un análisis entre los tipos penales de los delitos de secuestro extorsivo y tráfico ilegal de migrantes, donde los verbos rectores son diferentes, en el primero son: retener, ocultar, arrebatar y trasladar; en el segundo son: promover, captar, acoger, facilitar, inducir, financiar, colaborar, participar y ayudar. Igual ocurre con los bienes jurídicos protegidos, en el caso del secuestro extorsivo, se protege la libertad ambulatoria; mientras que, en el tráfico ilegal de migrantes, se protege el orden migratorio; por lo tanto, los hechos son diferentes y sobre este segundo delito nunca se debatió, de allí que, la sentencia es razonable, lógica y comprensible.

Por lo expuesto, solicita se deseche el recurso de casación y se confirme la sentencia impugnada.

#### **1.5. Intervención del procesado Lenin de Janon Chacha Chacha.**

La defensa técnica, el procesado Lenin de Janon Chacha Chacha, en lo principal expuso:

El único cargo que se ha planteado no existe como causal de casación en el artículo 656 COIP, por lo que el recurso de casación interpuesto por Fiscalía, deviene en improcedente.

El escrito de interposición del recurso, ni siquiera determina a qué norma legal se refiere, los señores jueces presumen que se trata de la Constitución de la República del Ecuador, pero allí no se mencionan los artículos 5.18 y 441 COIP, como se ha pretendido alegar en esta audiencia, lo cual es romper con el principio de lealtad procesal. No se puede mezclar las causales al decir “errónea aplicación”, porque una cosa es la errónea interpretación y otra la indebida aplicación, lo que denota la falta de fundamentación del recurso.

La sentencia impugnada está bien elaborada, se ha dicho que no se enuncian las normas, nada más falso, basta revisar el fallo para verificar todo lo contrario, pues no solo se enuncian las normas sino que se explica su pertinencia, especialmente cuando se analiza los tipos penales de los artículos 162 y 213 COIP, cuyas conductas y bienes jurídicos son diferentes.

Por eso decimos que la sentencia es razonable, lógica y comprensible; por lo tanto, se solicita se declare improcedente el recurso de casación y se ratifique la sentencia recurrida.

#### **1.6. Intervención del procesado Víctor Samaniego Ordóñez.-**

El doctor Paúl Ludeña, Defensor Público, manifiesta que: en vista de que los intereses de su defendido no han sido vulnerados no tiene nada que exponer; haciendo caer en cuenta al Tribunal de Casación, que su patrocinado viene con doble conforme de inocencia.

Al no haberse fundamentado debidamente el recurso, solicita sea desechado.

#### **1.7. Réplica.**

El delegado del señor Fiscal General del Estado, haciendo uso del derecho de réplica, señala que al ser en la audiencia donde debe fundamentarse el recurso de casación, por eso ha manifestado que la causal de la falta de motivación de la sentencia impugnada, es por errónea interpretación del artículo 76.7.I CRE, en relación con el artículo 5.18 COIP, que hace referencia a la obligación de motivar las resoluciones, insistiendo en que el fallo recurrido carece de motivación, cuyo yerro se encuentra en el considerando

séptimo.

## 2. ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES A SER EXAMINADOS POR EL TRIBUNAL DE CASACIÓN

### 2.1. Competencia.-

Este órgano jurisdiccional, es competente para conocer de la presente causa, en virtud de lo establecido en los artículos 184.1 de la Constitución de la República; 160.1 y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, 30.1 y 349 del Código de Procedimiento Penal.

Efectuado el sorteo de ley, además de los actos procesales que constan descritos en el numeral 1.2 *supra*, este Tribunal de Casación ha quedado integrado por el doctor Edgar Flores Mier, Conjuez Nacional Ponente; y, los doctores: Miguel Jurado Fabara y Richard Villagómez Cabezas, Juez y Conjuez Nacionales, actuando este último en reemplazo del doctor Luis Enríquez Villacrés, Juez Nacional, por licencia legalmente concedida, conforme al oficio N° 639-SG-CNJ-ROG, de fecha 5 de mayo de 2017, suscrito por el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

### 2.2 Análisis de los cargos propuestos por la Fiscalía General del Estado.

#### 2.2.1. Falta de motivación por “errónea aplicación” del artículo 76.7.I (CRE).

Respecto al cargo formulado por Fiscalía, este no ha sido debidamente fundamentado, pues solo se ha hecho enunciados señalando que existe falta de motivación toda vez que los juzgadores de instancia no señalan las normas o principios jurídicos en que se basan para dictar una sentencia ratificatoria de inocencia. Además, se dijo que la sentencia no es lógica ni comprensible, sin precisar cuáles son las premisas, las conclusiones y la decisión, cómo entre éstas no se guarda relación lo que vuelve al fallo en ilógico e incomprensible; pues, la formulación del recurso de casación, “...no debe guiarse sobre la presunta verdad que acompaña a cada una de las partes, sino sobre los motivos que expresamente señala la norma procesal penal, pues en ningún momento se está juzgando -nuevamente- al acusado, lo que se encuentra en tela de juicio es la decisión judicial” (Moreno Rivera Luis Gustavo. La Casación Penal. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá-Colombia. 2013. Pág.97).

Debemos indicar que en el presente caso, Fiscalía ha escogido la causal de “errónea aplicación de la ley”, causal que no existe dentro de la norma del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, lo que de por sí lo vuelve al recurso en improcedente, claro está en virtud del principio de taxactividad; sin embargo, el delegado del señor fiscal General

del Estado, dentro de la audiencia de fundamentación del recurso, señaló que la causal escogida es la “errónea interpretación” del artículo 76.7.I. CRE.

Según Fiscalía este yerro se encuentra en el considerando séptimo de la sentencia, sin determinar la parte específica, teniendo en cuenta que este considerando está estructurado en varios numerales (4), que han sido desarrollados desde fs. 59 vta. hasta fs. 67 del cuaderno de apelación, de allí, la obligación del recurrente de precisar la parte de la sentencia donde supuestamente existe el error de derecho invocado.

Para abundar, es preciso señalar que cuando el censor alega como causal la errónea interpretación de la ley, se parte de la aceptación de la norma jurídica escogida por el juzgador aplicable al caso concreto, pero que al momento de interpretarla le dio un alcance restringido o laxo a lo que realmente debe interpretarse de ella; además, de la aceptación de la norma escogida, el casacionista parte de la aceptación de los hechos y las pruebas tal como se dieron por probados en la sentencia. De allí, la explicación del por qué el recurso de casación es de carácter extraordinario, formalista y restrictivo, ataca exclusivamente a la sentencia para invalidarla o anularla debido a los vicios de fondo o forma que presente, por violación directa de la ley, por su falta de aplicación o por errada interpretación de la misma, sin que proceda la alegación invocada por Fiscalía como parte procesal recurrente.

Por otro lado, en lo que respecta a los parámetros para analizar el recurso de casación, este órgano jurisdiccional ha señalado que:

*(...) La interposición del recurso de casación por parte de uno de los sujetos procesales, impone en ellos tres obligaciones para su debida fundamentación: a) La determinación de un artículo específico, vigente dentro del ordenamiento jurídico, que se considere vulnerado mediante la sentencia expedida por el juzgador de última instancia; b) La adecuación de esa vulneración a una de las causales que taxativamente prevé el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, para la procedencia del recurso de casación, con la finalidad de indicar si la violación del ordenamiento jurídico responde a su falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación; y, c) Los argumentos jurídicos que sustentan el haber interpuesto este recurso extraordinario, en los cuales debe hacerse mención a la parte de la sentencia del Tribunal ad quem que contiene la vulneración; la comparación entre la interpretación o aplicación del ordenamiento jurídico que, a criterio del recurrente, debía efectuarse y aquella que realizó el*

*órgano jurisdiccional de instancia; y, por último, la trascendencia del error de derecho que se ha presentado en el fallo impugnado, esto es, como ha influenciado en su parte dispositiva. (...) (sic). (CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar y Tránsito. Recurso de casación No. 1389-2012. Merino Oñate y Chicaiza Maridueña vs Tercera Sala de lo Penal, Colusorio y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas).*

La casación debe interponerse únicamente sobre la base y por los motivos previstos en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal (actual art. 656 COIP); en tanto y en cuanto, no cualquier clase de “inconformidad” con la sentencia, es susceptible de ser recurrida por esta vía; pues la naturaleza y/o esencia del recurso de casación es corregir los errores, que al momento de aplicar el derecho, cometan los juzgadores de instancia; de allí, que los parámetros para fijar la existencia de dicho error vienen dados por la norma que contiene las causales taxativas para la presentación del recurso de casación. Además, dado que la voluntad del recurrente no puede ser deducida por el Tribunal de Casación, sino tan solo de la norma jurídica considerada violada; es necesario, que con la técnica jurídica adecuada, el casacionista realice una argumentación, en derecho, exponiendo su concreto interés para recurrir por vía de casación; todo lo cual, como quedó evidenciado, no se lo ha realizado. De allí, que ante la falta de fundamentación adecuada y sobre todo precisa de las alegaciones esbozadas por Fiscalía, el recurso, en sí mismo, deviene en improcedente.

#### **Casación de oficio.**

La circunstancia de que el recurso de casación haya sido declarado improcedente, no impide que este Tribunal de Casación, de oficio, ejerza el control constitucional y legal de la sentencia impugnada, facultad jurisdiccional que constituye una excepción al principio de limitación<sup>2</sup>, teniendo como fundamento lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, que en su parte pertinente dispone: “(...) Si la sala observare que la sentencia ha violado la ley, admitirá la casación, aunque la fundamentación del recurrente haya sido equivocada”.

En tal virtud, al haberse desechado el recurso de casación, no se puede considerar que el fallo recurrido no contenga errores de derecho que deban ser corregidos por este

<sup>2</sup> En general el Tribunal de Casación no puede desbordar la propuesta formulada por el recurrente en la fundamentación del recurso. De tal manera que solo el recurrente fija los límites de la impugnación, en base a una proposición jurídica completa y correcta.

Por excepción, en aras de la justicia cabe la casación ex oficio, pese al yerro en la formulación del gravamen.

órgano jurisdiccional, en cuanto influyan en su parte dispositiva. Con esto nos referimos al debido proceso, en la garantía de la motivación de la sentencia.

En reiterados fallos esta Sala, ha manifestado que la motivación constituye una obligación, en este caso, de los órganos jurisdiccionales, una garantía del debido proceso, que asegura a los justiciables a conocer las causas por las que la o el juzgador aceptó o negó las pretensiones planteadas por los sujetos procesales, por lo tanto no puede ser vista como una formalidad, sino como un derecho. La Corte Constitucional para el periodo de transición, sobre la motivación ha dicho: “...*Como parte esencial de los principios que forman parte del derecho al debido proceso se encuentra la motivación de las sentencias, puesto que con ellos se configura el accionar conforme a la Constitución y Derecho por parte de las diversas autoridades públicas, quienes son las primordialmente llamadas a velar por el cumplimiento de los principios y garantías constitucionales. En la especie, este principio de motivación se articula simbióticamente con el derecho a una tutela judicial efectiva, y obviamente aquello contribuirá a garantizar la seguridad jurídica dentro de un estado constitucional, con el objeto de que quienes acuden a los diversos órganos jurisdiccionales no queden en la indefensión, y de generar la confianza debida en el sistema jurídico ecuatoriano; empero, aquello no significa exclusivamente a acceder a los órganos jurisdiccionales, sino que una vez ejercitado aquel derecho, los jueces y las juezas deben guiar sus actuaciones diligentemente en aras de alcanzar la tan anhelada justicia, y es precisamente a través de la motivación de las resoluciones judiciales cuando los jueces y juezas determinan que sus actuaciones se han producido con apego a la Constitución y las leyes que rigen un caso en concreto*”<sup>3</sup>.

De su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto del estándar mínimo que debe cumplir una resolución para ser considerada debidamente motivada, ha señalado: “*El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que pueda afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomadas en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Así mismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las debidas garantías incluidas en el artículo 8.1 de la*

<sup>3</sup> Sentencia N°003-10-SEP-CC. Registro Oficial 117 de 27 de enero de 2010.

*Convención para salvaguardar el derecho a un debido proceso*<sup>4</sup>.

El artículo 76.7.I de la Constitución de la República del Ecuador, establece que:

*“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...]”*

*7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...]”*

*l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivados. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.*

En efecto, esta obligación aparte de constituirse en un requisito esencial, o en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es parte de las garantías del debido proceso, es una causal de nulidad de los actos que no hayan sido motivados. Pero, al hablar de la motivación, no solamente se refiere a la vinculación de hechos con normas jurídicas, sino que esta va más allá. “(...) debe cumplir además, estándares que permitan evaluar la prolijidad en la utilización de la lógica y argumentación jurídica y que den cuenta a las partes y al auditorio social en general, de que la decisión adoptada ha sido precedida por un verdadero ejercicio intelectivo<sup>5</sup>. El Código Orgánico de la Función Judicial, menciona que:

*“Art. 130.- FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.- Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben:*

*4. Motivar sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos”.*

<sup>4</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Apizt Barbera y otros vs Venezuela, 5 de agosto de 2008, párrafos 77 y 78.

<sup>5</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N°076-13-SEP-CC, caso N° 1242-10-EP.

En virtud de lo expuesto, este Tribunal de Casación analizará por medio del test de motivación si la sentencia dictada el 14 de julio de 2015, por los señores jueces de la Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago, se encuentra debidamente motivada.

**a. Respecto a la razonabilidad**, como se sabe este parámetro implica la enunciación de los operadores de justicia de las disposiciones constitucionales y legales aplicadas, acordes con la naturaleza de la causa puesta en su conocimiento, con base a las cuales justifican su decisión. Los jueces de apelación, dentro de la decisión impugnada, citan el artículo 178.2 y 186 CRE, en relación con los artículos 208.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, 653.4 y 654 COIP, para determinar su competencia para conocer y resolver la presente causa.

A continuación, cita los artículos: 76.7.m CRE; 8.2.h) de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos Pacto de San José); 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y, 653.4 COIP, para analizar los recurso de apelación interpuestos por los procesados Jorge Giovanny Maldonado Jiménez y Lenin de Janon Chacha Chacha, calificándolos como procedentes y entrando a resolver dicho recurso.

Luego de hacer referencia a las pruebas actuadas dentro de la audiencia de juicio, invocan los juzgadores de instancia los artículos 76.3, 195 CRE, 19, 23 y 27 COFJ; a efecto de determinar la garantía del debido proceso, de la facultad de la Fiscalía General del Estado para el ejercicio público de la acción penal y de la potestad jurisdiccional para conocer y resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, sobre la base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los méritos procesales.

Más adelante, se citan los artículos 162 y 213 COIP, que hacen referencia a los delitos de secuestro extorsivo y tráfico ilegal de migrantes, respectivamente. En cuanto al delito de secuestro extorsivo (artículo 162 COIP) acusado por Fiscalía, luego de la valoración de la prueba, los jueces de instancia determinan que ésta no es suficiente para alcanzar la certeza, respecto a la responsabilidad de los procesados, concluyendo que: “(...) Todo el acervo probatorio recapitulado, no contribuyen a justificar concretamente que el delito cometido correspondía a un secuestro extorsivo; sino más bien se desprende que la víctima Betty Vinza, se encontraba viajando a los Estados Unidos, y que los procesados eran los que supuestamente se encontraban facilitando el viaje; por lo que este Tribunal, concluye que no se ha demostrado la existencia del secuestro extorsivo, pues Betty Vinza Abril en todo el trayecto desde Ecuador hasta Guatemala, nunca fue impedida de

transitar libremente en su finalidad de arribar a Estados Unidos, siendo que fue deportada desde México a nuestro país, sin que se haya demostrado que ha pagado algún rescate o valor para recuperar su libertad; es decir, no se ha demostrado que los procesados hayan privado de la libertad, o haya retenido, arrebato u ocultado a la víctima Betty Vinza, presupuesto principal que elimina la posibilidad del segundo presupuesto de la tipificación en lo referente a la extorsión, pues el pago que supuestamente se exigía no estaba dirigido a que la víctima recupere la libertad; es decir, en la especie las pruebas actuadas no han llevado al juzgador al convencimiento de los hechos y las circunstancias del secuestro extorsivo, y como consecuencia es claro que no existe responsabilidad de los procesados, en este delito acusado por la Fiscalía (Art. 453 COIP)(...)”.

En tanto que, al analizar el delito de tráfico ilegal de migrantes (artículo 213 COIP), por el cual el tribunal a-quo, ha dictado sentencia condenatoria en contra de Jorge Giovanny Maldonado Jiménez y Lenin de Janon Chacha Chacha, a fs. 63 se cita “*El Módulo V: Tráfico ilícito de migrantes, del “Ensayo Gestión fronteriza integral en la subregión andina”*”, publicado por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM)”, sin citar la fuente ni explicar su pertinencia al caso que se juzga. Así mismo, se cita doctrina española, específicamente al autor Bacigalupo Cancio Meliá, cuyos criterios no son compatibles con la tipicidad específica de nuestro país, lo que torna al fallo en falta de razonabilidad, puesto que este requisito implica que la doctrina que se utiliza en un fallo sea pertinente al caso concreto.

Siguiendo con el análisis de la sentencia impugnada, se dice que: “(...) para que se produzca el delito de tráfico de migrantes debe observarse que un individuo puede haber abandonado el país, o que por lo menos se haya acercado a alguna embajada, aeropuerto, punto de salida para tratar de migrar. Por otro lado se debió considerar que para cometer el delito de tráfico de migrantes bien puede concurrir varios delitos, tales como: falsificación de documentos públicos o privados, suplantación de identidad, estafa, asociación ilícita, secuestro, violaciones, homicidios, etc., ante lo cual debe tomarse en consideración lo dispuesto en el artículo 21 del Código Integral Penal, que determina Art. 21 del COIP (sic), que determina: Concurso ideal de infracciones.- cuando varios tipos penales son subsumibles a la misma conducta, se aplicará la pena de la infracción más grave (...).” Se hace esta cita sin razón de pertinencia, y al caso concreto el artículo 21 COIP, relacionándolo con el artículo 406 ibídem, inherentes al concurso ideal, sin explicar si en el caso concreto se han suscitado los hechos, a efecto de aplicar las disposiciones legales invocadas.

También se citan como jurisprudencia vinculante fallos de triple reiteración (juicios: 800-

2013, 29-2013 y 290-2013), en diversos delitos, para analizar el principio de congruencia, donde tribunales de esta Sala, han vertido su criterio para realizar el cambio del tipo penal por parte del juzgador, siempre y cuando no se alteren los hechos por los cuales se investigó y se juzgó, sin precisar la *ratio decidendi* y el *obiter dicta*; tanto más que, ni siquiera se trata de jurisprudencia vinculante pues no existe el precedente jurisprudencia, en los términos de los artículos 182 y 180.3 del Código Orgánico de la Función Judicial. Razón por la cual, existe impertinencia del criterio sostenido por el tribunal *ad-quem*.

Prosiguiendo con el análisis del principio de congruencia, el tribunal de apelación, hace referencia a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, específicamente del caso Fermín Ramírez vs Guatemala, sin precisar el párrafo, ni la razón de pertinencia al caso concreto, para concluir citando de modo fragmentario el artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, que trata del principio *iura novit curia*.

Por lo tanto, este Tribunal de Casación evidencia que la sentencia objeto del recurso de casación, no ha observado el parámetro de la razonabilidad, pues este requisito de la motivación, está relacionado con la correcta utilización de los principios constitucionales y las normas jurídicas pertinentes al momento de ofrecer razones para la decisión. En palabras de la Corte Constitucional, el requisito de la razonabilidad se encuentra relacionado con la determinación de las disposiciones normativas constitucionales, legales y/o jurisprudenciales que constituyen fuentes del derecho, en las que las autoridades jurisdiccionales debe argumentar sus decisiones de fondo o material de las pretensiones del caso concreto<sup>6</sup>.

De igual manera la Corte Constitucional, en reiterados fallos ha señalado como lo dijimos antes que los requisitos de la motivación son: la razonabilidad, la lógica y la comprensibilidad, determinando que: "...al momento de fundamentar una resolución o una decisión, es imperativa la existencia de los tres requisitos antes citados, puesto que el objeto de la motivación es que de manera ordenada, clara y lógica se establezcan los elementos de convicción, que serán las directrices para tomar la decisión en un caso en particular<sup>7</sup>.

En el caso en estudio, hemos evidenciado que la sentencia objeto del recurso de casación, carece de razonabilidad, no siendo oficioso entrar analizar los otros dos requisitos de la motivación, y, por tanto, existe afectación al derecho al debido proceso

<sup>6</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 112-16-SEP-CC. Caso N°0800-14-EP.

<sup>7</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 092-13-SEP-CC. Caso N°0538-13-EP.

en la garantía de la motivación.

El nuevo tribunal de apelación, deberá analizar la acusación fiscal, respecto al secuestro extorsivo, si estos hechos realmente ocurrieron fuera del país, constituyendo el medio para que se configure el delito de tráfico ilegal de migrantes, tanto más que, todos estos actos se consumaron como un todo, por lo que habrá que determinar si realmente hubo concurso de infracciones (ideal o real), y a partir de este análisis se dictará la sentencia que en derecho corresponda.

### 3. RESOLUCIÓN.

Por las consideraciones que anteceden, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, por unanimidad y de conformidad con lo que dispone los artículos 424 y 427 de la Constitución de la República del Ecuador, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por la Fiscalía General del Estado, por falta de fundamentación; y, casa de oficio la sentencia dictada por la Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago, el 14 de julio del 2015, a las 13h28, por contravención expresa del artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, en relación con el artículo 76.7.I) de la Constitución de la República del Ecuador, con la finalidad de corregir el error de derecho que se ha cometido en ella, se declara la nulidad a partir de la audiencia de fundamentación del recurso de apelación, a costa de los jueces que dictaron la sentencia nulitada. Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen para los fines legales pertinentes.- **NOTIFÍQUESE.-** f).- DR. EDGAR WILFRIDO FLORES MIER, **CONJUEZ (PONENTE)**; f).- DR. RICHARD ÍTAO VILLAGÓMEZ CABEZAS, **CONJUEZ**; f).- DR. MIGUEL JURADO FABARA, **JUEZ**; Certifco: f).- DR. ROBERTO CARLOS TORRES CÁCERES.-**SECRETARIO RELATOR**

**CERTIFICO:** Las siete (7) fojas que anteceden son iguales a su original.

Quito, 14 de agosto de 2017.

Dr. Carlos Rodríguez García

**SECRETARIO RELATOR**