



REGISTRO OFICIAL

ORGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

Administración del Sr. Dr. Gustavo Noboa Bejarano
Presidente Constitucional de la República

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Año III -- Quito, Miércoles 23 de Octubre del 2002 -- N° 689

DR. JORGE A. MOREJON MARTINEZ
DIRECTOR

Teléfonos: Dirección: 2901 - 629 --- Suscripción anual: US\$ 120
Distribución (Almacén): 2234 - 540 --- Impreso en la Editora Nacional
Quito: Avenida 12 de Octubre N 16-114 y Pasaje Nicolás Jiménez
Sucursal Guayaquil: Dirección calle Chile N° 303 y Luque -- Telf. 2527 - 107
3.400 ejemplares -- 40 páginas -- Valor US\$ 0.50

SUMARIO:

	Págs.		
FUNCION LEGISLATIVA		250	Señor economista Francisco Jarrín R., Subsecretario del Litoral, ante el Consejo Nacional de Competitividad 5
EXTRACTOS:		251	Economista Mauricio Pareja Canelos, Subsecretario de Crédito Público, ante el Directorio del Banco Nacional de Fomento, (BNF) 5
23-910	Proyecto de Resolución de indulto al señor Pablo Antonio Caicedo Mora 2	252	Ingeniera Mercedes María Pesantes, Subsecretaria General de Finanzas, ante el Directorio del Banco Central del Ecuador .. 5
23-911	Proyecto de Resolución de indulto al señor José María Cano Molina 3	253	Economista Fabián Carrillo Jaramillo, Subsecretario de Tesorería de la Nación, ante la Comisión Ejecutiva de la Corporación Financiera Nacional, (CFN) ... 5
23-912	Proyecto de Ley de Veedurías Ciudadanas y de Contraloría Social para la Lucha contra la Corrupción 3	254	Señor doctor Daniel Badillo Muñoz, Subsecretario General de Economía, ante el Comité Especial de Licitación de Petroecuador, (CEL) 6
23-913	Proyecto de Ley Reformatoria a la Ley de Servicio Cívico Obligatorio al Amparo de las Fuerzas Armadas 3	256	Economista Fabián A. Carrillo Jaramillo, Subsecretario de Tesorería de la Nación, ante el Directorio de la Corporación Financiera Nacional, (CFN) 6
23-914	Proyecto de Ley Orgánica de Régimen Provincial 4	258	Autorízase la emisión e impresión de tres mil (3.000) certificados provisionales 6
FUNCION EJECUTIVA			
ACUERDOS:			
MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS:			
Deléganse a varias personas en representación del señor Ministro, para que asistan a las sesiones en las siguientes instituciones:			
249	Señor economista Francisco Jarrín, Subsecretario del Litoral, ante el Comité Especial de Enajenación de Activos Inproductivos del Sector Público 4		
			REGULACION:
			BANCO CENTRAL
			104-2002 Refórmase la Regulación No. 095-2002, que trata sobre las cuentas bancarias rotativas de pagos 7

Págs.

Págs.

RESOLUCION:		en perjuicio de Marco Antonio Viteri Fiallos	24
EMPRESA NACIONAL DE CORREOS:		ACUERDO DE CARTAGENA	
		PROCESOS:	
02 463	Autorízase la promoción del “Libro Filatélico Destino Postal - Ecuador Turístico” a dos unidades por el valor de una, al valor de cuarenta y nueve dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (USD\$ 49,00)	42-IP-2002 Interpretación prejudicial de los artículos 81, 83 literal a), 93, 95 inciso segundo, 96 y 113 literal a) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, formulada por la Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 1 de la República del Ecuador. Actor: MULHENS GMBH & CO. K.G. Marca: BOLERO. Proceso Interno N° 5119-L.Y.M.	30
8			
SERVICIO DE RENTAS INTERNAS:			
0733	Para dar cumplimiento a lo establecido en el Art. 14 de la Ley del Anciano y en el Reglamento de Aplicación de los Beneficios Tributarios, los beneficiarios deberán inscribirse personalmente	60-IP-2002 Interpretación prejudicial de los artículos 82 literales a) y h) y, 83 literal a) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por la Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito N° 1, República del Ecuador. Interpretación de oficio de los artículos 81, 93 y 95 de la misma Decisión. Actor: ELF SANOFI. Marca: “DILTANMEPHA”. Proceso Interno N° 2243-M.P.	35
8			
FUNCION JUDICIAL			
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA			
PRIMERA SALA DE			
CASACION PENAL:			
Recursos de casación interpuestos para ante este Tribunal:			
197-02	En contra de Julio César León Ullaguari por estafa en perjuicio de Marilú Durán Peñaloza		9
201-02	En contra de Wilder Dumani Sánchez Agurto por accidente de tránsito en perjuicio de Aníbal Merchán Erráz		12
206-02	En contra de Rubén Eduardo Sánchez Lamiño por estafa en perjuicio de Luis Fernando Vásquez y otro		12
208-02	En contra de Franklin Morales y otros por violación en perjuicio de Mayra Serrano Gallo		15
209-02	En contra de José Luis Silva Places y otro por muerte del Mayor Luis Humberto Obando Araujo		16
212-02	En contra de Arturo Girón Ramírez y otros por tentativa de robo en perjuicio de la Mutualista Pichincha		18
213-02	En contra de César Manolo Parra Campoverde por muerte de Henrry Geovanny Brito Torres		20
214-02	En contra de Xavier Eduardo Frutos Valencia y otro por injurias en perjuicio de Angela Esther Vera Ramírez		21
217-02	En contra de Luis Fernando Rojas Rojas por asalto, robo y asesinato a Dimas Patricio Zaldumbide Narváez		22
			Págs.
220-02	En contra de María Klaic Larrea por estafa		
CONGRESO NACIONAL			
EXTRACTO DEL PROYECTO DE RESOLUCION			
ART. 150 DE LA CONSTITUCION POLITICA			
NOMBRE:	“INDULTO AL SEÑOR PABLO ANTONIO CAICEDO MORA”.		
CODIGO:	23-910.		
AUSPICIO:	H. RAUL BOLAÑOS RUANO.		
INGRESO:	26-09-2002.		
COMISION:	DE LO CIVIL Y PENAL.		
FECHA DE ENVIO			
A COMISION:	30-09-2002.		
FUNDAMENTOS:			
Los artículos 130, numeral 15 de la Constitución Política y 105 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, consignan como atribución del Congreso Nacional, conceder indultos por delitos comunes, cuando medien motivos humanitarios que presten méritos suficientes.			
OBJETIVOS BASICOS:			
Por razones humanitarias el señor Pablo Antonio Caicedo Mora, de nacionalidad colombiana y recluido en el Centro de			

Rehabilitación Social de Ibarra, debe ser indultado y pasar los últimos días de su existencia junto a sus familiares, ya que padece hipertensión arterial sistémica severa.

CRITERIOS:

Es obligación del Congreso Nacional velar por la plena vigencia y aplicación de los derechos y garantías establecidos en la Constitución Política de la República, así como en pactos, tratados y convenios internacionales.

f.) Dr. Andrés Aguilar Moscoso, Secretario General del Congreso Nacional.

CONGRESO NACIONAL

**EXTRACTO DEL PROYECTO DE RESOLUCION
ART. 150 DE LA CONSTITUCION POLITICA**

NOMBRE: "INDULTO AL SEÑOR JOSE MARIA CANO MOLINA".
CODIGO: 23-911.
AUSPICIO: H. RAUL BOLAÑOS RUANO.
INGRESO: 26-09-2002.
COMISION: DE LO CIVIL Y PENAL.
FECHA DE ENVIO A COMISION: 30-09-2002.

FUNDAMENTOS:

Los artículos 130, numeral 15 de la Constitución Política y 105 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, consignan como atribución del Congreso Nacional, conceder indultos por delitos comunes, cuando medien motivos humanitarios que presten méritos suficientes.

OBJETIVOS BASICOS:

Por razones humanitarias el señor José María Cano Molina, de nacionalidad española y recluso en el Centro de Rehabilitación Social de Ibarra, debe ser indultado y pasar los últimos días de su existencia junto a sus familiares, ya que padece de sífilis terciaria latente complicada con otros órganos, tuberculosis pulmonar, más las subsecuentes reacciones de adinamia, decaimiento, anorexia, etc.

CRITERIOS:

Es obligación del Congreso Nacional velar por la plena vigencia y aplicación de los derechos y garantías establecidos en la Constitución Política de la República, así como en pactos, tratados y convenios internacionales.

f.) Dr. Andrés Aguilar Moscoso, Secretario General del Congreso Nacional.

CONGRESO NACIONAL

**EXTRACTO DEL PROYECTO DE LEY
ART. 150 DE LA CONSTITUCION POLITICA**

NOMBRE: "DE VEEDURIAS CIUDADANAS Y DE CONTRALORIA SOCIAL PARA LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCION".
CODIGO: 23-912.
AUSPICIO: H. CECILIA CALDERON DE CASTRO.
INGRESO: 27-09-2002.
COMISION: DE LO CIVIL Y PENAL.
FECHA DE ENVIO A COMISION: 30-09-2002.

FUNDAMENTOS:

La corrupción es el mal más grave de la sociedad actual y en el Ecuador su incidencia ha ocasionado las difíciles situaciones sociales y económicas precarias que viven la mayoría de sus habitantes.

OBJETIVOS BASICOS:

Si no adoptamos medidas contundentes contra la corrupción su auge seguirá exterminando a la sociedad. Sin duda el trabajo más importante es el de la misma sociedad que contribuya al cambio de conceptos y de esquemas, para lo que deben desarrollarse intensas y permanentes campañas de concientización, sensibilización y cambios de actitudes de todos los ciudadanos.

CRITERIOS:

Todos los ecuatorianos debemos involucrarnos en esta siembra de valores morales de la lucha contra la corrupción. La corrupción ha generado gran desconfianza hacia la posibilidad de encontrar solución de los innumerables problemas que afrontamos. Nadie cree en la honestidad del Estado y muchos dudan de empresarios, financistas y banqueros.

f.) Dr. Andrés Aguilar Moscoso, Secretario General del Congreso Nacional.

CONGRESO NACIONAL

**EXTRACTO DEL PROYECTO DE LEY
ART. 150 DE LA CONSTITUCION POLITICA**

NOMBRE: "REFORMATORIA A LA LEY DE SERVICIO CIVICO OBLIGATORIO AL AMPARO DE LAS FUERZAS ARMADAS".
CODIGO: 23-913.
AUSPICIO: H. CECILIA CALDERON DE CASTRO.
INGRESO: 01-10-2002.

COMISION: DE LO CIVIL Y PENAL.

FECHA DE ENVIO

A COMISION: 03-10-2002.

FUNDAMENTOS:

El artículo 188 de la Constitución Política dispone que, todos los ciudadanos sin discrimen por sexo, posición social o económica, realicen el servicio cívico a favor de la sociedad y el Estado, bajo la conducción de las Fuerzas Armadas; este servicio podrá ser civil o militar. Los ciudadanos tienen derecho a invocar su objeción de conciencia fundada en razones morales, religiosas y filosóficas. Para ello, las Fuerzas Armadas podrán establecer convenios con instituciones públicas o privadas.

OBJETIVOS BASICOS:

La situación actual del país obliga a las Fuerzas Armadas el desempeño de otros roles importantes involucrándose con la sociedad civil para participar juntos en la construcción de una sociedad más justa, más digna, equitativa y solidaria.

CRITERIOS:

El año de servicio cívico debe constituir un proceso de formación integral de los ciudadanos y ciudadanas y un compromiso solidario con los objetivos de la patria. La soberanía nacional no sólo se la defiende en el escenario de la guerra sino en los foros internacionales y globalizados y hay que preparar a la nación para triunfar en ellos.

f.) Dr. Andrés Aguilar Moscoso, Secretario General del Congreso Nacional.

CONGRESO NACIONAL

**EXTRACTO DEL PROYECTO DE LEY
ART. 150 DE LA CONSTITUCION POLITICA**

NOMBRE: "LEY ORGANICA DE REGIMEN PROVINCIAL".

CODIGO: 23-914.

AUSPICIO: HH. RENE MAUGE Y GUILBERTO TALAHUA, JEFES DE LOS BLOQUES DE LA IZQUIERDA DEMOCRATICA Y PACHACUTIK.

INGRESO: 01-10-2002.

COMISION: DE DESCENTRALIZACION, DESCONCENTRACION Y REGIMEN SECCIONAL.

FECHA DE ENVIO

A COMISION: 04-10-2002.

FUNDAMENTOS:

Es necesario evitar la superposición de funciones que genera conflictos entre diversas instituciones, tanto públicas como privadas, en la prestación de los servicios públicos.

OBJETIVOS BASICOS:

Es necesario compatibilizar las normas de la Ley de Régimen Provincial con las de la Ley Especial de Descentralización, a fin de facilitar la descentralización de competencias del Gobierno Central hacia los gobiernos seccionales. Es preciso contar con una ley provincial actualizada y coherente con el ordenamiento jurídico del país.

CRITERIOS:

Al ser la descentralización optativa para los gobiernos seccionales, hace falta establecer mecanismos que faciliten la ejecución y profundización de este proceso, incentivando a los consejos provinciales para que se hagan cargo de nuevas responsabilidades.

f.) Dr. Andrés Aguilar Moscoso, Secretario General del Congreso Nacional.

No. 249

**EL MINISTRO DE ECONOMIA
Y FINANZAS**

En uso de las atribuciones que le concede el Art. 25 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control,

Acuerda:

Artículo único.- Delegar al señor Econ. Francisco Jarrín, Subsecretario del Litoral de esta Cartera de Estado, para que me represente en la reunión del Comité Especial de Enajenación de Activos Improductivos del Sector Público, a realizarse el día lunes 7 de octubre del 2002.

Comuníquese.- Quito, 7 de octubre del 2002.

f.) Francisco Arosemena Robles, Ministro de Economía y Finanzas.

Es copia.- Certifico.

f.) Julio César Moscoso S., Secretario General del Ministerio de Economía y Finanzas.

No. 250

**EL MINISTRO DE ECONOMIA
Y FINANZAS**

En uso de las atribuciones que le concede el Art. 25 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control,

Acuerda:

Artículo único.- Delegar al señor Econ. Francisco Jarrín R., Subsecretario del Litoral de esta Cartera de Estado, para que me represente en la sesión del Consejo Nacional de Competitividad, a realizarse el día lunes 7 de octubre del 2002.

Comuníquese.- Quito, 7 de octubre del 2002.

f.) Francisco Arosemena Robles, Ministro de Economía y Finanzas.

Es copia.- Certifico.

f.) Julio César Moscoso S., Secretario General del Ministerio de Economía y Finanzas.

Artículo único.- Delegar a la Ing. Mercedes María Pesantes, Subsecretaria General de Finanzas de esta Cartera de Estado, para que me represente en la sesión de Directorio del Banco Central del Ecuador, que se llevará a cabo el día martes 8 de octubre del 2002.

Comuníquese.- Quito, 8 de octubre del 2002.

f.) Francisco Arosemena Robles, Ministro de Economía y Finanzas.

Es copia.- Certifico.

f.) Julio César Moscoso S., Secretario General del Ministerio de Economía y Finanzas.

No. 251

**EL MINISTRO DE ECONOMIA
Y FINANZAS**

En uso de las atribuciones que le concede el Art. 25 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control,

Acuerda:

Artículo único.- Delegar al Econ. Mauricio Pareja Canelos, Subsecretario de Crédito Público de esta Cartera de Estado, para que me represente en la sesión ordinaria de Directorio del Banco Nacional de Fomento (BNF), a realizarse el día martes 8 de octubre del año en curso.

Comuníquese.- Quito, 8 de octubre del 2002.

f.) Francisco Arosemena Robles, Ministro de Economía y Finanzas.

Es copia.- Certifico.

f.) Julio César Moscoso S., Secretario General del Ministerio de Economía y Finanzas.

No. 252

**EL MINISTRO DE ECONOMIA
Y FINANZAS**

En uso de las atribuciones que le concede el Art. 25 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control,

Acuerda:

No. 253

**EL MINISTRO DE ECONOMIA
Y FINANZAS**

En uso de las atribuciones que le concede el Art. 25 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control,

Acuerda:

Artículo único.- Delegar al Econ. Fabián Carrillo Jaramillo, Subsecretario de Tesorería de la Nación de esta Cartera de Estado, para que me represente en la sesión de Comisión Ejecutiva de la Corporación Financiera Nacional (CFN), a realizarse el día martes 8 de octubre del 2002.

Comuníquese, Quito, 8 de octubre del 2002.

f.) Francisco Arosemena Robles, Ministro de Economía y Finanzas.

Es copia.- Certifico.

f.) Julio César Moscoso S., Secretario General del Ministerio de Economía y Finanzas.

No. 254

**EL MINISTRO DE ECONOMIA
Y FINANZAS**

En uso de las atribuciones que le concede el Art. 25 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control,

Acuerda:

Artículo único.- Delegar al señor Dr. Daniel Badillo Muñoz, Subsecretario General de Economía de esta Cartera de Estado, para que me represente en la sesión del Comité Especial de Licitación de PETROECUADOR (CEL), a realizarse el día martes 8 de octubre del 2002.

Comuníquese.- Quito, 8 de octubre del 2002.

f.) Francisco Arosemena Robles, Ministro de Economía y Finanzas.

Es copia.- Certifico.

f.) Julio César Moscoso S., Secretario General del Ministerio de Economía y Finanzas.

No. 256

**EL MINISTRO DE ECONOMIA
Y FINANZAS**

En uso de las atribuciones que le confiere el Art. 25 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control,

Acuerda:

Artículo único.- Delegar al Econ. Fabián A. Carrillo Jaramillo, Subsecretario de Tesorería de la Nación de esta Cartera de Estado, para que me represente en la sesión de Directorio de la Corporación Financiera Nacional (CFN), a realizarse el día jueves 10 de octubre del 2002.

Comuníquese.- Quito, 8 de octubre del 2002.

f.) Francisco Arosemena Robles, Ministro de Economía y Finanzas.

Es copia.- Certifico.

f.) Julio César Moscoso S., Secretario General del Ministerio de Economía y Finanzas.

No. 258

**EL MINISTRO DE ECONOMIA
Y FINANZAS**

Considerando:

Que el artículo 118 de la Ley de Régimen Tributario Interno manifiesta que es facultad del Ministro de Economía y Finanzas fijar el valor de las especies fiscales, incluidos los pasaportes;

Que de conformidad con lo que dispone el artículo 1 del Decreto Legislativo No. 014, publicado en el Registro Oficial No. 92 de 27 de marzo de 1967, reformado por el artículo 9 del Decreto Supremo No. 1065-A, publicado en el Registro Oficial No. 668 de 28 de octubre de 1974, en concordancia con lo previsto en el artículo 1 del Acuerdo Ministerial No. 488, publicado en el Registro Oficial No. 690 de 12 de octubre de 1978, el Instituto Geográfico Militar es el único organismo autorizado para que, en sus propios talleres y con la intervención de un delegado del Ministerio de Economía y Finanzas o del Ministerio de Obras Públicas, en su caso, imprima timbres, papel lineado, estampillas y más especies valoradas que la Administración Pública requiera;

Que al tenor de lo prescrito en el artículo 2 del Decreto Legislativo No. 014, publicado en el Registro Oficial No. 92 de 27 de marzo de 1967, los contratos de impresión de las especies referidas, serán suscritos entre el Ministerio correspondiente y el Instituto Geográfico Militar;

Que según lo dispuesto en el artículo 3 del Acuerdo Ministerial No. 488, publicado en el Registro Oficial No. 690 de 12 de octubre de 1978, es facultad del Ministro de Economía y Finanzas, mediante acuerdo ministerial, autorizar la emisión de especies valoradas;

Que mediante memorando No. 108 de 29 de agosto del 2002, la responsable de la administración y custodia de especies fiscales de la Subsecretaría de Tesorería de la Nación del Ministerio de Economía y Finanzas, remite la propuesta sobre las especificaciones que deben tener los certificados provisionales;

Que con oficio No. STN-2002-3621 de 30 de agosto del 2002, el Subsecretario de Tesorería de la Nación, manifiesta estar de acuerdo con la emisión e impresión de tres mil (3.000) certificados provisionales y solicita la elaboración del acuerdo ministerial, contrato y demás trámites que se requieran para la emisión de las especies valoradas referidas anteriormente; y,

En ejercicio de las facultades que le confieren los artículos 1 del Decreto Legislativo No. 014, publicado en el Registro Oficial No. 92 de 27 de marzo de 1967, reformado por el artículo 9 del Decreto Supremo No. 1065-A, publicado en el Registro Oficial No. 668 de 28 de octubre de 1974, en concordancia con lo previsto en el artículo 1 del Acuerdo Ministerial No. 488, publicado en el Registro Oficial No. 690 de 12 de octubre de 1978,

Acuerda:

Art. 1.- Autorizar la emisión e impresión de tres mil (3.000) certificados provisionales.

Art. 2.- El presente acuerdo ministerial entrará en vigencia a partir de su expedición, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en el Distrito Metropolitano de la ciudad de San Francisco de Quito, a 8 de octubre del 2002.

f.) Francisco Arosemena Robles, Ministro de Economía y Finanzas.

Es copia.- Certifico.

f.) Julio César Moscoso S., Secretario General del Ministerio de Economía y Finanzas.

No. 104-2002

**EL DIRECTORIO DEL BANCO CENTRAL
DEL ECUADOR**

Considerando:

Que desde 1995 y hasta antes del proceso de dolarización, el sucre era la unidad monetaria considerada para fijar las tarifas de servicios y tasas de interés en la adjudicación de las cuentas rotativas de pagos mediante subasta;

Que no obstante que a las tasas de interés de las cuentas rotativas de pagos se les aplicó las normas de desagio contenidas en la Ley para la Transformación Económica del Ecuador, el factor de ajuste originalmente pactado se mantuvo inalterable, por lo que en algunos casos dichas tasas de interés se mantuvieron a un nivel no acorde con el mercado financiero actual;

Que se debe expedir una política general que, dentro de un esquema de negociación y acuerdo mutuo, permita el ajuste de la tasa de interés estipulada en los convenios suscritos entre los bancos corresponsales y las entidades del sector público, sobre la base de los límites fijados por el Banco Central del Ecuador; y,

En uso de sus atribuciones que le otorga la letra c) del artículo 88 y el artículo 89 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, expide la siguiente regulación:

Artículo 1.- Sustitúyase el inciso quinto del artículo 6 de la Sección III (Ejecución del Pago de Recursos Públicos - Cuentas Bancarias Rotativas de Pagos) del Capítulo I (Cobro y Pago de Recursos Públicos en Moneda Nacional a través del Sistema Financiero), del Título Noveno (Depósitos e Inversiones Financieras del Sector Público), del Libro I (Política Monetaria-Crediticia) de la Codificación de Regulaciones del Banco Central del Ecuador, por el siguiente: “La tasa de interés y las tarifas de los servicios con costos derivados del manejo y administración de las cuentas bancarias rotativas de pagos de aquellos convenios que se celebren a partir del 2 de octubre del 2002, podrán ser negociados de mutuo acuerdo entre los bancos corresponsales y las entidades del sector público, siempre que dichos convenios cumplan al menos un año de vigencia. Tal negociación se sujetará a los rangos mínimos y máximos establecidos en el “Reglamento para la Subasta, Calificación y Asignación del Banco Corresponsal para la Administración de las Cuentas Bancarias Rotativas de Pagos”, expedido por la Gerencia General del Banco Central del Ecuador. Las nuevas tasas de interés y tarifas de los servicios que llegaren a convenirse con arreglo a lo que establece el presente inciso, deberán tener un plazo de vigencia mínimo de un año. En caso de no existir acuerdo entre las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar una nueva subasta para la adjudicación de las cuentas bancarias rotativas de pagos”.

Artículo 2.- Al final del artículo 6 de la Sección III (Ejecución del Pago de Recursos Públicos) del Capítulo I (Cobro y Pago de Recursos Públicos en Moneda Nacional a través del Sistema Financiero), del Título Noveno (Depósitos e Inversiones Financieras del Sector Público) del Libro I (Política Monetaria-Crediticia) de la Codificación de Regulaciones del Banco Central del Ecuador, agréguese la siguiente disposición transitoria:

“Disposición Transitoria.- La tasa de interés y las tarifas por servicios con costos derivados del manejo y administración de las cuentas bancarias rotativas de pagos constantes en los convenios celebrados desde el año 1995, podrán ser revisadas en el plazo de noventa días contados a partir del 2 de octubre del 2002, sujetándose a los rangos mínimos y máximos establecidos en el “Reglamento para la Subasta, Calificación y Asignación del Banco Corresponsal para la Administración de las Cuentas Bancarias Rotativas de Pagos”, expedido por la Gerencia General del Banco Central del Ecuador. En el evento de no existir acuerdo entre las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar una nueva subasta para la adjudicación de las cuentas bancarias rotativas de pagos”.

Artículo 3.- Derógase la disposición transitoria de la Sección IV del Capítulo I (Cobro y Pago de Recursos Públicos en Moneda Nacional a través del Sistema Financiero), del Título Noveno (Depósitos e Inversiones Financieras del Sector Público) del Libro I (Política Monetaria-Crediticia) de la Codificación de Regulaciones del Banco Central del Ecuador.

Artículo 4.- La presente regulación entrará en vigencia a partir de la presente fecha, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Dada, en Quito, Distrito Metropolitano, el 2 de octubre del 2002.

f.) Sixto Cuesta Compán, Presidente subrogante.

f.) Dr. Manuel Castro Murillo, Secretario General.
Secretaría General.- Directorio Banco Central del Ecuador.-
Quito, 14 de octubre del 2002.

Es copia del documento que reposa en los archivos del Directorio.

Lo certifico.

f.) Dr. Manuel Castro Murillo, Secretario General.

No. 02 463

**EL REPRESENTANTE LEGAL DE LA EMPRESA
NACIONAL DE CORREOS**

Considerando:

Que, la Empresa Nacional de Correos es una entidad de derecho público, con personería jurídica, con patrimonio propio, presupuesto especial y autonomía administrativa y financiera, y que de acuerdo al Decreto Ejecutivo 1494, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 321 de 18 de noviembre de 1999, emitido por el señor Presidente Constitucional de la República, mediante el cual dispone la delegación de los servicios postales actualmente a cargo de la Empresa Nacional de Correos, a la iniciativa privada y la supresión de la misma, encargándose de este proceso al Consejo Nacional de Modernización del Estado CONAM;

Que, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 4 del mencionado Decreto Ejecutivo No. 1494, la Empresa Nacional de Correos deberá continuar operando y ejerciendo la representación postal oficial del Estado, hasta que culmine el proceso de delegación;

Que, la Empresa Nacional de Correos ha editado y publicado el "Libro Filatélico Destino Postal - Ecuador Turístico", cuyo valor fue fijado en la suma de cuarenta y nueve dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (USD \$ 49,00), constante en Resolución No. 02-126 de 7 de marzo del 2002;

Que, mediante oficio No. 2002-459-C.Q.28 de 2 de octubre del 2002, el señor Director de Comercialización de la Empresa Nacional de Correos luego de un análisis sobre la comercialización y niveles de venta del "Libro Filatélico Destino Postal - Ecuador Turístico" recomienda que con el fin de acelerar la venta de los saldos de dicha edición, se promocióne el libro a dos unidades por el valor de cuarenta y nueve dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (USD \$ 49,00); y,

Que, en uso de sus facultades legales,

Resuelve:

Art. 1.- Con fundamento en lo recomendado por el señor Director de Comercialización expuesto en el considerando cuarto de esta resolución, se dispone lanzar la promoción del "Libro Filatélico Destino Postal - Ecuador Turístico" a dos unidades por el valor de una, es decir dos libros por cuarenta y nueve dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (USD \$ 49,00).

Art. 2.- Del cumplimiento de la presente resolución encárguese al señor Director de Comercialización y señor Analista Nacional de Comercialización de la Empresa Nacional de Correos.

Art. 3.- Esta resolución entrará en vigencia a partir de la presente fecha sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Dado y firmado en la ciudad de Quito, a los 2 días del mes de octubre del año 2002.

f.) Ing. Gonzalo Vargas San Martín, representante legal de la Empresa Nacional de Correos.

Certifico es fiel copia del original.

f.) Dr. Jorge F. Canelos V., Secretario General, Empresa Nacional de Correos.

14 de octubre del 2002.

No. 0733

Econ. Elsa de Mena
DIRECTORA GENERAL DEL SERVICIO DE
RENTAS INTERNAS

Considerando:

Que el Art. 8 de la Ley 41 de Creación del Servicio de Rentas Internas, dispone que su Director General expedirá resoluciones, circulares o disposiciones de carácter general y obligatorio, necesarias para la aplicación de las normas legales y reglamentarias;

Que con Decreto Ejecutivo No. 2823 de 12 de julio del 2002, publicado en el Registro Oficial No. 623 del 22 de julio del 2002, se expidió el Reglamento para la aplicación de los beneficios tributarios a favor del anciano, correspondientes a impuestos fiscales, previstos en la Ley del Anciano, publicada en el Registro Oficial No. 806 del 6 de noviembre de 1991, y sus posteriores reformas;

Que para la aplicación del citado reglamento es imprescindible definir los procedimientos administrativos para la atención expedita y preferente de los trámites que se presenten para el reconocimiento de tales beneficios tributarios; y,

En uso de sus atribuciones legales y reglamentarias,

Resuelve:

Art. 1.- Para dar cumplimiento a lo establecido en el Art. 14 de la Ley del Anciano y en el Reglamento de aplicación de los beneficios tributarios a favor del anciano correspondientes a impuestos fiscales, respecto a exenciones relacionadas con ingresos y patrimonio de las personas de la tercera edad, los beneficiarios deberán inscribirse personalmente en el Servicio de Rentas Internas, en las ventanillas dispuestas para este efecto a nivel nacional y presentarán:

- Cédula de ciudadanía, en original y copia.

Si el trámite para la devolución de impuesto es realizado por una persona diferente al beneficiario, se acompañará el respectivo poder o una autorización cuya firma y rúbrica, serán reconocidas ante un Juez o un Notario.

El Servicio de Rentas Internas se reservará el ejercicio de su atribución de verificar si el solicitante se encuentra dentro de los parámetros económicos de ingreso o patrimonio establecidos en la referida disposición legal para acceder a tales beneficios.

Art. 2.- El derecho a la devolución del impuesto al valor agregado (IVA), impuesto a los consumos especiales (ICE) e impuestos a las operaciones de crédito en moneda extranjera, se configura a partir del siguiente mes al cual el beneficiario

haya cumplido 65 años de edad. En relación con el impuesto a la renta, se configura a partir del ejercicio fiscal, en el cual el beneficiario cumpla la referida edad.

Art. 3.- Para obtener la devolución del impuesto al valor agregado IVA, el beneficiario presentará la correspondiente solicitud en las ventanillas dispuestas por el Servicio de Rentas Internas para tal efecto; dicha solicitud abarcará períodos bimensuales o mayores y se le adjuntará los originales de las facturas de soporte respectivas, las cuales deberán cumplir los requisitos señalados en el respectivo reglamento.

Art. 4.- El reintegro del impuesto al valor agregado (IVA) y del impuesto a los consumos especiales (ICE) pagados por el consumo del servicio telefónico se realizará mediante un crédito directo en las facturas de consumo. En caso de no haberse acreditado estos valores, el beneficiario podrá solicitar su devolución con la presentación de las facturas en las ventanillas del Servicio de Rentas Internas, en la forma prevista en el Art. 3 de esta resolución.

Art. 5.- En relación con el impuesto a la renta, se estará a lo dispuesto en el numeral 12 del Art. 9 de la Ley de Régimen Tributario Interno, que establece el monto de renta exenta para las personas de la tercera edad. Si el beneficiario tuviere valores retenidos o anticipos pagados, por montos superiores al impuesto causado, podrá presentar su reclamo de pago en exceso ante el Servicio de Rentas Internas, de conformidad con el trámite previsto en el Art. 327-A del Código Tributario.

Art. 6.- En aplicación del Art. 14 de la Ley del Anciano, el monto de las operaciones de crédito en moneda extranjera exentas del respectivo impuesto tendrá un límite anual de sesenta remuneraciones básicas unificadas. Con este propósito, el Servicio de Rentas Internas pondrá a disposición de las instituciones financieras, los datos de las personas de la tercera edad registradas para acogerse a estos beneficios tributarios fiscales y los saldos remanentes de los beneficiarios, para el reconocimiento directo de tal exoneración.

Art. 7.- Delégase a los directores regionales y provinciales del Servicio de Rentas Internas la expedición de las resoluciones que atiendan las solicitudes y reclamos presentados por las personas mayores de 65 años.

Art. 8.- El Tesorero Nacional del Servicio de Rentas Internas suscribirá los oficios de transferencia de los valores a ser devueltos a los referidos beneficiarios.

Disposición Final.- La presente resolución entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial. Su contenido se difundirá también a través de la página WEB del Servicio de Rentas Internas.

Comuníquese y publíquese.

Dado en San Francisco de Quito, D.M., a 29 de agosto del 2002.

f.) Econ. Elsa de Mena, Directora General del Servicio de Rentas Internas.

f.) Dra. Alba Molina, Secretaria General del Servicio de Rentas Internas.

No. 197-02

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE CASACION PENAL**

Quito, 27 de mayo del 2002; las 15h00.

VISTOS: El Segundo Tribunal Penal del Azuay condena a Julio César León Ullaguari a la pena de cinco años de prisión correccional por encontrarle reincidente en el delito de estafa que tipifica el artículo 563 del Código Penal, al haberse hecho entregar mediante engaño, y abusando de la confianza y credulidad de Marilú Durán Peñaloza, la cantidad de cuatro mil dólares americanos para conseguirle una visa de ingreso a los Estados Unidos.- De la sentencia interpone recurso de casación el procesado, que por el sorteo de ley, se ha remitido a esta Sala, que para resolver considera: PRIMERO.- Este Tribunal Supremo de Casación tiene jurisdicción y competencia para decidir la impugnación de conformidad con la Constitución Política de la República, Ley Orgánica de la Función Judicial; y, Código de Procedimiento Penal, cuyas normas se han aplicado en la sustanciación del recurso, sin violación del trámite ni omisión de formalidades sustanciales. SEGUNDO.- El recurrente fundamenta su recurso alegando error de derecho en la sentencia por habersele condenado sin comprobación de la existencia del delito, ya que si bien reconoce haber recibido la cantidad de dinero mencionada por la acusadora particular, no lo hizo bajo oferta de entregarle una visa para los Estados Unidos de América, sin que exista engaño ni abuso de confianza, sino incumplimiento de una obligación civil; y, alega también violación de la ley en la sentencia por haberle impuesto la pena máxima prevista en el artículo 563 del Código Penal, cuando debió modificársela por la comprobación de circunstancias atenuantes que obligan al juzgador a rebajar la pena.- Esta Sala encuentra contradicción en la fundamentación del recurso, pues primero se aduce la inexistencia de la infracción penal, y luego se reconoce que el procesado merecía una pena modificada por atenuantes, lo que implica el reconocimiento no solo de la infracción sino de la responsabilidad del acusado, pero consigna que esa equivocada fundamentación del recurso no impide a la Sala casar la sentencia si se observare violación de la ley en el fallo, conforme lo dispuesto por el artículo 358 del vigente Código de Procedimiento Penal. TERCERO.- El Tribunal Penal se sustenta para declarar comprobada la responsabilidad del procesado: a) - en la acusación particular y en la declaración instructiva de la supuesta agraviada, cuando ninguna de estas piezas procesales puede constituir prueba de cargo contra el acusado pues son afirmaciones de parte interesada que carecen de eficacia probatoria; b) - en la negativa del Presidente de la Corte Superior de Cuenca a una solicitud de amparo de libertad presentada por el acusado, decisión que nada aporta para demostrar su responsabilidad penal; c) - en las conclusiones del informe policial basado en investigaciones preprocesales, según las cuales el investigado reconoció haber recibido dinero de Marilú Durán Peñaloza pero no aceptó haber ofrecido la consecución de la visa para aquella persona; d) - en las comunicaciones remitidas por el CREA sobre que el procesado no desempeña ningún cargo en el Centro de Reconversión Económica del Azuay, y sobre que "es representante del sector campesino Organizado ante

la Junta Directiva de esta entidad”, comunicaciones que no acreditan que el procesado engañó a la acusadora haciendo uso de una falsa calidad; e) - en “el informe técnico pericial documentológico según el cual las firmas puestas en los escritos de fojas 23, 32 y 55 del proceso son las de Julio César León”, siendo tales escritos la contestación a la denuncia, el testimonio indagatorio, y el señalamiento del casillero judicial para recibir notificaciones, pericia que nada aporta para demostrar la existencia de estafa o la responsabilidad del acusado; f) - en la existencia de otro juicio seguido en contra del mismo procesado por supuesto abuso de confianza a otras personas, proceso que no llegó a sentencia condenatoria firme pues prescribió esa acción penal, y que tampoco constituye prueba de la supuesta estafa a Marilú Durán Peñaloza; g) - en el hecho de que el procesado haya aceptado una letra de cambio por cuatro mil dólares y enviado la letra a Marilú Durán, lo cual es un reconocimiento de que le adeuda esa cantidad de dinero, pero no demuestra el engaño ni el abuso de confianza a la acreedora sino simplemente la existencia de la obligación civil crediticia, observando esta Sala que el Tribunal Penal ignora los más elementales conceptos del derecho mercantil, ya que sostiene que la referida letra “no lleva la firma de aceptación y solamente aparece suscrita al reverso”, que es precisamente en donde el deudor debe firmar en señal de aceptación de la obligación cambiaria, según los formatos de uso general como el utilizado, que obra a fojas 13 de los autos; y, h) - en las declaraciones de testigos no rendidas en la audiencia de juzgamiento. Al respecto, reiteradamente ha declarado este Tribunal Supremo de Casación que los testimonios propios rendidos en la etapa del sumario carecen de eficacia probatoria para demostrar la responsabilidad del procesado si los testigos no concurren a ratificar sus testimonios en la audiencia de juzgamiento ante el Tribunal Penal; y que para determinar tal responsabilidad se requiere actuar las pertinentes pruebas ante el Tribunal Penal y no simplemente reproducir las actuaciones procesales del sumario; que por los principios de concentración e inmediación recogidos en el artículo 62 del Código Procesal Penal de 1983 - que es el aplicable en esta causa -, los jueces deben intervenir personal y directamente en la práctica de los actos procesales de prueba durante la etapa de juzgamiento, y que por ello el artículo 279 *ibídem* ordena que los testigos concurren ante el Tribunal Penal, tanto los testigos que hubieren declarado en la etapa del sumario como los nuevos testigos nominados por las partes para que rindan su declaración en el plenario. Dicho en otras palabras, para que tenga valor probatorio la declaración de testigos, a efectos de demostrar la culpabilidad del acusado, tiene que ser rendida ante el Tribunal juzgador, a fin de que el procesado en ejercicio de su defensa pueda contradecir ante el Tribunal Penal las afirmaciones de los testigos, repreguntándolos o presentando otros que desvirtúen las afirmaciones de los primeros; tanto más que el artículo 283 del Código de Procedimiento Penal manda que el Tribunal Penal no podrá dictar sentencia mientras no se hayan recibido las declaraciones de los testigos, y el artículo 287 del mismo código dispone que no se puede instalar la audiencia de juzgamiento si no estuvieren presentes los testigos. CUARTO.- Por más que la sentencia del Tribunal Penal expresa que se ha examinado la prueba con sujeción a las reglas de la sana crítica, del fallo se concluye lo contrario, conforme se analiza en el considerando precedente, lo que lleva a concluir que el Tribunal Penal se apartó de las normas valorativas de la prueba y condenó con un simple enlistamiento de las actuaciones procesales sin análisis lógico que permita declarar, con certeza, comprobada la existencia del engaño y del perjuicio a la acusadora particular, que son

los elementos esenciales consecutivos del delito de estafa, advirtiéndose que el incumplimiento de una obligación civil no demuestra per se que el moroso abusó de la confianza o credulidad de la contraparte, o que utilizó manejos fraudulentos para apropiarse de una cosa del engaño o para hacerse entregar sus fondos; ya que conforme el artículo 563 del Código Penal, la infracción señalada, esto es la estafa, consiste en una actividad dolosa del agente para irrogar daño a otro engañándole, y sacar provecho de ese engaño. En la especie es preciso advertir que no concurren esos elementos de tipicidad de la infracción, pues la acusadora sostiene que ella concurrió al domicilio de Julio César León para pedirle que le consiga una visa y le proporcionó dinero para ello, afirmación inverosímil dado que el procesado no tenía aptitud para realizar tal gestión y ni siquiera conocía los trámites a realizar para obtener lo requerido por tratarse de un campesino dirigente de una comunidad indígena, que reconoce a lo largo del proceso, varias veces, haber recibido los cuatro mil dólares entregados pero no para tal fin, y reconoce también su obligación de restituir esa cantidad. En consecuencia queda en claro que no fue el acusado a engañar a Marilú Durán, sino que fue la acusadora quien acudió a solicitar los servicios de Julio César León, en cuyo caso no puede a éste imputarse el delito de estafa, porque nada hizo para ello, si cuando estuvo en su domicilio llegó la acusadora particular con la supuesta petición para que le consiga una visa, y ante esa petición Julio César León asumió el encargo, configurándose una relación civil de obligaciones recíprocas, no susceptibles de acción penal por más de evidente que sea el incumplimiento de una de las partes, y lo insólito del compromiso, tanto más que la supuesta agravada para recuperar el dinero entregado tiene expedita la acción ejecutiva de cobranza de la letra de cambio aceptada por Julio César León, que obra a fojas 13 de los autos. En efecto, no existe la estafa acusada y no existe tampoco los presupuestos de los artículos 157 y 326 del Código de Procedimiento Penal para expedir sentencia condenatoria, por lo que es evidente que la que se analiza adolece de error de derecho que es preciso corregir.- RESOLUCION: Por lo expuesto, esta Primera Sala de lo Penal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, comprobando que existe violación de la ley en la sentencia por haberse condenado al procesado sin que exista el delito acusado, acepta el recurso de Julio César León y casa la sentencia impugnada declarando absuelto del delito de estafa a Julio César León Ullaguari contra quien se ha seguido el presente juicio; calificando la acusación particular de no maliciosa ni temeraria.- Devuélvase el proceso al Tribunal Penal de origen para los fines de ley.- Notifíquese.

f.) Dr. Carlos Xavier Riofrío Corral, Magistrado-Presidente.

f.) Dr. Eduardo Brito Mieles, Magistrado, (Voto Salvado).

f.) Dr. Gonzalo Zambrano Palacios, Magistrado.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

Corte Suprema de Justicia.- Ira. Sala de lo Penal.

Es fiel copia de su original.- Quito, 3 de septiembre del 2002.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO DR. EDUARDO BRITO MIELES.

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

Quito, 27 de mayo del 2002; las 15h00.

VISTOS: Sobre la sentencia del Segundo Tribunal Penal del Azuay que lo condena a cinco años de prisión correccional por el delito de estafa a Marilú Durán Peñaloza, Julio César León Ullauri, propone recurso de casación concretado y fundamentado en dos aspectos: a) Que el dinero entregado por la acusadora particular (4.000 USA dólares) “lo recibió en préstamo” a seis meses plazo y no como precio para tramitar una visa a favor de Durán Peñaloza para viajar a Estados Unidos de Norteamérica, existiendo por tanto una relación civil y no un acto punible que amerite sentencia penal; y, 2) Que “al no haber recibido sentencia condenatoria previa a la que impugna por casación, nos encontramos en el caso previsto en el artículo 77 del Código Penal y el Tribunal Penal no pudo aplicar el N° 7 del artículo 80 ibídem sino todo lo contrario, aceptar las circunstancias atenuantes que obran a mi favor y reducir la pena de conformidad con lo ordenado en el artículo 73 del Código Penal”. En este contexto, concluye el procesado en su escrito de fundamentación señalando que el Tribunal Penal del Azuay, viola la ley en su sentencia “al condenarme por una deuda de dinero y al agravar la pena en forma ilegal”. Por su jurisdicción y competencia fundado en el artículo 200 de la Constitución Política de la República y las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal de 1983, este Tribunal de Casación dicta sentencia bajo las consideraciones siguientes: PRIMERA.- El trámite del recurso es válido por cumplidos los requisitos y solemnidades legales inherentes a su naturaleza. SEGUNDA.- A la fundamentación mencionada, el Ministerio Público observa que “el Tribunal juzgador no ha violado la ley en los términos señalados en el artículo 563 del Código Penal, más, para la graduación de la pena, considera una reincidencia que no aparece” configurada acorde con la ley, error que amerita enmendarse por la casación. TERCERA.- La fundamentación del recurso (escrito de folios 3 de este cuaderno) es contradictoria en su concepción jurídica, porque primeramente, invoca “un problema civil y no un acto punible que amerite sentencia penal”; y, luego, impugna el fallo por la reincidencia, para con ello pedir que se acepte las atenuantes “que obran a mi favor” y pedir “reducir la pena de conformidad con lo ordenado en el artículo 73 del Código Penal. En lógica y coherencia, por la naturaleza jurídica de lo controvertido y para efectos del recurso interpuesto, prevalece el aspecto penal con la segunda observación del procesado, si con el examen de la sentencia relacionada con los autos, el aspecto civil del presunto préstamo de dinero como pretensión para enervar la cuestión penal, siendo coartada como reconoce la sentencia, los documentos de folios 13 y 14 del proceso ningún aporte probatorio eficaz tienen como evidencia de relación comercial que reluce inexistente entre las partes. CUARTA.- La Sala de Casación examina y reconoce así mismo que no hay para el caso reincidencia porque la sentencia condenatoria en que se apoyó el juzgador inferior en virtud del fallo que el 27 de julio de 1993 condenó a 18 meses de prisión correccional al procesado por abuso de confianza, no se ejecutorió por el auto de prescripción que el 27 de noviembre de 1998 expidió la Primera Sala de la Corte Superior de Cuenca, aspecto que también señala el dictamen del señor Ministro Fiscal General subrogante junto a la pertinente observación de la aplicabilidad del numeral 5 del artículo 30 del Código Penal, circunstancia agravante que

impide aplicar el artículo 73 del Código Penal, sin que por ello pueda hablarse de agravamiento de la pena según el N° 13 del artículo 24 de la Constitución Política de la República, porque la pena ha sido impuesta según dispone la ley para la infracción tipificada en la sentencia y aplicada por el juzgador acorde con los méritos del proceso. Solo por atenuantes esa pena puede ser reducida o adecuada como señala el artículo 335 del Código de Procedimiento Penal de 1983, inaplicable al caso por la agravante ya señalada. Por ello, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, la Sala estima improcedente el recurso de casación de Julio César León Ullauri, al tenor del artículo 382 del Código de Procedimiento Penal -hoy artículo 358 en la vigente Ley Adjetiva Penal-, lo declara así y ordena devolver el proceso al Tribunal Penal de origen para los fines de ley.- Notifíquese y cúmplase.

Fdo.) Dres. Carlos Riofrío Corral, Magistrado-Presidente, Eduardo Brito Mieles y Gonzalo Zambrano Palacios, Magistrados.

Certifico.

f.) Secretario Relator.

Quito, veinte y siete de mayo del dos mil dos, a las diecisiete horas, notifico mediante boletas con la nota de relación, sentencia y voto salvado que anteceden, a la señora Ministra Fiscal General en el casillero N° 1207; a Julio León Ullauri en el casillero N° 512.- Certifico.

f.) Secretario Relator.

No. 201-02

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

Quito, 30 de mayo del 2002; las 10h30.

VISTOS: El presente juicio penal que por accidente de tránsito se ha seguido teniendo como antecedente el auto cabeza de proceso dictado por el Juez Primero Provincial de Tránsito de Loja, al conocer el parte policial informativo en el que se consigna los detalles del accidente de tránsito suscitado el 14 de octubre de 1997, en el sitio “El Placer” del cantón Gonzanamá de la provincia de Loja, y en que falleció por atropellamiento Aníbal Merchán Erráez, al haber sido arrollado por un bus de la Cooperativa de Transportes “Unión Cariamanga”. En el auto cabeza de proceso se sindicó inicialmente a Hernán Gonzalo Macas ordenando su detención, sin embargo de lo cual en la sentencia, una vez esclarecidos los hechos y especialmente la circunstancia de que el conductor del vehículo que causó la muerte de Merchán Erráez es Wilder Dumani Sánchez Agurto, en la sentencia se impuso a éste la pena de prisión correccional de tres años, la suspensión de la autorización para conducir vehículos por igual tiempo y la multa equivalente a 35 salarios mínimos vitales, quedando absuelto Hernán González Macas, de conformidad con lo prescrito en el artículo 326 del Código de Procedimiento Penal. La Primera Sala de la Corte Superior de Loja, confirmó en todas sus partes la sentencia de primera instancia, por lo que el encausado Sánchez Agurto interpuso el recurso de revisión de la sentencia condenatoria, alegando la concurrencia de caso fortuito y fuerza mayor como eximentes de responsabilidad, por lo que no se

considera imputable de la infracción que se le acusa. El sorteo de ley ha radicado la causa en esta Sala y para resolver se considera: PRIMERA.- Este Tribunal es competente para resolver acerca del recurso planteado conforme a las facultades que le confiere la Constitución de la República, el Código de Procedimiento Penal. SEGUNDA.- La sustanciación del recurso de revisión propuesto se ajusta a lo prescrito por la ley, sin que exista nulidad alguna que declarar. TERCERA.- La existencia material de la infracción, esto es la muerte de Aníbal Germán Merchán Erráez, ha quedado plenamente establecida, al igual que la responsabilidad del autor de tal hecho, quien ha merecido sentencia condenatoria que le lleva a la interposición del recurso de revisión que se despacha. CUARTA.- El recurrente afianza el recurso propuesto en las causales previstas en los numerales 4 y 7 del artículo 385 del Código de Procedimiento Penal de 1983. La primera de éstas se refiere a que la sentencia se hubiere dictado en virtud de documentos y testigos falsos y la segunda cuando en forma manifiesta se demostrare con nuevos hechos que el sentenciado no es responsable del delito que se le imputa. Ninguna de las dos alegaciones son admisibles, toda vez que el propio recurrente a lo largo del juicio reconoce ser el autor del accidente por el que se le juzga sin que por lógica, quepa siquiera la alegación de documentos o testigos falsos. Igualmente es inadmisibles la causal que franquea el recurso de revisión cuando en forma manifiesta se demostrare con nuevos hechos que el sentenciado no es responsable del delito que se le imputa. QUINTA.- Wilder Dumani Sánchez Agurto, en el escrito de fundamentación que presenta ante esta Corte, sostiene que los fundamentos de derecho que le respaldan son el artículo 128 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestres, norma que regla la posibilidad de interponer los recursos de casación y de revisión lo cual es extraño a la decisión que debe expedir la Sala y, además, invoca las causales del artículo 385 del Código de Procedimiento Penal, cuya ineficacia acaba de demostrarse; en consecuencia, no existe alegación jurídica admisible en la fundamentación de la impugnación. SEXTA.- El Ministro Fiscal General subrogante, en su dictamen señala que "La Sala debe declarar improcedente el recurso de revisión interpuesto por Wilder Dumani Sánchez conforme lo dispone la parte final del artículo 390 del Código de Procedimiento Penal". En consecuencia, por las consideraciones que anteceden, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se declara improcedente el recurso de revisión deducido por Wilder Dumani Sánchez Agurto, con respecto a la sentencia condenatoria que le impuso la pena de tres años de prisión correccional, como causante de la muerte de Aníbal Germán Merchán Erráez. Por cuanto de autos aparece que ha decurrido con exceso el tiempo de prescripción de la pena, se acepta la petición que al respecto plantea el sentenciado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 107 del Código Penal.- Notifíquese este fallo a la señora Ministra Fiscal General y devuélvase el proceso al juzgado de origen.- Notifíquese.

f.) Dr. Carlos Riofrío Corral, Magistrado-Presidente.

Fdo.) Dres. Eduardo Brito Miele y Gonzalo Zambrano Palacios, Magistrados.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

En Quito, hoy treinta de mayo del dos mil dos, a las once horas, notifico con la nota de relación y sentencia que anteceden, a la señora Ministra Fiscal General en el casillero N°

N° 1207; a Wilder Dumani Sánchez Agurto en el casillero N° 2232.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

Corte Suprema de Justicia.- Ira. Sala de lo Penal.

Es fiel copia de su original.- Quito, 3 de septiembre del 2002.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

No. 206-02

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

Quito, 30 de mayo del 2002; las diez horas.

VISTOS: Ha concluido en forma legal el trámite del recurso de casación propuesto por Rubén Eduardo Sánchez Lamiño impugnando la sentencia del Tercer Tribunal Penal de Pichincha que lo condena a un año de prisión correccional como autor del delito que tipifica y sanciona el artículo 563 del Código Penal. Para sentencia esta Sala de Casación considera: PRIMERO.- Que lo tramitado es válido y así lo declara, al amparo de su competencia según los mandatos de la Constitución Política, el Código de Procedimiento Penal y de la Ley Orgánica de la Función Judicial, sin haberse omitido en la sustanciación del recurso, requisito o solemnidad sustancial que afecte dicha validez. SEGUNDO.- Al sustentar el recurso dentro del término legal respectivo, Sánchez Lamiño señala como aspecto medular, violación de la ley en la sentencia por no existir prueba legal de su intencionalidad en el hecho juzgado, ausencia de dolo que lo libera de responsabilidad penal, aspecto que puede apreciarse no solo en el informe policial N° 97-PI-23-OID-P de 14 de julio de 1997 en cuya conclusión se resalta "que los ciudadanos de nacionalidad colombiana Jorge Enoc Vázquez Tejada, John y Luis Fernando Vázquez (prófugo) tienen participación en el presente caso, los cuales utilizaron además al señor Eduardo Sánchez Lamiño a fin de efectivizar el cheque, asumiéndose que los integrantes de la familia Vázquez ingresaron al país con el único afán de cometer estafas". El recurrente en su fundamentación de folios 4-5 y vuelta, empieza resaltando que por el mismo hecho fueron iniciados dos procesos penales en Pichincha, uno en el Juzgado Quinto de lo Penal (base de este juicio) y el otro por iniciativa de quien dijo ser representante legal de Vazcambios S.A., tramitado en el Juzgado Décimo Cuarto de lo Penal con un poder especial ineficaz para esta causa (folios 65-66) en base del cual, actúa como acusadora particular Judy Garcés, y sin calificar esa ineptitud legal del poder para la acción penal en su contra, el Juez Quinto admite a trámite la acusación violando el N° 6 del artículo 40 del Código de Procedimiento Penal de 1983, tanto más que el poderdante carecía -dice el impugnante- de capacidad legal para otorgar aquel poder en representación legal de Vazcambios S.A. Sánchez Lamiño invoca a su favor la existencia de "la duda" sobre la calificación de los actos, hecha por el Tribunal Penal y que sirve de base para la

sentencia condenatoria en su contra, “duda” que debió dar lugar a la aplicación del artículo 4 del Código Penal, atento ese informe policial, su declaración preprocesal que ratifica en su testimonio indagatorio, con los detalles prolijos dados por él sobre el trámite del cambio del cheque, atestaciones de las que el Tribunal Penal, podía deducir que fue sorprendido por “Vázquez”. En suma, expresa que la sentencia viola los artículos 4 del Código Penal, 66 numeral 1, 67, 167 del Código de Procedimiento Penal de 1983. TERCERO.- Esta Sala, en providencia de 11 de octubre del 2001 dispuso y notificó en la misma fecha a las partes procesales para contestar el escrito de fundamentación en el plazo que determina el artículo 355 del Código de Procedimiento Penal en vigencia Vazcambios S.A. respondió el 19 de octubre de ese año según escrito de fojas 13-17 y la Fiscalía General del Estado que recibió el proceso el 19 de los mismos mes y año, responde el 14 de marzo del 2002. De esta manera, la acusación particular reconoce “que se iniciaron dos procesos penales en contra del sentenciado Sánchez Lamiño, proceso que tenía como base el mismo Informe Policial y por el cual ha sido sentenciado el sindicado por el Tercer Tribunal Penal de Pichincha”. Luego la Procuradora Judicial de Vazcambios S.A. agrega que, “los personeros de Vazcambios S.A. desconocíamos que en el Juzgado Quinto de lo Penal de Pichincha se había iniciado el juicio en contra de Rubén Sánchez Lamiño por la estafa que había ocasionado a dicha cambiaria, cuestión cierta pues de autos se desprende que Vazcambios S.A. no se presentó al proceso como acusadora particular y por tanto al sindicado se revocó la orden de prisión por rendir una fianza mínima de ciento once mil sucres. Solo y únicamente cuando en el Juzgado Décimo Cuarto de lo Penal dentro del juicio 1176-97 en el que nosotros nos presentamos como acusadores, el señor Juez dicta el auto inhibitorio por cuanto el Juez Quinto había prevenido en el conocimiento de la causa, solo ahí, en ese momento llega nuestro conocimiento que se había iniciado el proceso penal en contra de Sánchez Lamiño en el Juzgado Quinto de lo Penal”. Vazcambios S.A. expresa también que acumulados los autos en el Juzgado Quinto, “pedimos la reapertura del sumario y fue cuando presentamos la acusación particular en contra del referido sindicado para que se le imponga la pena máxima prevista para este tipo de delitos y se lo condene al pago de daños y perjuicios y costas procesales. Para la Sala de Casación es relevante además en esta contestación de Vazcambios S.A. la parte con la cual esa empresa señala: “en virtud de lo expuesto desvirtuó la afirmación del sindicado de haber pretendido (VAZCAMBIOS S.A.) inducir a engaño a la autoridad. De esto los más beneficiados fueron los sindicados, pues a pesar que varias ocasiones insistí (dice la Procuradora Judicial de esta empresa) en que se fije la caución teniendo en consideración el perjuicio ocasionado a VAZCAMBIOS S.A. no fui escuchado y continuó fijada la caución ínfima”. De lo transcrito fluye la contradicción de la exponente y, deja en claro que sí conoció que había un proceso penal en trámite por el mismo hecho, según sus propias palabras: “en varias ocasiones insistí en que se fije la caución teniendo en consideración el perjuicio ocasionado a Vazcambios S.A., no fui escuchada y continuó fijada la caución mínima”. En el informe policial de 14 de julio de 1997 Vazcambios S.A. consta que Mariano Aguirre Gerente de Operaciones de Vazcambios S.A., solicitó que se investigue a los detenidos sobre los demás cheques que intentaron cobrar en esa cambiaria y es obvio, que considerándose perjudicada, siguió el curso del proceso penal ya en trámite en el cual los colombianos apesados Jorge Enoc Vázquez Tejada y John Jorge Vázquez Gallo tramitaron la fijación y ulterior

aceptación de la caución con que recuperaron su libertad con boleta de excarcelación de 7 de agosto de 1997, así como también el recurrente Eduardo Rubén Sánchez Lamiño quien bajo caución del mismo valor S/. 111.000,00 por no tener antecedentes penales es puesto en libertad según providencia de folios 57 que declara cerrado el sumario, sin que desde el auto cabeza de proceso dictado por el Juez Quinto de lo Penal de Pichincha el primero de agosto de 1997, hasta el cierre del sumario el 30 de septiembre del mismo año, Vazcambios S.A. hubiere comparecido a ese juicio en defensa de sus intereses, pese a la presencia del Gerente de Operaciones Aguirre Ortiz en el proceso de investigación policial, cuyo informe por sorteo pasó al Juzgado Quinto de lo Penal para el enjuiciamiento, sin embargo de lo cual, Aguirre Ortiz separadamente como empleado contratado de Vazcambios S.A., pese a conocer que ya existía informe policial de 14 de julio de 1997 en el que consta haber sido entrevistado por los agentes investigadores, presenta denuncia penal exclusivamente contra Sánchez Lamiño por el mismo hecho el día 5 de agosto de 1997 -folio 66- sorteada al Juzgado Décimo Cuarto de lo Penal de Pichincha, ante el cual, el denunciante reconoce su firma y rúbrica y luego la Gerente Regional y representante legal de Vazcambios S.A., sucursal Quito, deduce acusación particular contra Eduardo Rubén Sánchez Lamiño por el delito de estafa al vender el Travelers Express Money Order N° 251-304-936 por 4 mil dólares falsificado, haciendo constar un perjuicio de veinte millones de sucres según texto de la querrela, en virtud de la cual, el Juzgado ordena la prisión del acusado para fines investigativos, hasta que en providencia de folios 172, el Juez Décimo Cuarto de lo Penal, atenta la defensa del procesado con copias certificadas del enjuiciamiento previo en el Juzgado Quinto, se inhibe de seguir conociendo la causa promovida por Vazcambios S.A. y remite el proceso a aquel Juzgado que previno en el conocimiento de la causa, disponiendo además la inmediata libertad de Sánchez Lamiño. CUARTO.- La Fiscalía del Estado en su dictamen al responder sobre la fundamentación del recurso previo examen de lo actuado, opina que en la especie hállase cumplido uno de los preceptos base del juicio penal, esto es la comprobación conforme a derecho de la existencia material de la infracción, “pero que existen dudas en cuanto a la participación dolosa o culposa del encausado, cuanto más que en el mismo parte policial investigativo se menciona la utilización de la que fue objeto el sindicado” y estima que el Tribunal juzgador, violó en la sentencia lo expresamente determinado en el inciso segundo del artículo 326 del Código de Procedimiento Penal, al no estar comprobada la responsabilidad del procesado, o existir duda sobre los hechos, o el procesado hubiere acreditado su inocencia, dictará sentencia absolutoria. Estima el Ministerio Público que la sentencia viola los artículos 4, 11 y 14 del Código Penal; 67, 157 y 326 del Código de Procedimiento Penal. QUINTO.- Solo por excepción, para contrastar lo resuelto en la sentencia con relación a los autos, la Sala de Casación examina las circunstancias de un hecho que origina el proceso penal y el acervo probatorio de las partes, hacia la certeza de la absolución o condena para un procesado. Para la impugnación en trámite se aprecia que la sentencia de folios 261-262, en su considerando tercero, funda la responsabilidad penal del encausado -recurrente de manera especial en el parte informativo policial de 14 de julio de 1997 -fojas 1-18-, la declaración preprocesal de Sánchez Lamiño fojas 6-7 que éste ratifica en su indagatoria de folio 56 como medio de defensa y prueba, y con el testimonio propio del empleado contratado por Vazcambios S.A. Mariano Aguirre Ortiz, Gerente de Operaciones de esta entidad, al decir que compró

a Sánchez Lamiño el money order que resultó falsificado y por ello, dice el Tribunal Penal, “el recurrente intervino directamente en la negociación, recibió el importe y la recompensa y además engañó a la casa cambiaria al decir que el documento bancario era enviado por su hermano del exterior, lo que evidencia conducta dolosa y contraría su presunción de inocencia”. Como consecuencia de atenuantes, impone la pena de prisión correccional de un año, multa de cuatro centavos de dólar, costas, daños y perjuicios, por declarar procedente la acusación particular deducida contra del sentenciado. SEXTO.- La Sala observa que de principio a fin el recurrente mantiene en sus declaraciones explicaciones uniformes y coherentes sobre las circunstancias en que los ciudadanos colombianos: Jorge Vázquez Tejada y su hijo John Jorge Vázquez Gallo visitan su local comercial en Quito para pagar a Sánchez Lamiño una deuda pendiente por venta de repuestos y lograr su ayuda para cobrar un cheque en dólares por la suma de cuatro mil dólares, que aceptó realizar la buena fe conociendo a Jorge Vázquez como su cliente según detalles que constan en su declaración preprocesal de fojas 6 en la que pese a no concurrir defensor ni Agente Fiscal en protección del sindicado “voluntariamente informó a los agentes policiales y colaboró en la detención de los señores Vázquez” proporcionando información a los investigadores como muestra de buena fe y cooperación para investigar los hechos; la dirección de su local comercial e incluso su domiciliaria, actitud que desvirtúa toda posibilidad de evadir responsabilidades, encubrir a terceros; y singularmente demostrar que su obrar no fue doloso, por haber sido utilizado y engañado, como señala el informe policial y la Fiscalía General del Estado, sin que a juicio de esta Sala, la recompensa económica por cambiar el cheque (Money Order) fuese el móvil para la cobranza, cuanto que su convicción de la honradez de Vázquez Tejada cliente de su establecimiento comercial, que con dinero de la cobranza pagaría el crédito adeudado a su favor, aspectos que no han sido impugnados en el proceso y el recurrente ratifica en su indagatoria, que siendo medio de prueba y de defensa, no ha sido valorada en su contexto y armonía con el informe policial que sirve de base fundamental al Tribunal Penal para declarar la responsabilidad del procesado en el delito de estafa, que sin aquella valoración lógica, coherente y racional de la verdad de los hechos, no podía enfatizar estar comprobada conforme a derecho aquella responsabilidad, por no haber actuado en la cobranza con intención dolosa de perjudicar a Vazcambios S.A., conducta fraudulenta que se descubre en las personas del prófugo Luis Fernando Vázquez quien llenó el cheque, su padre Jorge Enon Vázquez Tejada, que promovió y obtuvo la cooperación del sindicado, y de John Vázquez Gallo, cuyas declaraciones obran de folios 7 y 8, y contra quienes Vazcambios S.A., nada hizo pese a conocer el informe policial de 14 de julio de 1997, siendo además, cuestiones que los juzgadores precedentes y de manera especial el Tribunal de la sentencia recurrida omitieron examinar y valorar con sana crítica. Por ello, en virtud del análisis integral de la sentencia y lo actuado con la opinión fiscal que la Sala comparte, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, el Tribunal de Casación estima procedente el recurso de casación de Rubén Eduardo Sánchez Lamiño por las violaciones de las normas legales señaladas en su impugnación y que el dictamen fiscal examina con mayor amplitud y precisión, por lo que, enmendando la transgresión, declara absuelto al mencionado recurrente, reconociendo que la acusación particular de los personeros de Vazcambios S.A. mencionada en la sentencia, no es maliciosa ni temeraria.-

Notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal Penal de origen para los fines de ley.

Fdo.) Dres. Carlos Riofrío Corral, Magistrado-Presidente, Eduardo Brito Mieleles y Gonzalo Zambrano Palacios, Magistrados.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

En Quito, hoy jueves treinta de mayo del dos mil dos, a las diez y siete horas, notifico con la sentencia y nota de relación que anteceden a la Sra. Ministra Fiscal General por boleta dejada en el casillero N° 1207, a Eduardo Sánchez le notifico en el casillero N° 1594, a la Dra. Silvia Castro, procuradora judicial de Fernando Vázquez, Gerente de Vazcambios le notifico en el casillero 2225.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

Corte Suprema de Justicia.- 1ra. Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original.- Quito, 3 de septiembre del 2002.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

No. 208-02

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

Quito, 31 de mayo del 2002; las 17h00.

VISTOS: Por violación de los numerales 5 y 14 del artículo 24 de la Constitución Política del Ecuador y apoyo en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, Franklin Morales, Luis Pilliza y Gustavo Samueza, plantean recurso de casación de la sentencia expedida por el Primer Tribunal Penal de Pichincha que en el juicio por violación a Mayra Serrano Gallo les impone a cada uno la pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria como autores del delito previsto y sancionado en los artículos 512, numerales 3 y 513 del Código Penal, con la obligación de pagar daños y perjuicios. El trámite legal de la impugnación realizado válidamente por esta Sala ha concluido y para sentencia, considera: PRIMERO.- La causa fue sorteada el 4 de octubre del 2001 y correspondió a este Tribunal de Casación, con cuya providencia de 29 de los mismos mes y año, los recurrentes fundamentaron su reclamo en tiempo legal oportuno según escrito de 9 de noviembre de dicho año, en el cual describen la relación de los hechos, invocando el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, exponen que la sentencia ha tomado como base un informe policial espurio y preparado con declaraciones que ellos jamás realizaron y que se los obligó a firmar por la fuerza, sin la concurrencia del Fiscal ni de un abogado defensor, según las normas del debido proceso y porque los testimonios extra procesales son falsos y fueron copiados textualmente, existiendo violación de las normas constitucionales mencionadas en la interposición de su recurso. Agregan que si bien está comprobado conforme a derecho, la materialidad de la infracción, “no se ha determinado plenamente nuestra responsabilidad y por lo tanto, no se han cumplido los presupuestos contemplados en los numerales 2 y 3 del artículo 66 y 157 del Código de Procedimiento Penal, y además, que el Tribunal Penal incumplió los mandatos de los artículos 127 y 326 ibídem inciso tercero de dicha ley, violando el artículo 4 del Código Penal, con inobservancia de los principios fundamentales de

la valoración de la prueba que da lugar a la sentencia condenatoria. SEGUNDO.- A la sustentación del recurso, la Fiscalía General del Estado opone la opinión del señor doctor Guillermo Mosquera Soto, Director General de Asesoría y a la vez subrogante autorizado por la señora Ministra Fiscal expresando no existir violación de derecho en la sentencia. El dictamen fiscal pide a la Sala de Casación “valorar el argumento defensivo de los recurrentes, cuando enfatizan que las relaciones sexuales fueron consentidas por la víctima, lo cual implica que la menor estaba libre para estos actos sexuales, alegación que no puede ser admitida porque pierde sustento ante las señales de violencia y evidencias agresivas en lo físico, para posibilitar el acceso carnal en la persona violada, descartándose que la víctima tenga una acción participativa en lo sexual con su consentimiento”. TERCERO.- El Tribunal de Casación observa que el aspecto esencial del recurso interpuesto por los tres condenados, es su ataque al contenido de las actas de sus declaraciones preprocesales, cuyos detalles descriptivos jamás fueron expuestos por ellos y como tal son falsos. Que a tales declaraciones no concurrió el Fiscal, ni abogado defensor alguno para la eficacia probatoria de sus dichos, y que el informe policial base principal de la sentencia es espurio, lo que obliga a esta Sala al examen no solo de la sentencia impugnada, sino también aquellos documentos del proceso. Al efecto, de fojas 19 a 21 obran aquellas atestaciones presumariales como las efectuadas el día 27 de octubre del 2001 ante el Dr. Jaime Navarrete; Fiscal de turno, el abogado defensor que suscribe, pero sin constancia de su nombre o identidad personal y el investigador que pese a no constar con su nombre, el informe policial ulterior identifica por su firma y rúbrica correspondiente al Policía Cbo. P. Segundo Paucar, de quien el procesado Luis Raúl Pilliza Samuesa en escrito de folios 43 dice que fue la persona “que redactó mi declaración y luego llamó al Fiscal de turno para las preguntas de rigor”. En este escrito que impugna el parte policial se expresa que en este documento “se falsea la verdad al hacer constar una declaración que jamás expuse y que fue arrancada con engaños bajo presión psicológica por parte de quienes me investigaron” lo que en sentido lógico descubre ante el Tribunal de Casación, que la investigación se practicó por aquel agente policial en presencia de un Fiscal representante de la sociedad; y, sin que aquella impugnación verse sobre la presencia de un abogado defensor cuya identidad se omite, su comparecencia es incuestionable como suscriptor de las actas de las declaraciones en forma conjunta con el Fiscal de turno. Además, el afirmar que las declaraciones fueron “arrancadas” con engaño, sin precisar ni demostrar por quien, implica la real existencia del acto y su contenido; que caso contrario habría impedido que el Fiscal y el abogado concurrente legalicen con su firma las referidas actas, que pese a sus falencias formales, son elementos jurídicos probatorios auténticos y sirven con eficacia para los fines del presente enjuiciamiento, sin que los recurrentes hubieren demostrado haber sido detenidos o actuadas esas declaraciones con violación de la Constitución o la ley, o como lo habría impedido el Fiscal concurrente al acto, por ser autoridad pública con el deber de velar para que los imputados conozcan sus derechos constitucionales, entre ellos, el derecho de no autoincriminarse. Por tanto, son inadmisibles los calificativos de falsedad de las actas, y manipulación del parte policial y de todo el proceso como afirman los recurrentes en el escrito de fundamentación de su reclamo. CUARTO.- La sentencia controvertida al desestimar un informe pericial grafotécnico sobre la falsedad presunta de la firma y rúbrica del abogado defensor que suscribe las actas que contienen las declaraciones

preprocesales, obra con lógica en su decisión, porque los señores peritos no teniendo a su alcance las firmas y rúbricas de los abogados inscritos en el Colegio de Abogados de Pichincha, y la firma auténtica de aquel profesional cuestionado carecían de base de comprobación para realizar el cotejo respectivo motivo de la pericia” y por lógica, observa este Tribunal de Casación, los peritos no podían inferir la conclusión de presunta falsedad de aquella firma y rúbrica. En consecuencia, siendo el fallo impugnado resultante del análisis valorativo de los méritos del proceso en armonía con la ley, sin incurrir en ninguno de los supuestos del vigente artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, la Primera Sala de Casación Penal, declara improcedente el recurso de casación de los sentenciados Franklin Morales Simbaña, Raúl Pilliza Samuesa y Gustavo Andrés Samuesa Simbaña y ordena devolver la causa al Tribunal Penal de origen para los fines de ley. Sin costas, ni honorarios que regular en este nivel.- Notifíquese y cúmplase.

Fdo.) Dres. Carlos Riofrío Corral, Magistrado-Presidente, Eduardo Brito Mieleles y Gonzalo Zambrano Palacios, Magistrados.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

Quito, cuatro de junio del dos mil dos, a las once horas, notifico mediante boletas con la sentencia que antecede, a la señora Ministra Fiscal General en el casillero N° 1207; a Blanca Gallo en el casillero N° 1616; a Franklin Morales, Luis Pilliza y Gustavo Samueza en el casillero N° 791.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

Razón: En esta fecha devuelvo el juicio N° 364-01 MG; que por violación se sigue en contra de Franklin Morales y otros, en 338 fs., incluida la ejecutoria suprema, cuatro cuerpos. Quito, 17 de junio del 2002.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

Razón: Como Secretario del 1er. Tribunal Penal de Pichincha, recibo el juicio N° 364-01 MG; que por violación se sigue en contra de Franklin Morales y otros, en 338 fs. (trescientas treinta y ocho fojas) incluida la ejecutoria suprema, cuatro cuerpos. Quito, 27 de junio del 2002.

Certifico.- f.) Secretario del Primer Tribunal Penal de Pichincha.

Corte Suprema de Justicia.- 1a. Sala de lo Penal.

Es fiel copia de su original.- Quito, 3 de septiembre del 2002.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

No. 209-02

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

Quito, 31 de mayo del 2002; las 14h30.

VISTOS: José Luis Silva Places y Pedro Omar Balladares Rendón como procesados y María Sandra Utreras Díaz actuando como procuradora común de la parte acusadora proponen recurso de casación de la sentencia del Segundo Tribunal Penal de Pichincha, que en el juicio por asalto, robo y muerte signado con el N° 102-99 de ese Tribunal, les impone a los primeros la pena de doce años de reclusión mayor extraordinaria, "como autores del delito tipificado y sancionado por los artículos 550 y 552 del Código Penal, más el pago solidario de costas y, los daños y perjuicios ocasionados. El fallo condena en primer lugar a Saulo Santos Miraba a 16 años de reclusión sin que éste hubiere reclamado por la sentencia que causó estado en su contra. El recurso de la acusadora particular se apoya en que los tres condenados cometieron el mismo delito con igual grado de responsabilidad, sin derecho a atenuantes por su peligrosidad y las circunstancias en que se perpetró la infracción. Los recurrentes Silva Places y Balladares Rendón, impugnan la sentencia, por no describir los hechos que a su entender son constitutivos del delito motivo de su condena, ni especificar el inciso del artículo 552 del Código Penal que aplica para imponer la pena, pero que por su cuantía ellos deducen que es el inciso final. Señalan además que es errada la tipificación delictual en su contra porque las violencias que dieron lugar a la muerte del Mayor Luis Humberto Obando Araujo no fueron producidas antes del acto para facilitar el robo, ni en el momento de cometerlo; y, si en realidad se ha perpetrado después de cometido, en ningún momento se disparó para procurar la impunidad, por lo que, de esta apreciación suya, devienen dos hechos totalmente distintos: el asalto y robo a cargo de los tres procesados sentenciados; y, el otro, la muerte del Mayor Obando Araujo en la cual es solo responsable Saulo Santos Miraba Jordán. La fundamentación del recurso de los sentenciados invoca finalmente falsa aplicación del artículo 72 del Código Penal, por no admitir a su favor atenuantes para modificar la condena. La tramitación de la impugnación ha concluido con rigor legal en esta Sala de Casación sin omisión del requisito o solemnidad que afecte su validez que la Sala declara; y, por ello, para sentencia considera: PRIMERO.- Ser competente para decidir los recursos interpuestos atento el mandato del artículo 200 de la Constitución Política de la República y las disposiciones del Código de Procedimiento Penal de 1983, la primera de las disposiciones transitorias del código vigente, promulgado en el Suplemento del Registro Oficial N° 360 de 13 de enero del 2002 y las de la Ley Orgánica de la Función Judicial. SEGUNDO.- La casación penal es un recurso extraordinario para corregir los errores de derecho en que incurre una sentencia al darse los supuestos del artículo 373 del Código de Procedimiento Penal de 1983 con el cual se sustancia y resuelve esta causa. El derecho del impugnante se contrae al fallo con presunta infracción de la ley, y la violación debe demostrarse con sustento jurídico al tiempo de fundamentar el recurso. El Tribunal de Casación, solo por excepción en caso de dudas que surjan en la controversia, entre lo sentenciado y lo impugnado por las partes procesales, puede rebasar el estudio de la sentencia, para comprobar en los autos la verdad sobre lo invocado por aquellos y sin revalorizar el acervo probatorio, discernir la tutela jurídica que corresponda a los litigantes según los hechos, circunstancias, pruebas aportadas, grado de participación, responsabilidad eventual y tipificación que corresponda según los casos, y de conformidad con la ley. TERCERO.- Para los fines que los procesados persiguen según la fundamentación

de sus recursos, esto es la rebaja de la pena impuesta; por la inaplicación del artículo 72 del Código Penal habiendo presentado prueba sobre su buena conducta y no existir agravantes en su contra, el Tribunal de Casación destaca que el artículo 29 del Código Penal es claro al delimitar y precisar lo que constituye circunstancias atenuantes, esto es, todas las que, refiriéndose a las causas impulsivas de la infracción, al estado y capacidad física e intelectual del delincuente, a su conducta con respecto al acto y sus consecuencias, disminuyen la gravedad de la infracción o la alarma ocasionada en la sociedad, o dan a conocer la poca o ninguna peligrosidad del autor, como en los 12 casos que esta norma taxativamente enumera. En la causa en examen, importa destacar: 1) Que el hecho delictuoso se perpetró, según constancia de folio 377, el día sábado 27 de junio de 1998. 2) Que en el numeral 9 de las conclusiones del informe policial de 3 de julio de 1998 folios 13 a 42 se señala que los tres procesados Silva Places, Miraba Jordán y Balladares Rendón "son reincidentes en este tipo de atracos a mano armada, los dos primeros con ocho y cuatro detenciones anteriores por asaltos y robo en días anteriores al presente caso, operando en asociación ilícita para perpetrar tales delitos, actividad que reconocen en sus declaraciones presumariales rendidas en presencia del Defensor Público y el Agente Fiscal -folios 74-95-, situación de peligrosidad social de tales ciudadanos que se reafirma con las constancias de folios 307-308 sentencia condenatoria del Cuarto Tribunal Penal de Pichincha de 9 de agosto de 1999 contra Saulo Santos Miraba Jordán por el delito previsto y reprimido por los artículos 550 y 552 inciso segundo del Código Penal, con seis años de reclusión menor, delito en el que participaron también como autores los recurrentes en el presente juicio sin ser juzgados por aquel Tribunal, porque la etapa plenaria -seguramente por hallarse prófugos- se sustanció solamente contra Saulo Santos Miraba Jordán. A folios 335-336 obra la copia certificada del auto de 7 de junio de 1999 del Juzgado Tercero de lo Penal de Pichincha que declara abierta la etapa del plenario en contra de Saulo Santos Miraba Jordán, José Luis Silva Places, Pedro Omar Balladares Rendón y otro, como autores del delito que tipifica el artículo 550 y sanciona el artículo 552 del Código Penal. 3) Los certificados de fojas 342-347 son conferidos sin que sus otorgantes conocieran los antecedentes penales de Silva Places; y, los 4 primeros, de esos documentos particulares de buena conducta, extendidos antes del llamamiento a plenario del 7 de junio de 1999, hallándose además, la certificación del folio 351 que da cuenta del enjuiciamiento de dicho procesado en la causa penal N° 906-98 por muerte. 4) En el folio 353 se acredita la conducta excelente de Silva Places durante su permanencia en el Centro de Rehabilitación de Varones N° 3 y para el recurrente Pedro Omar Balladares Rendón existe solamente el certificado de conducta "Muy Buena" -fojas 341- de esta forma se enerva la pretensión de atenuantes de los recurrentes en virtud de las exigencias del inciso 1 del artículo 29 del Código Penal, circunstancias de atenuaciones inaplicables en ninguno de los 12 casos de esta norma, porque no disminuyen la gravedad de la infracción, ni la alarma ocasionada en la sociedad, ni acreditan la poca o ninguna peligrosidad de los sentenciados recurrentes, que por el contrario, están identificados en autos como personas de marcada peligrosidad social, que se valora también con el perfil de su conducta reflejada en sus declaraciones indagatorias de fojas 246 a 248 y de 249 a 250, de cuyo texto se aprecia su embriaguez premeditada y el uso de sustancias estupefacientes con la finalidad de cometer las infracciones de asalto, robo y muerte, lo que según el N° 4 del artículo 37 del Código Penal, en armonía con el artículo 38 ídem, constituye agravante no constitutiva ni modificatoria de

la infracción de asesinato. De esta manera, sería suficiente para desechar la atenuación de la pena, los certificados de conducta posteriores a la infracción ya mencionados, uno para cada uno de los recurrentes, pierden eficacia y no dan derecho a reducción de la pena con aplicación al N° 6 del artículo 29 ni por el N° 7 ibídem, por la constancia de aquella peligrosidad. Así, sin necesidad de mayor examen, el requisito del artículo 72 ídem, sobre la existencia de dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, no constitutiva o modificatoria de la infracción, deviene inaplicable a favor de los sentenciados recurrentes.

CUARTO.- La responsabilidad solidaria como autores de los encausados recurrentes es incuestionable por las consecuencias de muerte durante el asalto y robo móvil de aquella resultante fatal, pese a las declaraciones de los co-acusados al decir que fue causada (la muerte) por disparos hechos exclusivamente por el procesado Miraba Jordán Saulo Santos, alegación que no presta mérito ni eficacia probatoria por la prohibición del artículo 108 del Código de Procedimiento Penal, y la parte final del artículo 107 de esta ley, que permite al Juez la libertad para apreciar el grado de credibilidad de lo dicho por tales co-acusados, en cuyo favor, su alegación excluyente del uso del arma de fuego y su disparo que originó la muerte, carece de sustento probatorio en esta causa, ni siquiera para acreditar en forma plena e indubitable que los recurrentes no coadyuvaron de ninguna manera a su realización y resultado de la muerte ocasionada, o que no pudieron evitarlo o impedirlo, si por sus propias declaraciones presumariales e indagatorias los tres procesados se complotaron, planificaron y obraron de forma consciente y concertada para realizar el asalto, con fines de robar y con derivación de asesinato, por lo que, pese al texto diminuto e inmotivado del fallo recurrido con falencias de superficialidad y carente de análisis de lo que esta Sala examina, así como de las alegaciones en derecho de las partes, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, estima improcedente el recurso de casación de los sentenciados Pedro Omar Balladares Rendón y José Luis Silva Places y admite el recurso de María Sandra Utreras Díaz, para con ello enmendar la violación de derecho de aquel fallo, exclusivamente en cuanto a la responsabilidad de aquellos recurrentes a quienes como co-autores del delito que tipificado y sancionado por los artículos 550 y 552 inciso final del Código Penal, les impone la pena de reclusión mayor extraordinaria de diez y seis años a cada uno, esto es, a José Luis Silva Places y Pedro Omar Balladares Rendón, cuyos datos individualizantes obran de autos, precisando que lo dispuesto en el artículo 24, numeral 13 de la Constitución Política de la República y el artículo 347 del Código de Procedimiento Penal de 1983, que prohíben agravar la situación jurídica del procesado, es aplicable cuando éste es el único recurrente, en esta causa, es de advertir que interpuso recurso de casación, además de los tres procesados, la acusadora particular, situación en la cual, el juzgador tiene plena facultad para decidir con absoluta independencia lo relativo a la imposición de la pena, sin la restricción del numeral 13 del artículo 24 y la del Código de Procedimiento Penal citados -reformatio in pejus- porque éstas configuran obligación de cumplimiento obligatorio, solamente cuando el recurrente es único. Además, por el principio de la igualdad de las personas ante la ley, la tutela jurídica en el proceso penal es universal, sin discrimen para gozar de los mismos derechos y garantías constitucionales como los que tiene también en este juicio la acusadora particular, bien entendido que en materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia, sin que ninguna autoridad

pueda exigir condiciones o requisitos diferenciados o privilegiados para el ejercicio de estos derechos, teniendo las cortes, tribunales y autoridades administrativas la obligación de aplicar las normas de la Constitución que sean pertinentes (artículo 273 Constitución Política de la República). La condena que se impone a los procesados -co-recurrentes la cumplirán en el Centro de Rehabilitación Social donde guardan prisión, descontándose el tiempo que hubieren ya devengado por la infracción. Sin costas ni honorarios que regular en el presente nivel de impugnación.- Notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal Penal de origen a cuyo vocal se llama la atención por la observación que antecede.

Fdo.) Dres. Carlos Riofrío Corral, Magistrado-Presidente, (Voto Salvado), Eduardo Brito Mieles y Gonzalo Zambrano Palacios, Magistrados.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

Corte Suprema de Justicia.- 1a. Sala de lo Penal.

Es fiel copia de su original.- Quito, 3 de septiembre del 2002.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

VOTO SALVADO DEL DOCTOR CARLOS X. RIOFRIO CORRAL.

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

Quito, 31 de mayo del 2002; las 16h30.

VISTOS: Si bien coincido con el análisis y criterio de los señores magistrados que expiden el voto de mayoría, particularmente en cuanto a que, por la peligrosidad de los procesados recurrentes, el Tribunal Penal no podría rebajar la pena por más atenuantes que se hubiere demostrado, que ya según el artículo 72 del Código Penal la sanción prevista para reprimir una infracción únicamente puede disminuirse cuando hayan dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, siendo precisamente una agravante genérica la peligrosidad del agente según el inciso primero del artículo 30 ibídem, ello no obstante, me aparto de la resolución de mayoría porque aumenta la pena impuesta por el Tribunal Penal a los procesados José Luis Silva Places y Pedro Omar Balladares Rendón, de doce años de reclusión a dieciséis años, inobservando el ordinal 13 del artículo 24 de la Constitución Política de la República, el cual preceptúa como garantía del debido proceso que: **“Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación del recurrente”**.- Este precepto constitucional vigente desde el 10 de agosto de 1998, reforma el artículo 347 del Código de Procedimiento de 1983, eliminando la condición establecida en esa norma legal restrictiva a que no pueda empeorarse la situación jurídica del procesado solamente cuando éste sea “el único recurrente”. Tal condición se excluyó en el numeral 13 del artículo 24 de la Constitución, que prevalece por la supremacía de la Carta Política sobre cualquier disposición de menor jerarquía, según manda el artículo 272 ibídem; más aún cuando se trata de una garantía para asegurar el debido proceso, bien entendido que en materia de derechos y garantías constitucionales se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia - como se reconoce en el voto de mayoría -, por lo que aquella garantía a favor del procesado

para que no se empeore su situación cuando él ha recurrido, debe ser obedecida, aún cuando hubiese recurrido también el acusador particular; tanto más que en caso de duda sobre la aplicabilidad o no de una norma de carácter penal debe resolverse el conflicto en el sentido más favorable al reo, al tenor del artículo 4 del Código Penal; sin que, por otra parte, ninguna autoridad pueda exigir condiciones o requisitos para dar aplicación al imperativo mandato constitucional que preceptúa la non reformatio in pejus, sin la condición o requisito de que el procesado sea el único recurrente.- En la presente causa son recurrentes José Luis Silva Places y Pedro Omar Balladares Rendón quienes impugnan mediante casación la sanción a ellos impuesta en la sentencia recurrida, por lo que no puede empeorarse su situación aumentándoles en cuatro años el tiempo de la reclusión.- Por lo expuesto, salvo mi voto.- Notifíquese.

Fdo.) Dres. Carlos X. Riofrío Corral, Magistrado-Presidente, Eduardo Brito Miele y Gonzalo Zambrano Palacios, Magistrados.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

En Quito, hoy tres de junio del dos mil dos, a las diecisiete horas, notifico por boletas la nota de relación, la sentencia y voto salvado que antecede, a los señores: Ministra Fiscal General, en el N° 1207; a María Utreras, en N° 836; a José Silva, en los Nos. 527 y 271; y, a Pedro Balladares, en el N° 243.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

Corte Suprema de Justicia.- 1a. Sala de lo Penal.

Es fiel copia de su original.- Quito, 3 de septiembre del 2002.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

No. 212-02

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

Quito, 3 de junio del 2002; las 17h00.

VISTOS: Arturo Girón Ramírez, Rigoberto Cabanillas Ortiz, Toribio Escalante Rojas, Marcos Claudio Mardones Jegó, Angel Federico Velásquez Espinosa y Luis Acero Flores, interponen recurso de casación de la sentencia condenatoria dictada en su contra por el Segundo Tribunal Penal de Pichincha, que les impuso la pena de seis años de reclusión menor como coautores del robo de dos vehículos utilizados en la transportación de los procesados hacia el lugar en el que tenían previsto asaltar la agencia de la Mutualista Pichincha ubicada en el Centro Comercial América de la ciudad de Quito, delito de robo tipificado en el artículo 550 del Código Penal, cometido en las circunstancias del numeral segundo del artículo 552 ibídem.- Habiendo concluido el trámite, que se radicó por sorteo en esta Sala, y encontrándose el recurso en

estado de resolver, para sentencia considera: PRIMERO.- Que este Tribunal Supremo de Casación tiene jurisdicción y competencia para decidir la impugnación de conformidad con la Constitución Política de la República, y el Código de Procedimiento Penal cuyas normas se han aplicado en la sustanciación del recurso, sin violación del trámite ni omisión de solemnidades sustanciales. SEGUNDO.- Los recurrentes fundamentan su impugnación aduciendo violación de los artículos 88, 127, 157 y 326 del Código de Procedimiento Penal, pues alegan que no se comprobó la propiedad y preexistencia de los automotores supuestamente sustraídos, ni la existencia material del delito, ni se demostró conforme a derecho la responsabilidad de los procesados, ya que el juzgador se sustentó para declararla en el testimonio indagatorio de uno de los procesados, que es medio de defensa y prueba a su favor - no en su contra-, el cual fue utilizado para establecer la culpabilidad de los demás coacusados. Señalan también que no se consideró la prueba presentada por los encausados y que la sentencia viola los artículos 29, 32, 33, 42 y 72 del Código Penal, ya que: no se modificó la pena pese a haberse demostrado la existencia de circunstancias atenuantes; se les condenó sin demostración de que actuaron todos los procesados en el ilícito con voluntad y conciencia, apareciendo lo contrario de las circunstancias que precedieron o acompañaron al acto de las que se deduce que no tuvieron intención dañada; y, porque el juzgador solidarizó a todos los procesados por el acto de uno solo de ellos, sin haber obrado de una manera directa o inmediata en el ilícito como para ser todos considerados autores de la infracción. TERCERO.- El Ministro Fiscal General subrogante señala en su dictamen de fojas 9 a 11 del cuaderno de casación, que el juzgador después de valorar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, declaró comprobada la existencia del delito acusado y la responsabilidad de los procesados, "sin tomar en consideración atenuantes, por las circunstancias que han rodeado a la infracción esto es, en pandilla, a mano armada y en vía pública" opinando que, al no advertirse en la sentencia violación de disposición legal alguna, debe declararse la improcedencia del recurso. CUARTO.- Examinada la sentencia impugnada con relación a los autos y las alegaciones de los recurrentes, este Tribunal de Casación encuentra que el juzgador llegó a la convicción de la existencia material del delito acusado y de la responsabilidad de los procesados: por ser una banda internacional organizada para el asalto a bancos en cuyo poder y domicilios se encontraron armas que fueron aprehendidas por la policía y luego reconocidas pericialmente; por usar pasaportes falsos, emitidos a nombre de otras personas para ocultar la verdadera identidad de los encausados; por el hecho de la aprehensión física de los vehículos marcas Hyundai de placas PNN-617, y Volkswagen Golf de placas PNA-995, que utilizaron los procesados para transportarse hacia la agencia de la Mutualista Pichincha situada en el Centro Comercial América de la ciudad de Quito, que pretendían asaltar el día 30 de octubre de 1996, cuando fueron aprehendidos por la policía a la cual resistieron con armas de fuego; por los títulos de propiedad incorporados a los autos que acreditan la pertenencia de los mismos a Leonardo Naranjo Jaramillo y Jorge Montesdeoca Luna, quienes habían denunciado el robo de sus automotores; por las declaraciones preprocesales de Doris Valdivieso y Alicia Echeverría, que en forma pormenorizada detallan la forma en que fueron sustraídos los vehículos referidos en el fallo; por el reconocimiento hecho por parte de la testiga Alicia Echeverría al procesado Luis Acero Flores como la persona que se apoderó del vehículo cuando ella lo conducía; por el largo historial delictivo de los procesados, que obra en 32 fojas útiles, remitido por la

Dirección de Apoyo Técnico de la Dirección de Identificación Policial y otros organismos policiales del Perú; por el hecho de que Arturo Girón Ramírez fue detenido infraganti manejando el Volkswagen Golf robado a Leonardo Efraín Naranjo Jaramillo.- Así, esta Sala consigna que el juzgador comprobó la preexistencia y propiedad de los automotores robados como manda el artículo 88 del Código de Procedimiento Penal; comprobó para dar cumplimiento a lo que mandan los artículos 157 y 326 ibídem, tanto el hecho material del robo, como la responsabilidad penal de todos los procesados, como coautores del ilícito pues todos conformaban una banda para asaltar bancos y se proponían hacerlo, utilizando, para perpetrar aquella infracción frustrada, los vehículos sustraídos, habiéndose determinado en conjunto la perpetración del robo para cometer la otra infracción, lo que hace que se repunte autores a todos los implicados según lo dispuesto por el artículo 42 del Código Penal. QUINTO.- Como el propósito del robo fue la utilización de los vehículos sustraídos para asaltar una institución financiera, es evidente que aquel propósito aumenta la malicia del acto y la alarma que la infracción produce en la sociedad, revelándose además de forma evidente la peligrosidad de los autores del ilícito, siendo todas estas circunstancias agravantes, no constitutivas o modificatorias de la infracción, al tenor del inciso primero del artículo 30 del Código Penal, sin que proceda la modificación de las penas por más que se haya demostrado la existencia de atenuantes, pues la modificación opera únicamente cuando no hay circunstancias agravantes no constitutivas o modificatorias del delito conforme el artículo 72 del Código Penal; aclarando que en el caso sometido a juzgamiento son circunstancias constitutivas de la infracción que tipifica el artículo 552 del Código Penal, y no agravantes como equivocadamente sostiene el Ministerio Público, el perpetrar el delito de robo en pandilla, con armas de fuego y en vía pública. SEXTO.- Las alegaciones de los recurrentes sobre que no se consideró las pruebas de descargo; que se utilizó el testimonio indagatorio como prueba de cargo cuando es medio de defensa y prueba para el procesado; que se utilizó la indagatoria de uno de los encausados para determinar la responsabilidad de los demás coacusados; que los recurrentes no obraron con voluntad y conciencia dadas las circunstancias que precedieron o acompañaron al acto, demostrándose más bien según los impugnantes que no tuvieron intención dañada al realizar los actos en los que participaron, son alegaciones que llevan implícita una petición para que este Tribunal de Casación reexamine y revalorice la prueba, ya analizada por el Tribunal Penal con sujeción a las reglas de la sana crítica, lo cual no procede en casación como enseña la doctrina y reiteradamente ha sostenido esta Sala, salvo casos excepcionales de la no aplicación en la sentencia de las reglas valorativas de la prueba.- RESOLUCION: Por lo expuesto, habiéndose demostrado la existencia del delito y la responsabilidad penal de los recurrentes como coautores de la infracción acusada, esta Sala encuentra que el Tribunal Penal obró conforme a derecho al expedir la sentencia condenatoria, imponiendo acertadamente la pena de seis años de reclusión a todos los procesados como coautores del robo cometido en las circunstancias del numeral segundo del artículo 552 del Código Penal, sin violación en la sentencia de ninguna de las disposiciones legales invocadas por los recurrentes. Por ello, estimando improcedente el recurso de casación deducido por los sentenciados, esta Primera Sala de Casación Penal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, así lo declara, y ordena devolver el proceso al Tribunal Penal de origen para los fines de ley.- Notifíquese.

Fdo.) Dres. Carlos Xavier Riofrío Corral, Magistrado-Presidente, Eduardo Brito Miele, Magistrado y Carlos Páez Fuentes, Magistrado-Conjuez.
Certifico.- f.) Secretario Relator.

Quito, cuatro de junio del dos mil dos, a las diecisiete horas, notifico mediante boletas con la sentencia que antecede, a la señora Ministra Fiscal General en el casillero N° 1207; a Arturo Girón y otros en el casillero N° 171.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

Corte Suprema de Justicia.- 1a. Sala de lo Penal.

Es fiel copia de su original.

Quito, 3 de septiembre del 2002.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

No. 213-02

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

Quito, 31 de mayo del 2002; las 17h30.

VISTOS: El 19 de agosto de 1999, la Jueza Tercera de lo Penal del Azuay, dictó auto cabeza de proceso en contra de César Manolo Parra Campoverde, a quien se le imputa la muerte de Hennrry Geovanny Brito Torres, según aparece de las diligencias de reconocimiento exterior y autopsia del occiso y del informe de investigación policial que se remitieron a dicha Jueza. El 23 de agosto de 1999, Elvira Torres Chacón en su calidad de madre presentó formalmente acusación particular en contra de Parra Campoverde, quien rinde testimonio indagatorio el 19 de agosto de 1999, manifestando que el 14 de agosto del mismo año, en su calidad de conductor de un taxi sirvió a cinco personas que solicitaron sus servicios para trasladarse a la ciudadela de Los Cerezos; que durante el trayecto se dio cuenta de que estaban en absoluto estado de embriaguez y cuando llegaron al sitio de destino y les pidió que cancelarían el valor del servicio le indicaron que carecían de dinero, añadiendo las siguientes expresiones: "flaquito mejor lárgate de aquí, aquí te matamos, mejor lárgate" que en esas circunstancias un sujeto se introdujo en el carro, ya que quedó la puerta abierta, momento en que uno de los ocupantes sacó un cuchillo o puñal, por lo que dice: "saqué la pistola y dispare" enterándose de que el herido falleció. Añade a su propio testimonio que su intención fue no herir a nadie, que disparó en defensa personal precautelando su integridad física, atemorizado por la actitud de ese grupo de personas. Al concluir el sumario, el Juez Cuarto de lo Penal del Azuay, dictó en contra de César Manolo Parra Campoverde auto de apertura del plenario, reputándolo autor del delito tipificado y

reprimido en el artículo 449 del Código Penal, ordenando el embargo de bienes y ratificando la orden de detención dictada en su contra. El 29 de febrero del 2000, el Tercer Tribunal Penal del Azuay, expidió sentencia condenatoria imponiéndole al encausado la pena de siete años de reclusión menor conforme al artículo 449 del Código Penal vigente, tomando en cuenta las circunstancias atenuantes que hizo valer el encausado. Se declaró con lugar la acusación particular propuesta por Elvira Torres Chacón, ordenando el pago de costas, daños y perjuicios. Con tal antecedente, el sentenciado interpuso el recurso de casación ante la Corte Suprema al igual que la acusadora particular, alegando ésta sin otra añadidura que “hay una falsa aplicación de la norma en la imposición de la pena”. El sorteo de ley ha radicado el juicio en esta Sala y para resolver la impugnación formula las siguientes consideraciones: PRIMERA.- Este Tribunal es competente para resolver el recurso de casación propuesto por las partes de conformidad con lo que manda la Constitución de la República y el Código de Procedimiento Penal. SEGUNDA.- La causa ha sido sustanciada de conformidad con la ley sin que exista omisión alguna que declarar. TERCERA.- La prueba material de la infracción se ha establecido plenamente con las diligencias de identificación, reconocimiento exterior y autopsia del fallecido Henry Geovanny Brito Torres, determinándose que su muerte se debió a perforación pulmonar causada por un proyectil de arma de fuego que fue extraído de su cuerpo y por los datos que constan de la investigación policial. CUARTA.- La responsabilidad del autor del hecho ilícito aparece de su propia confesión, que como tal ha de tenerse su testimonio indagatorio de fojas 17, en el que como ya se dijo en la primera parte de este fallo, indignado por la falta de pago de sus servicios y según su afirmación atemorizado por el puñal que portaba uno de los pasajeros, sacó su pistola y disparó, según sus propias palabras. Las alegaciones de legítima defensa, de caso fortuito y de fuerza mayor, no han merecido prueba alguna admisible en la controversia; es más, en ratificación de lo sucedido en cuanto a la responsabilidad de Parra Campoverde, tal como lo señala la sentencia que se analiza, la prueba testimonial es múltiple y uniforme y por lo mismo aceptable. QUINTA.- En su fallo, el Tribunal Penal, en definitiva identifica correctamente la infracción, pues se trata de un homicidio simple, tal como se señala en el artículo 449 del Código Penal y la pena que se aplica en forma atenuada al imponerle siete años de reclusión menor ordinaria, se halla dentro de la graduación que determina la ley. Por lo dicho la Ministra Fiscal General del Estado, en su dictamen señala que “partiendo de la base de que el Tribunal consideró que el encausado había disparado con voluntad y conciencia contra la víctima, estimó que aplicó la ley adecuada que es la que tipifica y reprime el homicidio simple y por lo tanto mi criterio es que debe rechazarse el recurso de casación interpuesto”. SEXTA.- En el escrito de fundamentación de su recurso, César Manolo Parra Campoverde impugna el fallo expedido en su fondo y su forma y señala la violación de varias disposiciones legales sin argumentación alguna que permita tener como cierta tal violación. En consecuencia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se declara improcedente el recurso de casación interpuesto por César Manolo Parra Campoverde, contra la sentencia del Tribunal Cuarto de lo Penal del Azuay. Nada puede resolverse sobre el recurso de casación deducido por la acusadora particular, una vez que se halla ejecutoriado el auto de esta Sala de 23 de mayo del 2000, providencia en la cual se declara extemporáneo el recurso de la acusadora Elvira Torres

Chacón.- Devuélvase el proceso al órgano jurisdiccional de origen.- Notifíquese.

Fdo.) Dres. Carlos Riofrío Corral, Magistrado-Presidente, (Voto Salvado), Eduardo Brito Mieles y Gonzalo Zambrano Palacios, Magistrados.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

Corte Suprema de Justicia.- 1a. Sala de lo Penal.

Es fiel copia de su original.- Quito, 3 de septiembre del 2002.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

VOTO SALVADO DEL DOCTOR CARLOS X. RIOFRIO CORRAL.

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

Quito, 31 de mayo del 2002; las 17h30.

VISTOS: De la declaración del procesado e incluso del fallo que suscriben los señores magistrados de este Tribunal de Casación, que integran la mayoría, se infiere que César Manolo Parra Campoverde obró bajo provocación cuando los pasajeros del taxi que habían contratado sus servicios para ser transportados se negaron a pagarle, habiendo uno de los cinco ocupantes llamado Bolívar Aucapiña expresando “flaquito mejor lárgate de aquí, aquí te matamos, mejor lárgate”, al tiempo que el occiso Geovanny Brito pretendía sustraerse el equipo del vehículo (radio), quien sacó un cuchillo o puñal, ante lo cual el taxista asustado arrancó el vehículo y de inmediato sacó un arma de fuego que portaba en la cintura y -según su declaración- disparó “con intención de amedrentar a los ocupantes ya que estaba siendo objeto de robo por parte de ellos”, habiendo aquel disparo causado la muerte del mencionado Henry Geovanny Brito Torres.- El artículo 25 del Código Penal preceptúa “Son excusables el homicidio, las heridas y los golpes, cuando son provocados por golpes, heridas u otros maltratamientos graves de obra, o fuertes ataques a la honra o dignidad, inferidos en el mismo acto al autor del hecho, o a su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos, o afines dentro del segundo grado” y el artículo 75 ibidem dispone: “Cuando exista alguna de las circunstancias de excusa, determinadas en los Arts. 25, 26 y 27, las penas se reducirán del modo siguiente:...” inciso tercero “Si se trata de una infracción reprimida con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años, se aplicará la pena de prisión correccional de uno a cuatro años y multa que no exceda de ciento cincuenta sucres”.- Como el delito de homicidio está reprimido con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años, la pena por el cometimiento de este delito con la circunstancia de excusa del artículo 25 del Código Penal, debe sustituirse por prisión correccional de uno a cuatro años, según el inciso tercero del artículo 75 ibidem.- Al no haberse aplicado los referidos artículos 25 y 75 del Código Penal, el juzgador incurrió en error de derecho que debe ser enmendado; por lo que estimando procedente el recurso de casación deducido por el procesado, doy mi voto para que esta Primera Sala de Casación Penal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, case la sentencia impugnada declarando que el procesado obró por provocación cuando disparó un arma de fuego causando la

muerte de Henry Geovanny Brito Torres, incurriendo en el delito de homicidio simple bajo circunstancias de excusa, por lo que se le impone la pena modificada de dos años de prisión correccional, al tenor de lo dispuesto por los artículos 25 y 75 del Código Penal en relación con el artículo 449 ibídem.- Notifíquese.

Fdo.) Dres. Carlos X. Riofrío Corral, Magistrado-Presidente, Eduardo Brito Mieles y Gonzalo Zambrano Palacios, Magistrados.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

Quito, cinco de junio del dos mil dos, a las diecisiete horas, notifico mediante boletas con la nota de relación y sentencia que anteceden, a la señora Ministra Fiscal General en el casillero N° 1207, a César Parra Campoverde en el casillero No. 883; a Elvira Torres Chacón no se la notifica por no haber señalado casillero en este nivel.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

No. 214-02

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

Quito, junio 12 del 2002; las 10h00.

VISTOS: El Presidente de la Corte Superior de Babahoyo, como Juez de fuero de primera instancia, declaró sin lugar la querrela penal incoada por Angela Esther Vera Ramírez en contra de Xavier Eduardo Frutos Valencia y del abogado Arturo Junco Sánchez, Alcalde de Urdaneta y Procurador Síndico del cantón al tiempo en que se inició el juicio.- De aquella sentencia interpusieron recurso de apelación ambas partes procesales, y la Primera Sala de la Corte Superior de Babahoyo, confirmó en todas sus partes el fallo de primer nivel.- De la resolución superior dedujeron recurso de casación los litigantes, pero la querellante Angela Vera Ramírez no fundamentó su recurso, y los querellados Xavier Eduardo Frutos Valencia y abogado Arturo Junco Sánchez lo hicieron, con escrito trasladado a su contraparte que no fue contestado. Los acusados alegan violación de la ley en la sentencia impugnada por falta de calificación de la naturaleza maliciosa y temeraria de la acusación particular, omisión que dicen - infringe el artículo 330 del Código de Procedimiento Penal de 1983, aplicable en la sustanciación de esta causa por habérsela iniciado durante el tiempo de su vigencia, según lo dispuesto por la primera disposición transitoria del código que actualmente rige.- Habiendo concluido el trámite para resolver se considera: PRIMERO.- Con fecha 16 de julio del 2001 esta Sala asumió jurisdicción y competencia para decidir las impugnaciones en razón de lo dispuesto en los artículos 200 de la Constitución Política de la República, 349 del Código

de Procedimiento Penal, y Resolución número 89-98-IS, publicada en el Registro Oficial número 334 de 8 de junio de 1998 expedida por el Tribunal Constitucional para posibilitar el recurso de casación en los juicios de acción penal privada. Es decir el recurso de casación fue interpuesto y sustanciado con fecha anterior a la resolución del Tribunal en Pleno de esta Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial número 476 de 18 de diciembre del 2001 que, dirimiendo fallos contradictorios entre sus dos salas de lo Penal, declaró inadmisibles el recurso de casación contra sentencias dictadas en los juicios de acción penal privada. SEGUNDO.- El artículo 376 del Código de Procedimiento Penal de 1983 (artículo 352 del vigente código) ordena declarar la deserción del recurso de casación cuando el recurrente no lo fundamente en el término de ley, lo que ha ocurrido en esta causa, en la que no consta escrito alguno presentado a esta Sala por la querellante Angela Vera Ramírez. TERCERO.- La sentencia absolutoria de segunda instancia - que es la impugnada - omite decir si la acusación particular de Angela Vera Ramírez es o no temeraria o maliciosa; mas en forma expresa, este fallo menciona que se "confirma la sentencia venida en grado por apelación", fallo en el cual sí se califica de no temeraria ni maliciosa la referida acusación particular, resultando que por la remisión que hace la sentencia de segunda instancia a la de primer nivel no hay infracción al artículo 330 del Código de Procedimiento Penal de 1983, único motivo de casación según lo expuesto por los querellados en su recurso; por lo que, no habiéndose justificado la alegada violación de la ley en la sentencia, esta Primera Sala de Casación Penal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, declara improcedente la impugnación de Xavier Eduardo Frutos Valencia y abogado Arturo Junco Sánchez.- En cuanto al recurso de Angela Vera Ramírez se lo declara desierto por falta de fundamentación.- Devuélvase el proceso al órgano inferior y notifíquese.

f.) Dr. Carlos X. Riofrío Corral, Magistrado-Presidente.

f.) Dr. Eduardo Brito Mieles, Magistrado.

f.) Dr. Carlos Páez Fuentes, Magistrado-Conjuez.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

En Quito, hoy doce de junio del dos mil dos, a las diecisiete horas notifico con la nota de relación y sentencia que anteceden a la Sra. Ministra Fiscal General por boleta dejada en el casillero N° 1207, a Angel Vera le notifico en el casillero N° 1969, a Ab. Arturo Junco le notifico en el casillero N° 836, donde también le notifico a Xavier Frutos.

Certifico.

f.) Secretario Relator.

Corte Suprema de Justicia.- 1a. Sala de lo Penal.

Es fiel copia de su original.

Quito, 3 de septiembre del 2002.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

No. 217-02

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE LO PENAL

Quito, 17 de junio del 2002; las 09h30.

VISTOS: Luis Fernando Rojas Rojas propone recurso de casación de la sentencia expedida por el Tercer Tribunal Penal de Pichincha que en el juicio por asalto, robo y muerte de Dimas Patricio Zaldumbide Narváez propietario de la joyería "Zaldumbide" atento el dictamen fiscal acusatorio, le impone doce años de reclusión mayor extraordinaria por su autoría de este ilícito "tipificado y sancionado por el artículo 552 inciso final del Código Penal". El trámite del recurso concluyó con aplicación irrestricta de la ley, sin omisión alguna para declarar su validez; y, para sentencia, la Sala considera: PRIMERO.- Que es competente para decidir el reclamo del procesado, según las facultades que le asignan el artículo 200 de la Constitución Política de la República, las normas de la Ley Orgánica de la Función Judicial y el Código de Procedimiento Penal de 1983, conforme a las cuales se sustanció la causa y debe concluir, como ordena la primera de las disposiciones transitorias de la vigente Ley Adjetiva Penal, Suplemento del Registro Oficial N° 360 de 13 de enero del 2000. SEGUNDO.- El impugnante en su fundamentación oportunamente presentada en esta Sala, concreta su reclamo señalando que en el fallo se viola el numeral 4 del artículo 333 del Código de Procedimiento Penal, por no especificar las pruebas en que se fundamenta la responsabilidad; que se omite considerar documentos notarizados en Colombia que acreditan su no presencia en el Ecuador en el día en que supuestamente se produjeron los hechos, prueba a la que, el Tribunal de la condena priva de valor por carecer de la certificación de las autoridades migratorias respectivas, aspecto sobre el cual el recurrente observa que por la frontera entre Ecuador y Colombia hay libre tránsito de personas, situación que no amerita ni hace necesaria aquella certificación migratoria, ni las autoridades ecuatorianas dan razón de su presencia, ni de su ausencia del Ecuador en aquel día, lo que obligaba al Tribunal de la sentencia a aceptar las declaraciones notarizadas y legalizadas, sin suponer su falsedad. Expresa también el impugnante que se transgrede los artículos 326 y 72 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto la sentencia no tiene motivación sobre pruebas incriminatorias, lo que impedía lograr certeza para su condena, **"por la simple razón de no haber participado en el homicidio del señor Zaldumbide"**. Así mismo, por no reconocer los atenuantes sobre el delito que tipifica y sanciona el artículo 552, infracción agravada en la que se incluyen las circunstancias que califican la conducta y que por ello, son constitutivas o modificatorias de la infracción. Sobre el texto de la sentencia, el recurrente finaliza señalando que se viola el numeral 13 del artículo 24 de la Constitución Política, por ser una resolución diminuta y sin motivación por no concurrir las normas o principios jurídicos en que se haya fundado la responsabilidad penal. TERCERO.- El escrito de fundamentación del recurso expone dos cuestiones jurídicas fundamentales: a) La categórica afirmación de la no presencia del procesado en el Ecuador el día que supuestamente se produjeron los hechos y que por esta ausencia del territorio nacional, no podía aportarse pruebas en su contra por no haber participado en el homicidio del señor Zaldumbide; y, b) No haberse aplicado los atenuantes acreditadas a su favor, que pese no haber intervenido en los hechos, esa inaplicación demuestra el mal obrar del Tribunal en desmedro de la ley. Al respecto, el Tribunal de Casación observa que la primera

afirmación, sobre la ausencia y no participación en la infracción, excluiría a la segunda del supuesto b), que no tenía sentido, ni razón para invocarse por el recurrente como prerrogativa o derecho a su favor, si en la lógica de su fundamentación y estrategia defensiva Rojas Rojas no tuvo participación en el ilícito. Para el caso de atenuantes, en el proceso se acredita los documentos de folios 284 a 292 relativos solo a la buena conducta del procesado, según las declaraciones de iletrados amigos y compañeros de trabajo comparecientes a una Notaría de la República de Colombia; y, los de los folios 293 y 294, son testimonios indebidos e ilegalmente actuados ante autoridad no comisionada o delegada acorde con las normas internacionales por el Juez de la causa, como ordena el artículo 113 del Código de Procedimiento Penal de 1983 y el artículo 130 del vigente. Además, porque tales atestaciones versan sobre la cuestión fundamental que invoca el recurrente, previo al auto de apertura para la etapa plenaria en su contra y a la audiencia pública de juzgamiento y no desde el comienzo del procesamiento, para que esa alegación y prueba fuese actuada bajo los principios de inmediatez, contradicción y sujeción a las normas del Código de Procedimiento Penal, relativas al testimonio propio. Por tal razón, las declaraciones que con este carácter están rendidas el 12 de mayo de 1998, ante el Notario Tercero, afirmando que el "11 del mes de julio de 1996 estuvo el señor Luis Fernando Rojas en la ciudad de Pasto en la celebración de su cumpleaños, y les consta que "Luis Fernando Rojas, salió de la celebración al día siguiente, a eso de las 6 p.m. de la tarde, carecen de eficacia probatoria, tanto más que de acuerdo con el artículo 62 del Código de Procedimiento Penal los jueces deben intervenir personal y directamente en la práctica de los actos procesales de prueba, y cuidarán que se realicen con observancia de las normas legales, esto es, cualquier medio de prueba y particularmente la declaración testimonial tiene que rendirse ante el Juez de la causa, o ante el Juez deprecado o comisionado, de modo que no es prueba válida la que se practica en forma distinta a lo que dispone la Legislación Penal Ecuatoriana. Más aún, sería muy fácil y en forma tramposa acudir ante cualquier autoridad extranjera para desvirtuar la comisión de un delito perpetrado en el Ecuador, con lo cual, la justicia nacional quedaría burlada, porque de esa forma se contravienen las normas procesales que pertenecen al ámbito del derecho público, que tienen que ser respetadas y acatadas en forma obligatoria por cualquier ciudadano nacional o extranjero. Además, por no estar acreditado su autenticidad, según las exigencias de la ley ecuatoriana, artículo 16 del Código Civil y artículos 192, 193 y 194 del Código de Procedimiento Civil sobre este aspecto, el Código de Derecho Internacional Sánchez de Bustamante, preceptúa en su artículo 388 que toda diligencia judicial que un Estado contratante necesite practicar en otro, se lo efectuará mediante exhorto o comisión rogatoria cursados por la vía diplomática, sin embargo, los estados contratantes (como el caso de Ecuador y Colombia) podrían pactar o aceptar entre sí en materia civil o criminal, cualquier otra forma de transmisión. A su vez, el artículo 389 ídem dispone que al Juez exhortante corresponde decidir respecto a su competencia y la legalidad y oportunidad del acto o prueba, sin perjuicio de la jurisdicción del Juez exhortado, que resolverá sobre su competencia "ratione materiae" para el acto que se le encarga (artículo 390 íbidem). Incumplidos estos mandatos no existe prueba del recurrente sobre su estancia en Pasto, República de Colombia el día 11 de julio de 1996 ni la relativa a buena conducta que se presentó entre esos folios, contribuye al reconocimiento de atenuantes, por no corresponder los certificados a la exigencia que impone los numerales 6 y 7 del artículo 29 del Código Penal, ejemplar

conducta observada por el culpado con posterioridad a la infracción; y, conducta anterior del delincuente que revele claramente no tratarse de un individuo peligroso. CUARTO.- La resolución cuestionada por el procesado, si bien es de texto breve y no sujeto al orden de las exigencias que enumera el artículo 333 del Código de Procedimiento Penal, su contenido responde a la norma, pese a la redacción diminuta y a la insuficiente motivación sustentatoria de la declaración de la condena que formula, sin que constituya transgresión de derecho, que en su considerando tercero relativo a la responsabilidad del recurrente, la sentencia se remita a “las diligencias presumariales, sumariales y las del plenario”, porque el Tribunal Penal infiere de esos recaudos procesales su certeza para el juicio de valor que elimina “la menor duda de que (el recurrente) participó en los hechos que han motivado el auto cabeza de proceso y el de llamamiento a plenario”, posición jurídica y de sana crítica que la Sala de Casación comparte previa verificación valorativa de los autos, especialmente los de folios 6, 7, 8 y 9, presumariales con eficacia probatoria por estar rendidas en 1996 con arreglo al inciso tercero de la letra f) del numeral 19 del artículo 22 de la Constitución Política, esto es, ante el Fiscal respectivo que nombra el Estado, a falta de defensor privado de los declarantes; fojas 43 a 53, informe policial investigativo documentos de especial trascendencia en la causa, los certificados de conducta de fojas 284 a 292 y de 331 a 338 que son otorgados por amigos y familias del procesado; y, los de folios 339 y 340 acreditan que Rojas Rojas “estuvo en Paso el día 11 de julio de 1996 y que salió de la celebración social, al día siguiente a eso de las 6pm”, documentos que pese a la autenticación del Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador, sobre testimonios propios indebida e ilegalmente actuados ante autoridad notarial extranjera no delegada ni comisionada con arreglo al Derecho Internacional por el Juez de la causa, no son pruebas con valor y eficacia en lo jurídico en la República del Ecuador, razón por la cual, el argumento esencial de la defensa del procesado pierde sustento, tanto más que, desde su declaración presumarial rendida el 29 de julio de 1996 y la indagatoria efectuada el 19 de noviembre de 1997, decurren 16 meses sin que el declarante Luis Fernando Rojas Rojas, hubiere presentado en ese lapso escrito alguno invocando y pidiendo en forma oportuna y legal evacuar esa prueba a su favor, para demostrar haber estado en Pasto-Colombia en un cumpleaños el día 11 de julio de 1996, fecha en que con su participación se perpetró en Quito el asalto a la joyería Zaldumbide, de lo que resulta en sentido lógico y congruente, que aquellos testimonios propios de Colombia a los que aluden los documentos ya mencionados (folios 339-340), a más de ineficaces para su defensa, son arbitrio acomodaticio, reñido con la ley. Por las consideraciones precedentes, no existiendo violación legal en la sentencia del Tribunal Penal de Pichincha, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, la Sala conforme al artículo 382 del Código de Procedimiento Penal de 1983 -hoy artículo 352 en la ley vigente-, estima improcedente el recurso de casación interpuesto por Luis Fernando Rojas Rojas; lo declara así y ordena devolver el proceso a su lugar de origen para los fines de ley.- Notifíquese y cúmplase.

f.) Dr. Carlos Riofrío Corral, Magistrado-Presidente.

f.) Dr. Eduardo Brito Mieles, Magistrado.

f.) Dr. Carlos Páez Fuentes, Magistrado-Conjuez.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

Quito, veinte de junio del dos mil dos, a las diecisiete horas, notificó mediante boletas con la nota de relación y sentencia que anteceden, a la señora Ministra Fiscal General en el casillero N° 1207; a Luis Rojas en el casillero N° 1389.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

Razón: En esta fecha devuelvo el juicio N° 364-99 MG; que por asesinato se siguen en contra de Luis Rojas Rojas, en 353 fs. incluida la ejecutoria suprema, cuatro cuerpos. Quito, 26 de junio del 2002.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

Razón: Como Secretario del 3er. Tribunal Penal de Pichincha, recibo el juicio N° 364-99 MG; que por asesinato se sigue en contra de Luis Fernando Rojas Rojas, en 353 fs. (trescientas cincuenta y tres fojas) incluida la ejecutoria suprema, cuatro cuerpos. Quito, 27 de junio del 2002.

Certifico.- f.) Secretario del Tercer Tribunal Penal de Pichincha.

8 de julio del 2002.

Corte Suprema de Justicia.- 1a. Sala de lo Penal.

Es fiel copia de su original.- Quito, 3 de septiembre del 2002.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

No. 220-02

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

Quito, 20 de junio del 2002; las diez horas.

VISTOS: Marco Antonio Viteri Fiallos propone recurso de casación de la sentencia expedida por el Tercer Tribunal Penal de Pichincha en el juicio que por estafa a dicho recurrente absuelve a María Klaic Larrea. El trámite de esta impugnación correspondió por sorteo a esta Sala que para sentencia considera: PRIMERO.- Ser competente para resolverlo como Tribunal de Casación por lo ordenado en el artículo 200 de la Constitución Política de la República y las normas del Código de Procedimiento Penal de 1983 conforme al cual ha sido tramitado el juicio y debe concluir según la disposición primera del Código Adjetivo Penal promulgado en el Suplemento del Registro Oficial N° 360 de 13 de enero del 2000. SEGUNDO.- El recurso fue interpuesto en tiempo oportuno, con admisibilidad de esta Sala en providencia de folios 2 del presente cuaderno para efectos de fundamentación que presentada así mismo dentro del tiempo legal -folios 12 al 15- señala que en la sentencia hay violación de los artículos 563 del Código Penal, 49 del Reglamento de la Ley de Cheques; 1 y 25 de la Ley de Cheques; 98, 64, 326 incisos 1 y 2; 64 del Código de Procedimiento Penal; 263 y 280 del Código de Procedimiento Civil; 24 N° 13 de la

Constitución Política del Estado; y, 61, 157, 326 y 333 numeral octavo del Código de Procedimiento Penal. Sostiene el recurrente que el cheque materia del presente enjuiciamiento librado “el 30 de mayo de 1996”, cumple los requisitos del artículo 1 de la Ley de Cheques fue presentado al cobro dentro del plazo del artículo 25 ibídem y estando protestado el 3 de junio de 1996 por cuenta cerrada el 25 de abril de ese año, según certificación notificada a la cuenta correntista por el banco girado en la misma fecha, se configura el delito de estafa por cumplidos los elementos constitutivos de esta infracción, que el Tribunal de la sentencia desestima porque entre dos informes periciales de grafotécnica efectuado sobre lo escrito en el espacio de lugar y fecha de emisión del cheque, concretamente sobre el número “o” (cero) de la fecha “30” y la letra O (O) de la palabra “May ...O”, la sentencia se apoya en el informe emitido por “peritos documentólogos del Instituto de Criminología de la Universidad Central constante entre folios 206-215, concluye existir adulteración en estos textos del cheque, y por ello. El Tribunal Penal desestima el informe pericial de folios 101 a 109. De esta manera el recurrente alega que el Instituto de Criminología de la Universidad Central no tiene facultad para elaborar informes periciales en materia penal y que los jueces de esta área tienen que respetar en lo relativo a peritos las reglas del Título V del Libro II del Código de Procedimiento Penal. Para el efecto invoca resoluciones judiciales constantes en la Gaceta 14 a 15, Serie 13, Tomo 5, página 3580 y Gaceta Judicial Serie XVI N° 9 página 2342. TERCERO.- El recurso de casación en materia penal será procedente cuando en la sentencia se hubiera violado la ley ya sea por contravenir expresamente a su texto, por haberse hecho una falsa aplicación de ella, o por haberse interpretado erróneamente. Así disponen los artículos 373 de la Ley Adjetiva Penal de 1983 y el 349 de la vigente. Por tanto, la sentencia impugnada de texto escueto, sin análisis de la naturaleza jurídica de los hechos controvertidos que dan origen al enjuiciamiento, ni valoración de las pruebas aportadas a partir del cheque de folio 1, permite a este Tribunal de Casación observar: 1) Que el fallo, en orden a establecer la existencia o materialidad de la infracción señala en el considerando segundo, que “del proceso se establece que no existe prueba válida” porque el cheque que motiva el presente enjuiciamiento; (...) y que resultó ser protestado por cuenta cerrada el 3 de junio de 1996, según la pericia que obra de fojas 206 a 215 ordenada por este Tribunal y practicada por los peritos documentólogos del Instituto de Criminología de la Universidad Central del Ecuador, establece que la fecha de emisión del cheque ha sido adulterada; que su original responde a “Quito, 3 de mayo 96” y no a “Quito 30 de mayo 96” como falsamente aparece; y, consecuentemente, el protesto por cuenta cerrada practicado el 6 de junio de 1996; como se establece de la nota del anverso del cheque, resulta extemporánea y sin producir efecto jurídico ni constituir delito, y porque las acciones que corresponden al pago de un cheque, prescriben en seis meses a contarse desde el día en que un obligado ha pagado un cheque o desde el día en que se ha ejercido una acción contra él, según lo prescrito en el artículo 50 de la Ley de Cheques y en el presente caso, señala este considerando, dicho tiempo “ha transcurrido en exceso como se desprende de la fecha de presentación de la acusación particular que es de 17 de junio de 1997”. Sostiene también la sentencia, que no se ha comprobado conforme a derecho la existencia de los elementos constitutivos del delito de estafa ya que de autos no existe prueba sobre los efectos, dinero, arriendo o mercaderías que el acusador particular dice haber entregado a la giradora del cheque. Así, no existiendo materialidad de la infracción, la parte considerativa del fallo

concluye “no es del caso analizar la responsabilidad”, para con ello, absolver a la acusada giradora del cheque, cancelar las medidas cautelares que pesan en su contra y “dada la alteración y falsificación del cheque motivo del presente juicio, se declara la acusación particular de Marco Antonio Viteri Fiallos, maliciosa y temeraria”. 2) Que lo expuesto obliga a la Sala al examen de los autos para relacionarlos con las afirmaciones constantes en la sentencia, la fundamentación del recurso y la opinión fiscal a efecto de determinar si el Tribunal aplica o no las reglas valorativas de la prueba actuada por las partes con relación a la naturaleza jurídica del hecho acusado por el recurrente como estafa (folios 2), cheque que según afirma el accionante fue “dado en pago como consecuencia de una transacción comercial, esto es, por pago de arriendo de oficinas de dos pisos distintos, del consumo del teléfono y préstamos de dinero” y que presentado al cobro en el banco girado fue devuelto protestado por cuenta cerrada”. 3) La contestación a la acusación particular y los documentos que la acusada reproduce con su escrito acredita relaciones contractuales y convenios de pago entre las partes, así como el reconocimiento expreso de María del Carmen Klaic Larrea de que el “cheque que giré en sures por el monto de S/. 29’510.000 que es el que motiva el presente enjuiciamiento se lo entregué al señor Viteri en el mes de abril, no recuerdo con precisión la fecha, pero debió ser a principios o a mediados de dicho mes y lo giré a fecha futura para el tres de mayo, pero el cheque ha sido alterado pues aparece como si hubiese sido girado con fecha “30 de mayo de 1996”. El señor Viteri nunca me entregó el cheque en dólares posiblemente el último del convenio del pago por el Jeep Trooper que adquirimos con mi esposo al señor Marco Viteri; y, que éste dijo haber entregado al Banco del Pichincha. 4) A folios 17 consta la certificación del Banco del Austro S.A., fechada 1 de julio de 1997 señalando que la cuenta corriente N° 00-17-03227-5 perteneciente a María Klaic Larrea (sobre la que se gira el cheque materia de este enjuiciamiento) “fue cerrada el día 25 de abril de 1996 y la notificación a su titular con el cierre de la misma, fue hecho con igual fecha”. 5) A folios 148 obra el acta transaccional de 8 de septiembre de 1997, celebrada por los litigantes 16 meses más tarde de la fecha de giro y entrega presunta del cheque en controversia, y que por sus detalles reafirma las relaciones de comercio de los litigantes y en cuyas cláusulas quinta y sexta los cónyuges Marco Viteri Fiallos y Patricia Ortí de Viteri declaran expresamente que los cónyuges Germán Altamirano y María del Carmen Klaic nada les deben por ningún concepto, inclusive por arriendo del departamento que los cónyuges Altamirano Klaic alquilaban a los cónyuges Viteri - Ortí y en el caso de que así fuera, toda obligación o deuda quedará extinguida a la firma de esta acta transaccional; y, que de existir otras acciones civiles o penales presentadas por Marco Viteri o Patricia Ortí en contra de Altamirano León o María del Carmen Klaic Larrea se comprometen a desistir de dichas acciones; y, en la cláusula séptima, los contratantes de la transacción, declaran que de esta manera quedan arregladas todas las cuentas pendientes entre los cónyuges Altamirano - Klaic y Viteri - Ortí. 6) Que dispuesto por el Juez de la causa el reconocimiento de las firmas y rúbricas del acusador particular Marco Viteri estampada en la referida transacción, éste, sin haber impugnado el documento en escrito de folios 154, negándose al reconocimiento, implícitamente admite la existencia de la transacción al decir que “la transacción presentada por la parte contraria no pierde el derecho de ser acusador particular en la presente causa”. Además en el literal c) de este escrito, Viteri Fiallos expresa “jamás fue cancelado el consumo de los cánones arrendaticios, el pago de energía

eléctrica, mantenimiento del Edificio París, teléfonos y otras deudas que mantenían los cónyuges Altamirano - Klaic, aspecto contradictorio, si por la transacción cuya existencia admite, ya declaró extinguida toda obligación o deuda de esos cónyuges, entre las cuales constan globalizadamente las que enumera Viteri Fiallo en la letra c) de su escrito. 7) El acusador pese a los señalamientos reiterados, incumple el mandato judicial para ampliar su testimonio instructivo y reconocer sus firmas y rúbricas en el acta transaccional; y, la acusada, así mismo incumple la orden de rendir su declaración indagatoria (folio 167), omisión con la cual, previo el dictamen fiscal respectivo meramente descriptivo de lo actuado en el sumario pero sin valoración analítica del acervo probatorio, se expide auto de apertura para plenario en contra de María del Carmen Klaic Larrea que es confirmado por la Primera Sala de la Corte Superior de Quito y desechando la apelación interpuesta por la procesada, con la especificación de que no procede el dictamen del Ministro Fiscal de Pichincha. La Corte Superior funda su resolución en la presunta responsabilidad de la giradora acusada en el libramiento del cheque girado y protestado sobre cuenta cerrada, certificado de cierre de la cuenta corriente y la responsabilidad de la giradora en los testimonios propios constantes en fojas 117-118 y el informe pericial de folios 102 a 109 de los documentólogos de la Dirección Nacional de Investigaciones-Laboratorio de Criminalística de la Policía Nacional del Ecuador que sobre el cheque concluye que "en el número "0" correspondiente a la fecha "30 de mayo", presenta una similitud morfológica pero no se puede determinar en forma fehaciente la autoría gráfica...". Además, dice el informe, "la tinta utilizada en el supuesto agregado sí se corresponde con la tinta utilizada en la confesión del resto del texto, es decir, el texto del cheque en estudio fue llenado con un mismo elemento escritor". 8) Al sustanciar la etapa plenaria el Tribunal Penal dispone nuevo examen grafológico del cheque controvertido informe de folios 205 a 215, con la conclusión "inequívoca de que se trata de una adulteración de la fecha de la emisión o giro del cheque N° GB 000336 en la escritura de las grafías que comprende el texto que dice: "Quito 3 de May 96" y el número cero ("0") al igual que con la letra "O", ya que, mediante la utilización de rayos ultravioletas e infrarrojos, se ha comprobado que existe y por tal salta a la vista la diferencia de la fluorescencia que emana el color de la tinta utilizada en la escritura del número "Cero" "0", como la letra "O" y otro es el matiz de la tinta de las grafías que comprende la escritura del texto de las palabras: "Quito - 3 mayo 96"...9) Hay por tanto en autos, informes periciales contrapuestos, pero de cuyo estudio analítico comparativo y el examen objetivo del cheque que realiza esta Sala de Casación, se aprecia sin mayor esfuerzo, la inserción del número "0" (cero) junto al 3 después de la palabra Quito, y la letra "O" junto a la palabra "May", en el espacio del cheque relativo a lugar y fecha de emisión, apreciación que se liga con el segundo informe grafotécnico que este Tribunal de Casación valora en sana crítica y comparte para los efectos de este enjuiciamiento. CUARTO.- La causa que persigue el acusador particular es estafa, infracción uno de cuyos elementos constitutivos es la entrega de efectos, dinero, mercaderías y otros bienes al sujeto activo de parte del sujeto pasivo, según los artículos 560 y 563 del Código Penal con el fin de apropiarse de una cosa perteneciente a otra, mediante el uso de nombres falsos, o falsas calidades, empleando manejos fraudulentos para abusar de la confianza o credulidad de las personas. En la especie, el examen integral de los autos, realizado de manera excepcional para comprobar lo decidido en la sentencia impugnada, acredita que el cheque de cuenta cerrada: 1) Fue librado en Quito el "3 de May 1996". 2) Al

tiempo de su presentación al cobro aparece con fecha "30 de mayo de 1996", según consta en el informe prolijo del Instituto de Criminología de la Universidad Central. 3) El cheque en que se funda el reclamo judicial de estafa, si bien está librado después de haber sido cerrada la cuenta corriente (folios 17) no fue utilizado como ardid para hacerse entregar mercaderías a la giradora, sino como elemento de garantía por las relaciones comerciales que mantenía con el acusador particular según las abundantes constancias procesales aportadas por los litigantes hasta llegar al acta transaccional de folios 148, celebrada el 8 de septiembre de 1997, esto es, 16 meses después del "3 de May de 1996", fecha de giro del cheque que sirve de base a este enjuiciamiento iniciado con la acusación particular presentada el 18 de junio de 1997, acta que no habiendo sido impugnada por las partes, y de la cual el acusador se negó a reconocer su firma y rúbrica, sirve como elemento probatorio del acuerdo de éstas, para finiquitar sus cuentas económicas pendientes y desistir de las acciones civiles y penales, entre las que debe entenderse se incluye el presente juicio iniciado dos meses y veinte días antes de la celebración de dicho convenio transaccional, en el cual los cónyuges Marco Viteri Fiallos y Patricia y Ortí de Viteri, declaran expresamente que los cónyuges Germán Altamirano y María del Carmen Klaic Larrea, nada deben por ningún concepto, inclusive por arriendos del departamento que alquilaban a los primeros, deuda que si así fuera, quedará extinguida a la firma de la presente acta transaccional, y que para el caso de controversia entre las partes, éstas se someten al trámite ejecutivo y a los jueces competentes de Quito, aspecto de controversia que de haberse dado, se habría acreditado en este juicio penal, con la consecuencia de no exigibilidad y cumplimiento de lo pactado transaccionalmente. Por tanto, tiene eficacia el acta como contrato de las partes que al tenor del artículo 1588 del Código Civil es ley para ellas y las obliga y solo puede invalidarse por su consentimiento mutuo o por razones legales, transacción (de folios 148-150) a la que los celebrantes dieron el carácter de cosa juzgada según el artículo 2386 íbidem. QUINTO.- El cheque objeto de la acción penal de "estafa" librado en "Quito 3 May 1996" fue protestado el 3 de junio de 1996, según la nota de protesto del banco girado, esto es, treinta días después de la fecha de su libramiento real, contrariando lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley de Cheques que ordena que sea en veinte días desde la fecha de su emisión y acarreado los efectos del artículo 56 íbidem, por su utilización como instrumento de crédito y para cuya efectivación de su valor, en caso de falta de pago, se debe hacer mediante acción ordinaria y no penal. Además, para efectos de la "estafa" acusada no se acredita en autos engaño fraudulento de la procesada giradora del instrumento de crédito, ni perjuicio patrimonial logrado o intentado por ésta contra el accionante Viteri Fiallos, cuya incriminación en forma alguna se apoya en la prueba correspondiente que la ley le impone como acusador particular, de haber sido víctima de ardid o "estratagema insidiosa o astuta", entendida como "potencialidad intrínseca" de engendrar error, una "aptitud" para producirlo y sorprender la buena fe de dicho acusador, caso para el cual, "los medios deben ser idóneos" y no con meros artificios carentes de aptitud para inducir a error, aspectos que no se configuran en el examen de esta causa, cuyos méritos procesales pese a no haber sido analizados y valorados en su integridad en el fallo recurrido, devienen en una sentencia, que siendo superficial, no transgrede normas de derecho y es el ejercicio de la potestad que confiere al Tribunal Penal el inciso tercero del artículo 326 del Código de Procedimiento Penal de 1983, concordante con el artículo 157 ídem, tanto más que según el artículo 33 del Código

Penal, debe reputarse como actos conscientes y voluntarios todas las infracciones, salvo cuando de las circunstancias que precedieron o acompañaron al acto pueda inferirse que no hubo intención dolosa de cometerlo, como la Sala aprecia en este enjuiciamiento, en el cual tampoco se identifica en legal forma al autor presunto de la adulteración intercalando en el cheque el número "0" y la letra "O" en el lugar y fecha del libramiento del documento materia de la acción. Por lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, la Sala estima improcedente el recurso de casación interpuesto por Marco Antonio Viteri Fiallos, así lo declara reconociendo que su acusación particular no es maliciosa ni temeraria y con la orden de devolver el proceso al Tribunal Penal de origen para los fines de ley.- Notifíquese.

f.) Dr. Carlos Riofrío Corral, Magistrado-Presidente.

Fdo.) Dres. Eduardo Brito Mieles y Gonzalo Zambrano Palacios, Magistrados.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

Corte Suprema de Justicia.- 1a. Sala de lo Penal.

Es fiel copia de su original.- Quito, 3 de septiembre del 2002.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

VOTO SALVADO DEL DOCTOR CARLOS XAVIER RIOFRIO CORRAL.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO PENAL

Quito, junio 20 del 2002, las 10h00.

VISTOS: Marco Viteri Fiallos interpone recurso de casación - que por el sorteo de ley se ha remitido a esta Sala - respecto de la sentencia dictada por el Tercer Tribunal de lo Penal de Pichincha, que absuelve a la señora María del Carmen Klaic Larrea y califica de temeraria y maliciosa la acusación particular deducida por Marco Viteri Fiallos con la que imputó a la procesada el delito de estafa que tipifica el artículo 563 del Código Penal por haber girado un cheque en cuenta cerrada, entregado al acusador en pago de pensiones de arrendamiento, consumo de teléfono y préstamos de dinero.- Por concluido el trámite, para resolver se considera: PRIMERO.- Esta Sala tiene jurisdicción y competencia para decidir la impugnación por lo dispuesto en el artículo 200 de la Constitución Política, artículo 349 del Código de Procedimiento Penal y artículo 60 de la Ley Orgánica de la Función Judicial. SEGUNDO.- El trámite es válido por haberse sustanciado el recurso conforme al rito procesal pertinente sin omitir solemnidad alguna. TERCERO.- La Primera Sala de la Corte Superior de Quito mediante auto expedido el 17 de septiembre de 1999, declaró comprobada la existencia del delito de estafa que tipifica el artículo 563 del Código Penal imputado por el acusador particular, por constar de autos el cheque número GB000336 girado por la señora María del Carmen Klaic Larrea el 30 de mayo de 1996, por la suma de veinte y nueve millones quinientos diez mil sucres, contra la cuenta corriente número 00-1703227-5 del Banco del Austro, cheque protestado el 3 de junio del mismo año, por haberse cerrado la cuenta corriente de la

giradora el 25 de abril de 1996 y notificado el cierre a la titular de la cuenta en esa misma fecha, según certificación del banco; y por existir presunciones de responsabilidad penal de la giradora del cheque, la referida Corte confirmó el auto de apertura del plenario dictado en contra de María del Carmen Klaic Larrea, fundándose en las declaraciones testimoniales de Mario Rodolfo Rodríguez Mariño y Luis Alfredo Peralta Ushiña - de fojas 117 a 118 - y en el testimonio instructivo del acusador particular de fojas 72 a 73, que acreditan que el 30 de mayo de 1996 el señor Marco Viteri Fiallos recibió de Germán Altamirano y María del Carmen Klaic Larrea el cheque girado en cuenta cerrada para el pago de pensiones de arrendamiento de dos oficinas de propiedad del acusador, el pago de consumos telefónicos y la devolución de dinero prestado por las relaciones de cercana amistad que entonces tenían.- El Tercer Tribunal Penal de Pichincha, contrariando la declaratoria de existencia material de la infracción hecha tanto por el Juez Primero de lo Penal de Pichincha cuanto por la Primera Sala de la Corte Superior de Quito, absolvió a la procesada argumentando que no se había comprobado la existencia material de la infracción, por considerar: a) que el cheque no fue girado el 30 de mayo de 1996 sino el 3 de mayo de ese mismo año, habiéndose adulterado la fecha por agregación al dígito 3 del dígito 0, para hacer aparecer como emitido el cheque el 30 de mayo de 1996, cuando en realidad lo fue el 3 de mayo de 1996, según el informe pericial hecho por técnicos del Instituto de Criminología de la Universidad Central que obra a fojas 205 a 215 de los autos; b) que habiéndose presentado al cobro dicho cheque fue protestado, pero el protesto se realizó el 3 de junio de 1996, esto es en tiempo extemporáneo haciendo que el cheque "no produzca efecto jurídico ni constituya delito alguno"; c) que las acciones para el pago de un cheque prescriben en seis meses según lo prescrito por el artículo 50 de la Ley de Cheques; y, d) que el acusador particular no demostró qué efectos, pensiones de arriendo, mercancías o dinero, entregó el acusador particular a cambio del cheque que recibió.- El acusador particular como quedó dicho, interpuso recurso de casación alegando la violación de varias disposiciones legales en la sentencia, especialmente del artículo 64 del Código Penal - que obliga valorar la prueba con sujeción a las reglas de la sana crítica -, de lo que deviene también violación del artículo 326 íbidem - que ordena dictar sentencia condenatoria al haberse comprobado la existencia material del delito y la responsabilidad de su autor -; así como falsa aplicación de las normas de la Ley de Cheques invocadas por el juzgador, que regulan la presentación y protesto de un cheque (artículos 24 y 25 de la Ley de Cheques), y la prescripción de las acciones para su cobro (artículo 50 íbidem); insistiendo el recurrente que el cheque fue girado y entregado el 30 de mayo de 1996 en pago de pensiones de arrendamiento de dos oficinas de su propiedad, pago de consumo de teléfono y devolución de dinero prestado, sin que se haya adulterado la fecha de emisión del cheque conforme acreditan los peritos documentólogos en el informe de fojas 101 a 110 de los autos, documento probatorio de plena eficacia, que contradice el informe pericial de los técnicos del Instituto de Criminología de la Universidad Central, que - según sostiene el recurrente - no tiene potestad legal para realizar pericias, tanto porque la ley de su creación no le atribuye esa facultad, cuanto porque la jurisprudencia ha descartado la validez de esos informes como prueba pericial. CUARTO.- Examinada la sentencia en relación con los autos y las alegaciones del recurrente, este Tribunal Supremo de Casación encuentra que efectivamente se violó la ley en la sentencia al absolver a la procesada no obstante existir pruebas demostratorias tanto de la existencia de la infracción como de su responsabilidad penal. En efecto:

Consta a fojas 1 de los autos el cheque GB000336 girado por María del Carmen Klaic Larrea contra su cuenta corriente número 00-1703227-5 en el Banco del Austro, que presentado al banco girado no fue pagado en razón de haberse cerrado la cuenta corriente de la giradora; y a fojas 17 se halla la certificación conferida por el Banco del Austro sobre que dicha cuenta corriente fue cerrada el 25 de abril de 1996, habiéndose notificado este hecho a la señora María del Carmen Klaic Larrea en esa misma fecha, quien a sabiendas de que no podía ser pagado lo giró, siendo ese instrumento la prueba de la estafa, pues se entregó el cheque al beneficiario en presencia de la giradora, haciéndole creer que ella tenía la calidad de cuenta correntista, lo que era falso; que tenía habilitada la cuenta corriente, lo que era también falso; siendo su falta de pago la demostración del perjuicio al beneficiario del cheque, sin que tenga importancia que el cheque no pagado haya sido emitido el 3 de mayo de 1996 - como sostiene la libradora del cheque - o el 30 de mayo de 1996 - como afirma el beneficiario -, pues ambas fechas son posteriores al 25 de abril de 1996 en que se cerró y notificó el cierre de la cuenta corriente; tanto más que los especialistas documentólogos de la Dirección Nacional de Investigaciones de la Policía Nacional, licenciado Héctor Mejía Araque y licenciado Ney W. Bravo Pardo, designados y posesionados como peritos para determinar si el cheque sometido a su examen ha sufrido algún tipo de adulteración expresan en su informe de fojas 101 a 110 del cuaderno del sumario: que para la determinación de supuestos agregados en el cheque "se efectuó el estudio de la tinta con la ayuda de un equipo especial denominado videospectrocomparador VSC-4, sometiendo el documento a una longitud de onda ultra violeta e infrarrojo en un rango de 740 nanómetros y combinación de filtros; determinado que las características de la tinta, tanto del supuesto agregado "0" como del resto del texto manuscrito, son las mismas"; habiendo confirmado de que en realidad se trata de una misma tinta con la prueba cromatográfica en placa delgada, resultando que "los componentes coloreados corresponden a una misma tinta y por ende a un mismo elemento escritor"; y en cuanto a la grafía del supuesto agregado, expresan que luego de estudiado el cheque con la ayuda de una lupa estereoscópica con iluminación apropiada y aumento del campo visual se encuentra "que en la morfología de las letras y números existe una relación de espontaneidad en la totalidad del manuscrito".- Para esta Sala tal informe es el que debió tomar en cuenta el juzgador para determinar la existencia o no de la alteración del cheque alegada por la procesada, en lugar de las apreciaciones y conclusiones de los técnicos del Instituto de Criminología de la Universidad Central por ser este informe el resultado de análisis y exámenes con una tecnología menos confiable que la utilizada por los especialistas de la Dirección Nacional de Investigaciones de la Policía Nacional. QUINTO.- Según la resolución expedida por el Superintendente de Bancos el 13 de marzo de 1992, publicada en el Registro Oficial N° 905 de 31 de los mismos mes y año, si un banco recibiere un cheque con defectos de forma pero existiere fondos para su pago el banco debe devolver el cheque, sin pagarlo ni protestarlo, con una razón que diga "rechazado por defecto de forma"; pero si no tiene fondos debe protestarlo indicando esta circunstancia y añadiendo en la razón de protesto que, además el cheque adolece de un defecto de forma.- En el caso presente el Banco del Austro no consideró que el cheque presentado para su pago tenía defectos de forma, y por ello se limitó a protestarlo por cuenta cerrada; lo que lleva a este Tribunal Supremo de Casación a considerar que aún en el supuesto de que se hubiere agregado un cero después del número tres, en la fecha de emisión del cheque, el Banco del Austro lo habría pagado

si la cuenta corriente de la giradora no hubiese sido previamente cerrada; pues para ese banco ese agregado ni siquiera constituía un defecto de forma; menos una alteración que pudiese invalidar el cheque tanto más que, según el artículo 49 de la Ley de Cheques, en caso de alteración del texto de un cheque éste no pierde validez ni existencia, quedando obligado el girador con arreglo al texto original, y los firmantes posteriores a la alteración según los términos del texto alterado; de lo que deviene que ni aún siendo cierta la alteración del cheque se enerva la responsabilidad del girador. SEXTO.- Aún admitiendo que el cheque se emitió el 3 de mayo de 1996, lo cierto es que a esa fecha la cuenta corriente de la giradora ya se hallaba cerrada y consecuentemente el cheque no podía ser pagado por el banco girado, generándose de ese hecho el perjuicio a su beneficiario por la suma de veinte y nueve millones quinientos diez mil sucres, que es el importe del cheque; perjuicio que, como ya se dijo, queda demostrado ipso facto por el hecho del no pago; sin que sea necesario demostración de la causa por la cual el beneficiario lo recibió, pues siendo un medio de pago, literal y autónomo, nada importan las relaciones del girador con el beneficiario, más aún cuando según el artículo 1 de la Ley de Cheques, no se exige entre los requisitos que debe contener un cheque la determinación de su causa u origen, siendo únicamente indispensable para su existencia y validez: "la denominación de 'cheque' inserta en el texto mismo del documento; el mandato puro y simple de pagar una suma determinada de dinero; el nombre del girado; la indicación de la fecha, lugar de emisión y firma del girador".- No obstante no ser necesaria la demostración de la causa, esta Sala consigna que de autos consta comprobado el motivo por el cual la procesada María del Carmen Klaic Larrea, emitió el cheque que se entregó a Marco Viteri Fiallos, siendo tal motivo el pago de pensiones de arrendamiento de dos oficinas de propiedad del beneficiario, el pago de planillas de consumo telefónico y la devolución de préstamos de dinero, según se acredita en las declaraciones testimoniales de fojas 117 y 118, rendidas por Mario Rodolfo Rodríguez y Luis Alfredo Peralta; y en el testimonio instructivo del acusador particular que constituye prueba de cargo, por ser concordante con las otras evidencias que obran de autos. SEPTIMO.- El artículo 25 de la Ley de Cheques dispone que "los cheques girados y pagaderos en el Ecuador deberán presentarse para el pago dentro del plazo de 20 días contados desde la fecha de su emisión", y el inciso segundo del artículo 24 ibídem manda que: "hecha la presentación del cheque el banco girado está obligado a pagarlo o protestarlo".- El hecho de que la presentación del cheque se hubiese realizado con posterioridad al plazo que señala la ley - en el supuesto de que se lo hubiese girado el 3 de mayo de 1996 - no invalida el cheque, ni invalida el protesto, ni hace que el cheque pierda eficacia probatoria para demostrar el cometimiento del delito que se juzga, como equivocadamente sostiene el Tercer Tribunal Penal de Pichincha haciendo una falsa aplicación de las referidas normas de la Ley de Cheques; más aún si se considera que de acuerdo al artículo 57 ibídem el cheque no presentado dentro del plazo respectivo, o protestado fuera del plazo, pierde su carácter de título ejecutivo pero puede ser cobrado en juicio verbal sumario; y, que según el artículo 58 de la misma ley, el banco girado puede pagar un cheque aún después de expirados los plazos establecidos en el artículo 25. Así pues en nada afecta a la acción penal por el engaño y el perjuicio que conlleva girar un cheque en cuenta cerrada, que el tal cheque haya sido presentado o no dentro del plazo establecido en el artículo 25 de la Ley de Cheques, ni importa que el protesto por cuenta cerrada se haya realizado a los 4 días o a los 34 días de la emisión, según se tenga como fecha de

emisión el 30 de mayo o el 3 de mayo, respectivamente. OCTAVO.- El Tercer Tribunal Penal de Pichincha para declarar no comprobada la existencia del delito de estafa aduce, en forma completamente ilógica e ilegal, que el delito de estafa por girar en cuenta cerrada desaparece por el hecho de que prescriba la acción para la cobranza del cheque al tenor de lo dispuesto por el artículo 50 de la ley de la materia.- Dicha ley se refiere a la acción civil para cobrar un cheque, más no a la acción penal a que da lugar la emisión de un cheque para engañar y perjudicar al beneficiario, acción penal que prescribe según el artículo 101 del Código Penal en el lapso de 5 años desde la fecha de cometimiento de la infracción, si es que no se hubiere iniciado enjuiciamiento, o en igual lapso pero contado desde el auto cabeza de proceso, si es que se hubiere iniciado el proceso penal, plazo este último que no ha vencido hasta la fecha de expedición del presente fallo de casación. NOVENO.- Como la procesada alega que el cheque fue postfechado y que lo dio en garantía en el mes de abril de 1996, sin siquiera indicar el día, no obstante que no hay prueba de tales hechos, esta Sala manifiesta, reiterando anteriores pronunciamientos que el dar un cheque en garantía, o la posdatación de un cheque cuando el girador lo emite a sabiendas que su cuenta corriente está cerrada, no elimina o modifica la responsabilidad penal del emisor por la utilización fraudulenta del formulario bancario entregado cuando la cuenta corriente sobre la que habría recaído el pago estaba previamente cerrada, demostración fehaciente de que quien entregó el cheque, actuó con voluntad de engañar abusando de la confianza y credulidad del engañado sobre que ese documento le serviría para cobrar en el banco girado el importe del cheque. Es más, quien admite a sabiendas un cheque posdatado utilizándolo ilegalmente como instrumento de crédito - por lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley de Cheques - pierde el derecho a cobrar el cheque por vía ejecutiva o verbal sumaria y solo puede hacerlo efectivo mediante acción ordinaria lo que no significa que se pierda la acción penal - que no es acción de cobranza - y que se halla instituida para reprimir el delito de estafa que tipifica el artículo 563 del Código Penal, el cual se configura cuando el medio para estafar es la entrega de un cheque en cuenta cerrada aunque fuere posdatado, tanto más que el inciso final del artículo 57 de la Ley de Cheques expresamente dispone: "La acción civil intentada para el cobro de un cheque, no perjudica la acción penal correspondiente", trátese de cheque posdatado o no, o de que se lo dé en garantía a sabiendas de que nada se garantiza con cheque en cuenta cerrada. DECIMO.- El acto punible que se juzga en la presente causa radica en el evidente y deliberado propósito de engañar y efectivo engaño realizado por la acusada para apropiarse de "cosa perteneciente a otro", haciéndose entregar la "obligación" que el cheque liberó, pues todo cheque es un instrumento de pago que extingue la relación habida entre el girador y el beneficiario, por lo que al recibir el cheque su beneficiario entrega jurídicamente al librador - aunque no lo haga en forma material - la obligación que soluciona con el cheque, de lo que resulta que, por la no efectivización del cheque su girador se apropia de la obligación fraudulentamente, haciendo creer que el girador es cuenta correntista que tiene cuenta corriente habilitada para la efectivización del cheque, abusando de su credulidad y confianza, perjudicando así al beneficiario del cheque - en este caso al acusador particular generando su derecho a deducir la acción penal por el delito de estafa tipificado en el artículo 563 del Código Penal, cuyos elementos constitutivos esenciales son: A) la apropiación de cosa ajena; B) por hacerse entregar, entre otras cosas, "obligaciones"; C) el engaño o fraude mediante uso de nombres falsos, calidades

falsas, haciendo creer la existencia de empresas falsas, infundiendo temor o esperanza de un acontecimiento quimérico, o abusando de la confianza y credulidad; y, D) perjuicio real al engañado.- En el caso sometido a juzgamiento se dan los presupuestos esenciales de la estafa conforme se expresa en los considerandos precedentes; por lo que el juzgador debió declarar comprobada la existencia material de este delito y la responsabilidad de la encausada y consecuentemente expedir sentencia condenatoria. DECIMO PRIMERO.- La señora Ministra Fiscal en el considerando quinto de su dictamen a fojas 306 a 307 de los autos, manifiesta: "No obstante lo expuesto, observo que el tribunal a quo, omite en la sentencia citar todas las pruebas sobre el cheque y la fecha de cierre de la cuenta corriente, la misma que por referencias del documento de fs. 17 fue inhabilitada el 25 de abril de 1996, lo que demuestra la conducta dolosa de la procesada, ya que girar cheques sobre una cuenta bancaria exige el conocimiento del saldo disponible, independientemente de la fecha en que fue entregado, lo que constituye delito de estafa reprimido con prisión, que prescribe en cinco años de acuerdo con las reglas señaladas en el Art. 101 del Código Penal no siendo aplicable el Art. 50 de la Ley de Cheques, como erróneamente cita el Tribunal, toda vez que éste se refiere a acciones propias en materia civil. Por otra parte, y aún aceptándose que el cheque fuera postdatado, a la giradora no le estaba permitido hacer uso de una falsa calidad de cuenta correntista si su cuenta se hallaba cancelada con anterioridad a la fecha en la que entregó ese documento. Lo mencionado implica error de derecho en la aplicación de las normas legales para la valoración de la prueba. En virtud de lo expuesto, es mi criterio que se case la sentencia recurrida, por existir violación a los Arts. 157 y 326, inciso 2° del Código de Procedimiento Penal, así como del Art. 563 del Código Penal". RESOLUCION.- Por lo expuesto, esta Primera Sala de Casación Penal estima procedente el recurso de casación deducido por el acusador particular Marco Viteri Fiallos es impugnación de la sentencia absolutoria dictada por el Tercer Tribunal Penal de Pichincha, por existir violación en ella de los artículos 64 y 326 inciso segundo del Código de Procedimiento Penal aplicable en esta causa, y falsa aplicación de los artículos 24, 25 y 50 de la Ley de Cheques; y por ello, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se casa la sentencia impugnada para enmendar los errores de derecho que la vician, declarando a la señora María del Carmen Klač Larrea, ecuatoriana, mayor de edad, de estado civil casada, de instrucción secundaria, de ocupación quehaceres domésticos responsable en calidad de autora del delito de estafa que tipifica y sanciona el artículo 563 del Código Penal, por haberse comprobado, conforme a derecho, principalmente con el cheque que aparece a fojas 1 de los autos, con la certificación del Banco del Austro sobre la fecha en que cerró la cuenta corriente de la procesada - con antelación a la fecha de emisión del cheque -, fojas 7; y, con la declaración instructiva del agraviado, pruebas que demuestran con certeza tanto la existencia material del referido delito como la responsabilidad penal de la procesada al haber girado el cheque GB000336 de la cuenta corriente número 00-1703227-5 del Banco del Austro, a sabiendas de que esa cuenta corriente se hallaba cerrada con antelación a la emisión del cheque habiendo así engañado y perjudicando a su beneficiario Marco Viteri Fiallos, en la suma de veinte y nueve millones quinientos diez mil sucres, importe del cheque no efectivizado. No se toma en cuenta la transacción que aparece en el documento original de fojas 148 a 150 de los autos, tanto por no estar reconocida la firma de los comparecientes cuanto por no referirse de modo claro al

cheque girado en cuenta cerrada, demostratorio de la estafa que se juzga, que es uno de los delitos perseguibles de oficio en los que el desistimiento o la transacción no extinguen la acción penal. Por no haberse presentado pruebas que acrediten la existencia de dos o más circunstancias atenuantes y por no haberse practicado la evaluación psiquiátrica de la personalidad de la procesada que demuestre su peligrosidad, se impone a la señora María del Carmen Klaic Larrea la pena mínima prevista en el artículo 563 del Código Penal para reprimir la estafa, esto es ciento ochenta días de prisión correccional y la obligación de pagar a Marco Viteri Fiallos, como indemnización de perjuicios - pues se acepta su acusación particular - el importe del cheque que no fue pagado por el Banco del Austro, debiendo considerarse su contravalor en dólares a la fecha en que se lo emitió según el acusador particular, y tomarse en cuenta para la conversión de sucres a dólares la cotización oficial de cambio, promedio entre la compra y la venta, del día 30 de mayo de 1996. Se pagarán también los intereses calculados en dólares, sobre el principal ya convertido a dólares por el tiempo comprendido entre el 30 de mayo de 1996 hasta la fecha en que se haga el pago del principal, a la tasa de interés legal máxima convencional aplicable a la fecha de la liquidación para el pago.- Con costas regulándose en cien dólares los honorarios del abogado del recurrente por su intervención ante la Sala.- Se dispone la captura de la sentenciada para que devengue la condena en el Centro de Rehabilitación Social de Mujeres de Quito. Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.- Notifíquese.

Fdo.) Dres. Carlos X. Riofrío Corral, Magistrado-Presidente, Eduardo Brito Mieles y Gonzalo Zambrano Palacios, Magistrados.
Certifico.- f.) Secretario Relator.

En Quito, hoy viernes veinte y uno de junio del dos mil dos, a las dieciséis horas treinta, notifico por boletas la nota de relación y sentencia que antecede, a los señores: Ministra Fiscal General, en el N° 1207, a Marco Viteri, a los Nos. 181 y 33; y, a María Klaic, en el N° 98.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

Corte Suprema de Justicia.- 1a. Sala de lo Penal.

Es fiel copia de su original.- Quito, 3 de septiembre del 2002.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

PROCESO 42-IP-2002

Interpretación prejudicial de los artículos 81, 83 literal a), 93, 95 inciso segundo, 96 y 113 literal a) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, formulada por la Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 1 de la República del Ecuador. Actor:

**MULHENS GMBH & CO. K.G. Marca: BOLERO.
Proceso Interno N° 5119-L.Y.M.**

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, San Francisco de Quito, a los catorce días del mes de agosto del año dos mil dos.

VISTOS:

La solicitud de interpretación prejudicial formulada por la Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 1 de la República del Ecuador a través de su Presidente doctor Patricio Secaira Durango, dentro del expediente interno N° 5119-L.Y.M.; adjunta al oficio N° 301-TDCA-2S de 19 de abril del 2002, que fue recibido en este Tribunal el 30 del mismo mes y año.

Que la mencionada solicitud cumple con todos los requisitos establecidos por el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los contemplados en el artículo 125 de su Estatuto, razón por la cual fue admitida a trámite mediante auto proferido el 28 de junio del 2002.

Como hechos relevantes para la interpretación, se deducen:

1. Las partes

La actora es la sociedad alemana MULHENS GMBH & CO. K.G., la que concurre mediante representante.

El demandado es el Director Nacional de Propiedad Industrial de la República del Ecuador.

2. Determinación de los hechos relevantes

2.1 Hechos

MULHENS GMBH & CO. KG. solicitó a la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial la concesión del registro de la marca denominada BOLERO para distinguir productos de la Clase 3 de la Clasificación Internacional de Niza. (*Clase 3: preparaciones para blanquear y otras sustancias para la colada; preparaciones para limpiar, pulir, desengrasar y raspar; jabones; perfumería, aceites esenciales, cosméticos, lociones para el cabello; dentífricos*).

Dentro del término legal correspondiente no se presentaron observaciones al registro de la marca mencionada. La Dirección Nacional de Propiedad Industrial resolvió denegar el registro mediante Resolución N° 024366 de 26 de febrero de 1998, sosteniendo que ya existe registrada la marca BOLERO, que protege productos de la Clase 5 de la Clasificación Internacional de Niza. (*Clase 5: Productos farmacéuticos, veterinarios e higiénicos; sustancias dietéticas de uso médico, alimentos para bebés; emplastos, material para apósitos; material para empastar los dientes y para moldes dentales; desinfectantes; productos para la destrucción de animales dañinos; fungicidas, herbicidas*).

2.2 Fundamentos de la demanda

La sociedad alemana MULHENS GMBH & CO. KG., debidamente representada, pretende que se declare la ilegalidad y nulidad de la resolución administrativa N° 024366 emitida por el Director Nacional de Propiedad

Industrial mediante la cual se niega el registro de la marca denominativa BOLERO.

La demandante sostiene que no hay ninguna causa de confusión entre las marcas en conflicto, y que BOLERO es una marca muy conocida en líneas de fragancias femeninas. Así mismo solicita que a efecto de la declaratoria de ilegalidad y nulidad, la Sala ordene la concesión del registro de la marca BOLERO y la extensión del correspondiente certificado a favor de MULHENS GMBH & CO. KG.

La actora fundamenta jurídicamente su demanda en la violación de los artículos 81 y 83 literal a) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, así como también del artículo 96 de la citada Decisión, en concordancia con el artículo 30 de la Ley de Modernización del Estado y el artículo 20 de su reglamento, y en otras normas internas de la República del Ecuador. Menciona la actora que también se han violado el artículo 2, apartado 1 del Acuerdo de los Aspectos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC), y el artículo 6 del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial.

2.3 Contestación a la demanda

2.3.1 Del Procurador General del Estado

El Procurador General del Estado, a través del Director Nacional de Patrocinio, contesta a la demanda en los siguientes términos:

Sostiene que no le corresponde comparecer, debido a que el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual es una persona jurídica de derecho público, con patrimonio propio y que su Presidente es el representante legal de la institución, por lo tanto es quien debe comparecer. Sin embargo, designa casillero judicial para vigilar las actuaciones.

2.3.2 El Director Nacional de Propiedad Industrial, el Ministro de Comercio Exterior, Industrialización y Pesca y la Compañía Kumai Chemical Cía. Ltda. no comparecen a contestar la demanda.

CONSIDERANDO

Que este Tribunal es competente para interpretar por la vía prejudicial las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina, siempre que la solicitud provenga de un Juez Nacional también con competencia para actuar como Juez Comunitario, en tanto resulten pertinentes para la resolución del proceso interno.

Que la solicitud de interpretación prejudicial se encuentra conforme con las prescripciones contenidas en el artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Que de acuerdo con la solicitud remitida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 1, Distrito de Quito, se procederá a la interpretación prejudicial de los artículos 81, 83 literal a), 93, 95 inciso segundo, 96, 113 literal a) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Que la Sala Segunda, del Tribunal Distrital N° 1 de lo Contencioso Administrativo de la República del Ecuador, a

fojas 17 del expediente solicitó la interpretación prejudicial del artículo 45 del Reglamento a la Decisión 344 expedida por Decreto Ejecutivo N° 447, publicado en el Registro Oficial N° 145 de 4 de septiembre de 1997, norma que no será interpretada, ya que el Tribunal debe limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina de acuerdo a lo establecido por el artículo 34 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Adicionalmente no se interpretará el artículo 144 de la misma decisión al no tener relevancia en el presente caso.

Las normas objeto de la interpretación prejudicial se transcriben a continuación:

DECISION 344

Artículo 81

“Podrán registrarse como marcas los signos que sean perceptibles, suficientemente distintivos y susceptibles de representación gráfica.

“Se entenderá por marca todo signo perceptible capaz de distinguir en el mercado, los productos o servicios producidos o comercializados por una persona de los productos o servicios idénticos o similares de otra persona”.

Artículo 83

“Asimismo, no podrán registrarse como marcas aquellos signos que, en relación con derechos de terceros, presenten algunos de los siguientes impedimentos:

- a) *Sean idénticos o se asemejen de forma que puedan inducir al público a error, a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público a error.*

(...)

Artículo 93

“Dentro de los treinta días hábiles siguientes a la publicación, cualquier persona que tenga legítimo interés, podrá presentar observaciones al registro de la marca solicitada.

A los efectos del presente artículo, se entenderá que también tienen legítimo interés para presentar observaciones en los demás Países Miembros, tanto el titular de una marca idéntica o similar para productos o servicios, respecto de los cuales el uso de la marca puedan inducir al público a error, como quien primero solicitó el registro de esa marca en cualquiera de los Países Miembros”.

Artículo 95

(...)

“Vencido el plazo a que se refiere este artículo, la oficina nacional competente decidirá sobre las observaciones y la concesión o denegación del registro de marca, lo cual

notificará al peticionario mediante resolución debidamente motivada”.

Artículo 96

“Vencido el plazo establecido en el artículo 93, sin que se hubieren presentado observaciones, la oficina nacional competente procederá a realizar el examen de registrabilidad y a otorgar o denegar el registro de la marca. Este hecho será comunicado al interesado mediante resolución debidamente motivada”.

Artículo 113

“La autoridad nacional competente podrá decretar de oficio o a petición de parte interesada, la nulidad del registro de una marca, previa audiencia de las partes interesadas, cuando:

- a) El registro se haya concedido en contravención de cualquiera de las disposiciones de la presente Decisión;”.

(...)

Con vista de los puntos controvertidos en el proceso interno así como de las normas que van a ser interpretadas, considera este Tribunal que corresponde desarrollar lo referente a:

I. REQUISITOS PARA QUE UN SIGNO PUEDA SER REGISTRADO COMO MARCA

Del contenido del artículo 81 de la Decisión 344 se desprenden tres requisitos básicos que debe reunir un signo para ser registrado como marca, éstos son: distintividad, perceptibilidad y posibilidad de representación gráfica. El Tribunal al interpretar el mencionado artículo 81 ha reiterado la trascendencia del cumplimiento de los tres requisitos mencionados, como paso previo al registro de una marca, es decir, que necesariamente un signo para ser registrado como marca debe cumplir a cabalidad con tales requisitos, además de no estar incurso en alguna o algunas de las causales de irregistrabilidad que se contemplan en los artículos 82 y 83 de la Decisión 344.

Respecto a las características mencionadas este Tribunal ha manifestado que:

La **distintividad** es considerada por la doctrina y por la jurisprudencia de este Tribunal como requisito y característica esencial para determinar la registrabilidad de un signo, la distintividad es la razón de ser de la marca, puesto que la marca debe ser ideada y exteriorizada de tal modo que ofrezca individualización y singularización, que permitan diferenciarla de otras.

El tratadista Jorge Otamendi sostiene respecto al carácter distintivo de la marca: “El poder o carácter distintivo de un signo es la capacidad intrínseca que tiene para poder ser marca. La marca, tiene que poder identificar un producto de otro. Por tanto, no tiene este poder identificatorio un signo que se confunde con lo que va a identificar, sea un producto, un servicio o cualesquiera de sus propiedades”. (Jorge Otamendi. Derecho de Marcas. LexisNexis Abeledo-Perrot. 4ta. Edición, Buenos Aires. 2002, p. 27).

La **distintividad**, entonces, es la capacidad del signo de ser lo suficientemente diferenciador e individualizador de los productos o servicios de una persona de los idénticos o

similares de otra, para impedir que se produzca la confusión con productos o servicios similares y determinar la procedencia y origen empresarial.

La **perceptibilidad** es considerada como la aptitud del signo a registrarse para ser aprehendido o captado por alguno de los sentidos. La marca, al ser un signo inmaterial, debe necesariamente materializarse para ser apreciada por el consumidor; sólo si es tangible para el consumidor, podrá éste comparar y diferenciarla, de lo contrario, si es imperceptible para los sentidos, no podrá ser susceptible de registro.

El Tribunal ha sostenido: “El requisito de la perceptibilidad va implícito en la definición de que la marca es un signo inmaterial, y para que pueda ser percibido o captado por uno de los sentidos ... es indispensable una materialización o exteriorización que lo transforme de lo inmaterial o abstracto en algo perceptible o identificable a través de un medio sensorial” (Ver: proceso 3-IP-97, G.O.A.C. N° 279 de 23 de julio de 1997. Marca: PANPAN PAN PAN).

La **susceptibilidad de representación gráfica** del signo es una necesidad material, que permite formarse una imagen o una idea del signo, en sus características y formas, a fin de poder ser registrada y publicada. Respecto a este requisito Marco Matías Alemán ha sostenido que la susceptibilidad de representación gráfica es “...una descripción que permita formarse una idea del signo, objeto de la marca, valiéndose para ello de palabras, figuras o signos, o cualquier otro mecanismo idóneo, siempre que tenga la facultad expresiva de los anteriormente señalados” (Marco Matías Alemán. Marcas. Normatividad subregional sobre marcas de productos y servicios. Top Management. Bogotá, p. 77).

II. SIMILITUD Y RIESGO DE CONFUSION DE LAS MARCAS

Las causales de irregistrabilidad marcaria se encuentran taxativamente descritas en los artículos 82 y 83 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, es decir, para que una marca pueda ser registrada, primero tiene que cumplir con los requisitos de distintividad, perceptibilidad y posibilidad de representación gráfica y segundo no debe encontrarse incurso en ninguna de las causales de irregistrabilidad que se encuentran detalladas en los artículos mencionados.

La doctrina y la jurisprudencia afirman que la función principal de la marca es la de identificar los productos o servicios de un fabricante o comerciante para diferenciarlos o distinguirlos de los de igual o semejante naturaleza, pertenecientes a otra empresa o persona; el titular del registro debe gozar de la facultad de exclusividad respecto de la utilización del signo, y debe tener el derecho de oponerse a que terceros no autorizados por él hagan uso de la marca.

Se determina en la norma del artículo 83, literal a) que no pueden ser objeto de registro, los signos que sean idénticos o similares “a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero para los mismos productos o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público a error”, es decir, el citado artículo señala como causal de irregistrabilidad, el hecho de que los signos sean idénticos o se asemejen a una marca anteriormente registrada o solicitada, de tal forma que la identidad o la semejanza genere error o confusión entre los consumidores o usuarios.

El mismo artículo 83 en su literal a) hace referencia a la prohibición de registrabilidad por riesgo de confusión, Carlos Fernández Novoa sostiene al respecto “...una de las prohibiciones básicas que pueden bloquear el acceso de una marca al Registro, consiste en la existencia de riesgo de confusión de la marca solicitada con una marca anteriormente registrada” (Carlos Fernández Novoa. *Fundamentos de Derecho de Marcas*. Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1994, p. 197). Es así, que un signo que se confunda con otros no puede ser registrado como marca ya que sí existe confusión, es decir, si los signos no distinguen, la marca no cumpliría su función principalmente distintiva. Así también lo manifiesta Marco Matías Alemán, quien sostiene que “La mencionada causal, es el refuerzo de otras ya comentadas, en atención a que si es confundible no cumple con el requisito legal de distintividad” (Marco Matías Alemán. *ob. cit. p. 89*).

El profesor Otamendi señala que existen dos niveles de confusión, la indirecta y la directa, y sostiene: “La confusión directa. La que hace que el comprador adquiera un producto determinado convencido de que está comprando otro. Es la forma clásica y más común de confusión. La confusión indirecta también engaña al consumidor, aunque en forma diferente. Se da cuando el comprador cree que el producto que desea tiene un origen, un fabricante distinto de quien realmente los fabricó”. (Jorge Otamendi. *ob. cit. p. 144*).

Las autoridades nacionales competentes para conceder o denegar el registro de signos marcarios, realizarán un juicio técnico acerca de las diferencias y semejanzas que puedan establecerse entre los signos solicitados para registro y los que ya se encuentran amparados por él o gozan de algún derecho de prioridad por haberse solicitado previamente.

Este Organismo Jurisdiccional Comunitario, basándose en la doctrina ha sentenciado que para valorar la similitud marcaria y el riesgo de confusión es necesario considerar:

La similitud ideológica, que puede producirse entre signos que evocan las mismas o similares ideas.

La similitud ortográfica, se presenta por la coincidencia de letras entre los segmentos a compararse, en los cuales la secuencia de vocales, la longitud, el número de sílabas, las raíces, o las terminaciones comunes, pueden inducir en mayor grado a que la confusión sea más evidente.

La similitud fonética, se da entre signos que al ser pronunciados tienen una fonética similar. La determinación de tal similitud depende, entre otros elementos, de la identidad en la sílaba tónica o de la coincidencia en las raíces o terminaciones. Sin embargo, deben tomarse también en cuenta las particularidades de cada caso, con el fin de determinar si existe la posibilidad real de confusión entre los signos confrontados.

Igualmente es necesario realizar el correspondiente examen de registrabilidad para evitar la confusión, y es así que este Tribunal en varias sentencias ha dado las pautas para realizar el cotejo marcario cuando sea necesario, y ha establecido reglas o criterios de análisis de las marcas en comparación tal como lo señala la doctrina. Estos criterios pueden concretarse en los siguientes:

- a) *Las marcas han de analizarse partiendo de una visión de conjunto*, es decir que se tiene que analizar la marca tomando en cuenta la totalidad de elementos que la integran. A decir de Fernández Novoa: “se debe evitar por todos los medios la disección de las denominaciones comparadas en sus diversos elementos integrantes”. (Carlos Fernández-Novoa. *ob. cit. p. 215*).
- b) *En las marcas compuestas prevalece el elemento dominante*, esta regla es de mayor importancia en el caso de las marcas mixtas, en la que se tendrá que observar si el elemento dominante es el denominativo o el gráfico.
- c) *Las marcas deben ser examinadas en forma sucesiva y no simultánea*, ya que el consumidor identifica las marcas individualmente y no en forma simultánea.
- d) *Deben tenerse en cuenta más las semejanzas que las diferencias* que existan entre las marcas que se comparan, porque son precisamente las semejanzas las que pueden llevar a confusión del público consumidor.
- e) *Quien aprecie la semejanza deberá colocarse en el lugar del comprador presunto*, tomando en cuenta la naturaleza del producto.
- f) *La comparación de las marcas en el plano fonético*, el criterio aceptado por la doctrina y la jurisprudencia, es que el examinador debe “inspirarse en una sencilla visión o audición de las denominaciones, o bien en el impacto visual inmediato de las mismas”.

Estos conceptos han sido desarrollados en abundante jurisprudencia de este Organismo Comunitario. (Ver entre otros: *Proceso 77-IP-2000, G.O.A.C. N° 690 de 23 de julio del 2001, Marca: PURO VARELA; Proceso 41-IP-2000, G.O.A.C. N° 604 de 27 de septiembre del 2000, Marca: MURIEL; Proceso 22-IP-2001, G.O.A.C. N° 690 de 23 de julio del 2001, Marca: ERA*).

III. INTERES LEGITIMO PARA PRESENTAR OBSERVACIONES A LA REGISTRABILIDAD

La norma contenida en el artículo 93 de la Decisión 344 otorga la posibilidad de que terceros que tengan interés legítimo para intervenir puedan oponerse al registro de la marca solicitada dentro de los 30 días hábiles siguientes a la publicación. Se considera que tienen interés legítimo para presentar las observaciones tanto el titular de una marca registrada ante el intento de que se registre otra idéntica o similar, así como quien solicitó primero el registro de la marca.

Presentadas las observaciones la oficina nacional competente notificará al peticionario para que dentro de los treinta días hábiles siguientes haga valer sus alegatos, vencido este lapso se decidirá sobre las observaciones y la concesión o denegación del registro de marca, lo cual se notificará al peticionario mediante resolución debidamente motivada, es decir, que exprese los fundamentos que la sustentan.

En el caso en que no se hubieran presentado observaciones, como lo advierte el artículo 96 de la Decisión 344, la oficina nacional competente igualmente procederá al respectivo examen de registrabilidad y de este modo otorgará o denegará el registro de una marca, hecho que será comunicado al interesado mediante resolución motivada. Es decir, que la

oficina nacional competente realizará el respectivo examen de fondo se hayan o no presentado observaciones al registro de una marca. La existencia de observaciones compromete más al funcionario en la realización del examen de fondo; pero, la inexistencia de ellas no lo libera de su obligación legal de proceder al mismo.

Las causales de irregistrabilidad que deben tomarse en cuenta por la Oficina Nacional competente al realizar este examen de fondo son las taxativamente establecidas en los artículos 82 y 83 de la Decisión 344.

Conceptos recogidos de la jurisprudencia sentada por este Tribunal. (Ver proceso 36-IP-2000, G.O.A.C. N° 583 de 17 de julio del 2000, marca: AMERICAN STAR QUALITY; proceso 37-IP-2000, G.O.A.C. N° 604 de 27 de septiembre del 2000, marca: ICE).

IV. NULIDAD DEL REGISTRO DE UNA MARCA

Para el profesor Jorge Otamendi: *La declaración judicial de la nulidad de la marca extingue el derecho respectivo. Al igual que cualquier otro acto jurídico, una marca puede estar viciada por contener algún defecto de fondo o de forma que la condenan a su invalidez, es decir, la hacen nula*” (Jorge Otamendi. ob. cit. p. 317).

El artículo 113 de la Decisión 344 se refiere a la Nulidad del Registro, tarea concedida a la autoridad nacional competente quien de oficio o a petición de parte interesada puede declararlo.

El primer inciso del citado artículo 113, el cual se solicita para la interpretación, indica que podrá decretarse la nulidad del registro de una marca en el caso de que dicho registro se haya concedido en contravención de cualquiera de las disposiciones de la Decisión 344.

El Tribunal ha señalado que: *“La acción de nulidad, o recurso de anulación, como también suele llamarse, se encuentra consagrada en el artículo 113 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, con las siguientes características:*

- *“Su interposición no está sujeta o condicionada a plazo alguno, tratándose de una acción imprescriptible.*
- *“Puede ser decretada de oficio o a petición de parte, evento éste en el que el solicitante debe acreditar interés.*
- *“El trámite deberá cumplirse con arreglo a la legislación procesal interna pero en todo caso, asegurándose la previa audiencia de las partes interesadas.*
- *“La competencia para el conocimiento de estas acciones se define a lo que disponga el ordenamiento jurídico interno, el cual, de conformidad con lo establecido en la Disposición Final Unica, puede atribuirlo a una autoridad judicial o a una administrativa cuando defina el significado de “Autoridad Nacional Competente”; debiéndose destacar que si se atribuye a un organismo de carácter administrativo, de todas formas, dicha atribución deberá mantener su calidad de jurisdiccional.*
- *“El artículo 113 comentado, por último, consagra cuatro causales taxativas y de estricta legalidad, para que, con*

base en ellas y sólo en ellas, se adelante la acción de nulidad de un registro marcario”.

(Ver proceso 68-IP-2000. G.O.A.C. N° 612 de 25 de octubre del 2000, marca: AMOZUL. Citando el proceso 11-IP-99, G.O.A.C. No. 466 de 6 de agosto de 1999, Marca “LELLI”).

Y al desarrollar el punto concerniente a la competencia y al procedimiento que debe seguirse para el trámite de la acción de nulidad de un registro marcario, la misma sentencia ha dispuesto:

“... Sobre la competencia y el procedimiento.

Intimamente relacionados entre sí se encuentran los temas referentes a la competencia para el trámite de las acciones de nulidad y el procedimiento que debe seguirse por la autoridad nacional correspondiente. En cuanto a lo primero, el artículo 113 define, en concordancia con la Disposición Final Unica, que la competencia debe radicarse en la autoridad nacional que sea designada por la legislación interna, pudiéndose establecer que ella quede en cabeza de una autoridad administrativa o de una judicial pero, en cualquier caso, sin perder de vista que se trata de una actuación jurisdiccional. En cuanto a lo segundo, del artículo 144 se desprende que el procedimiento a seguir será el que se disponga internamente, sin afectar claro está, la aplicación prioritaria que deben tener los elementos fundamentales de esta acción, señalados básicamente en el artículo 113 y a los cuales se hizo referencia en esta sentencia.

(...)

“En referencia al procedimiento que debe ser aplicado por las autoridades nacionales para el trámite de las acciones de nulidad relativas a asuntos marcarios, El Tribunal ha expresado, tomando en cuenta lo dispuesto por el artículo 144 de la Decisión 344, en el sentido de que los asuntos sobre propiedad industrial no comprendidos o no regulados en ella, se cumplirán con arreglo a lo que determine la respectiva legislación nacional, que son tales procedimientos los que deberán aplicarse. Ello en consideración a que, salvo los precisos temas sobre causales de nulidad, imprescriptibilidad de la acción, legitimación activa y audiencia de las partes, que se regulan en el artículo 113 de la norma comunitaria (la que, por supuesto, se aplica de preferencia), los demás deberán ser regulados y aplicados con arreglo a la ley nacional”.

(...)

(Ver procesos antes citados)

Consecuentemente, **EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA,**

CONCLUYE:

Primero: Para que un signo pueda ser registrado como marca, debe necesariamente reunir los tres requisitos establecidos en el artículo 81 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, esto es: distintividad, perceptibilidad y susceptibilidad de representación gráfica. Pero, no solamente se deben cumplir estos tres requisitos sino que es necesario que la marca no esté comprendida en ninguna de las causales de

irregistrabilidad establecidas en los artículos 82 y 83 de la Decisión 344.

Segundo: Dentro del sistema marcario de la Comunidad Andina, no pueden existir dos signos que sean idénticos o similares pertenecientes a diferente titular y que induzcan a confusión al público consumidor. La determinación del riesgo de confusión es un aspecto que deberá ser analizado por el Administrador o el Juez nacional, sujetándose en todo caso, a las reglas de comparación de signos establecidas por la doctrina y la jurisprudencia.

Tercero: Puede presentar observaciones al registro de una marca, cualquier persona que tenga interés legítimo, tanto el titular de una marca idéntica o similar para productos o servicios que pueda inducir a error al público consumidor, como el que primero solicitó el registro de esa marca en cualquiera de los Países Miembros. El examen de registrabilidad al que debe someterse un signo para ser registrado como marca por parte de la Oficina Nacional Competente, procede tanto en los casos en que se presenten observaciones como en los que ellas no se presenten.

Cuarto: La acción de nulidad debe intentarse con fundamento en las causales y cumpliendo las condiciones de legitimación activa previstas en el ordenamiento jurídico comunitario, así como las demás contempladas en el procedimiento interno para la impugnación por ilegalidad de actos administrativos, debiéndose tener en cuenta la preeminencia de aquéllas sobre éstas y el carácter eminentemente supletivo de los procedimientos del derecho interno.

De conformidad con el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal, el Juez Nacional Consultante, al emitir el respectivo fallo, deberá adoptar la presente interpretación realizada con fundamento en las señaladas normas del ordenamiento jurídico comunitario. Deberá así mismo dar cumplimiento a las prescripciones contenidas en el inciso tercero del artículo 128 del vigente Estatuto.

Notifíquese al Consultante mediante copia certificada y sellada de la presente sentencia, la que también deberá remitirse a la Secretaría General de la Comunidad Andina a efectos de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Ricardo Vigil Toledo
PRESIDENTE

Guillermo Chahín Lizcano
MAGISTRADO

Rubén Herdoíza Mera
MAGISTRADO

Gualberto Dávalos García
MAGISTRADO

Moisés Troconis Villarreal
MAGISTRADO

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.- La sentencia que antecede es fiel copia del original que reposa en el expediente de esta Secretaría. CERTIFICO.

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO
PROCESO 60-IP-2002

Interpretación prejudicial de los artículos 82 literales a) y h) y, 83 literal a) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por la Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito N° 1, República del Ecuador. Interpretación de oficio de los artículos 81, 93 y 95 de la misma Decisión. Actor: ELF SANOFI. Marca: "DILTANMEPHA". Proceso interno N° 2243-M.P.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, Quito, a los catorce días del mes de agosto del año dos mil dos.

En la solicitud sobre interpretación prejudicial formulada por la Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito de la República del Ecuador, por intermedio de su Presidente, doctor Patricio Secaira Durango.

VISTOS

Que la solicitud recibida por este Tribunal el 27 de junio del año 2002 se ajustó a los requisitos establecidos por el artículo 125 de su Estatuto, aprobado mediante Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores de la Comunidad Andina y que, en consecuencia, fue admitida a trámite.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Partes.

Actúa como demandante la sociedad ELF SANOFI, siendo demandados el Director Nacional de Propiedad Industrial y el Procurador General del Estado de la República del Ecuador. Se constituye en coadyuvante, la compañía MEPHA S.A.

1.2 Acto demandado.

La interpretación se plantea en razón de que la sociedad ELF SANOFI demanda ante la jurisdicción consultante, la declaratoria de nulidad de la Resolución N° 0945812 de 25 de agosto de 1995, expedida por el Director Nacional de Propiedad Industrial de la República del Ecuador, por la cual se rechaza la observación presentada por ELF SANOFI respecto del registro de la marca "DILTANMEPHA", destinada a proteger productos comprendidos en la Clase N° 5

de la Clasificación Internacional de Niza y, se ordena la continuación del trámite respectivo

1.3 Hechos relevantes.

La instancia consultante destaca los siguientes aspectos relevantes:

a) Los hechos

1. El 28 de febrero de 1994, la sociedad MEPHA S.A. presentó solicitud para obtener el registro de la marca de fábrica denominada "DILTANMEPHA", para distinguir productos comprendidos en la clase N° 5 de la Clasificación Internacional de Niza.¹
2. La solicitud en referencia, signada con el trámite N° 45396/94, fue publicada en la Gaceta de la Propiedad Industrial N° 350 del mes de marzo de 1994.
3. El 16 de septiembre de 1994, luego de publicado el extracto, fueron formuladas observaciones por parte de la sociedad ELF SANOFI, argumentando ser propietaria de la marca "VICTAN", que distingue productos comprendidos en la clase N° 5 de la Clasificación Internacional de Niza.
4. El 25 de agosto de 1995, el Director Nacional de Propiedad Industrial de la República del Ecuador, mediante Resolución N° 0945812, rechaza la demanda de observaciones presentada por ELF SANOFI y ordena se continúe con el trámite previo al registro de la marca solicitada.

b) Escrito de demanda

La sociedad ELF SANOFI, domiciliada en París, Francia, a través de apoderado presenta demanda de nulidad contra la Resolución N° 0945812, que otorgó el registro a la denominación "DILTANMEPHA" a favor de MEPHA S.A., aduciendo ser propietaria de la marca "VICTAN", según certificado N° 1022/80.

Fundamenta su demanda sosteniendo, principalmente, que la denominación DILTANMEPHA no sólo es semejante sino muy parecida a VICTAN, marca en la cual se apoyó la observación presentada y, que el Director de Propiedad Industrial "cometió un error al rechazar la observación propuesta y conceder el registro de la marca DILTANMEPHA"; error que debe ser rectificado por el Tribunal consultante, reclamando indemnización del Estado por los daños y perjuicios irrogados.

c) Contestación a la demanda

El Director Nacional de Propiedad Industrial niega pura y llanamente los fundamentos de hecho y de derecho; sostiene la legalidad y validez de la Resolución impugnada, por cuanto expresa que "guarda conformidad con lo que disponía el artículo 95 de la Decisión 344". Aduce que según la doctrina las marcas deben ser analizadas y cotejadas en conjunto y no fraccionadamente, en forma sucesiva y no simultánea como lo hizo la empresa observante y que, en conclusión, la Resolución objetada "no contraviene ninguna disposición legal".

¹ **Clase 5:** Productos farmacéuticos, veterinarios e higiénicos; sustancias dietéticas para uso médico, alimentos para bebés; emplastos, material para apósitos; material para empastar los dientes y para moldes dentales; desinfectantes; productos para la destrucción de animales dañinos; fungicidas, herbicidas.

El Procurador General del Estado se excepciona manifestando, que existe nulidad por omisión de solemnidades sustanciales al no haberse citado con la demanda al Ministro del ramo, como Autoridad responsable; niega también pura y simplemente los fundamentos de la demanda; sostiene que existe falta de derecho del actor por cuanto la figura jurídica de la oposición fue substituida por la de la observación; que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo es incompetente para conocer sobre la pretensión de pago de daños y perjuicios; que existe caducidad del derecho del actor y prescripción de la acción.

El Ministro de Comercio Exterior, Industrialización y Pesca, comparece adicionalmente manifestando únicamente que "se tome en cuenta, en su oportunidad, que impugno la prueba que presente o llegare a presentar la contraparte, por ser ilegal, injurídica, impertinente y ajena a la litis".

Tercero interesado

La empresa MEPHA S.A., domiciliada en Aesch/BL, Suiza, por medio de apoderado y en calidad de tercer interesado, contesta la demanda afirmando que las marcas en conflicto no tienen ninguna semejanza; niega simple y llanamente los fundamentos de hecho y derecho y asevera que "la demanda carece de sustento jurídico por lo que la Administración se verá en el caso de rechazar la demanda".

Sostiene también, que existe falta de derecho del actor para proponer la demanda pues no se violó ningún derecho subjetivo ya que la resolución emitida fue dictada aplicando el ordenamiento jurídico vigente.

Con vista de lo anteriormente expuesto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina,

CONSIDERANDO:

1. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Este Tribunal es competente para interpretar, en vía prejudicial, las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, siempre que la solicitud provenga de un Juez nacional competente, como lo es en este caso la jurisdicción nacional consultante, conforme lo establece el artículo 32 del Tratado de Creación del Organismo.

2. CONSIDERACIONES PREVIAS

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, de la República del Ecuador, ha dispuesto, por medio de oficio N° 571-TDCA-2S de 5 de junio del 2002, que se

solicite a este Organismo, la interpretación prejudicial de los artículos 82, 83 y 84 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, de conformidad con lo establecido por el artículo 61 del estatuto de este Tribunal (Decisión 184), no obstante que en la referida fecha se encuentra vigente ya la Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, reformativa del Estatuto de este Tribunal, aprobado mediante Decisión 184.

Este Organismo procede a atender el requerimiento formulado, sólo por el hecho de que los cambios introducidos en la Decisión 500, no alteran los requisitos estatutarios exigidos por el anterior artículo 61, los cuales en esencia se mantienen en el actual artículo 125.

Se destaca que este Tribunal, en aplicación de lo previsto por el artículo 34 del Tratado de su Creación, procederá a interpretar el artículo 82 tan sólo en lo relativo a sus literales a) y h) y el 83 en su literal a) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, y que, además realizará la interpretación de oficio de los artículos 81, 93 y 95 de la misma Decisión, por considerar que son éstas las únicas disposiciones aplicables a la controversia interna materia de la consulta.

3. NORMAS A SER INTERPRETADAS

En consecuencia con lo anteriormente expuesto, los textos de las normas de la Decisión 344 a ser interpretadas son los siguientes:

“Artículo 81.- Podrán registrarse como marcas los signos que sean perceptibles, suficientemente distintivos y susceptibles de representación gráfica.

“Se entenderá por marca todo signo perceptible capaz de distinguir en el mercado, los productos o servicios producidos o comercializados por una persona de los productos o servicios idénticos o similares de otra persona.

“Artículo 82.- No podrán registrarse como marcas los signos que:

“a) No puedan constituir marca conforme al artículo anterior;

(...)

“h) Puedan engañar a los medios comerciales o al público, en particular sobre la procedencia, la naturaleza, el modo de fabricación, las características o cualidades o la aptitud para el empleo de los productos o servicios de que se trate”;

“Artículo 83.- Asimismo, no podrán registrarse como marcas aquellos signos que, en relación con derechos de terceros, presenten algunos de los siguientes impedimentos:

“a) Sean idénticos o se asemejen de forma que puedan inducir al público a error, a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público a error;

“Artículo 93.- Dentro de los treinta días hábiles siguientes a la publicación, cualquier persona que tenga legítimo interés, podrá presentar observaciones al registro de la marca solicitado.

“A los efectos del presente artículo, se entenderá que también tienen legítimo interés para presentar observaciones en los demás Países Miembros, tanto el titular de una marca idéntica o similar para productos o servicios, respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público a error, como quien primero solicitó el registro de esa marca en cualquiera de los Países Miembros.”.

“Artículo 95.- Una vez admitida a trámite la observación y no incurriendo ésta en las causales del artículo anterior, la oficina nacional competente notificará al peticionario para que, dentro de treinta días hábiles contados a partir de la notificación, haga valer sus alegatos de estimarlo conveniente.

“Vencido el plazo a que se refiere este artículo, la oficina nacional competente decidirá sobre las observaciones y la concesión o denegación del registro de marca, lo cual notificará al peticionario mediante resolución debidamente motivada.”.

4. CONCEPTO DE MARCA Y SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

La marca se define como todo signo visible, capaz de distinguir los bienes o los servicios producidos o comercializados en el mercado por una persona, de los bienes o servicios idénticos o similares de otra.

El artículo 81 determina los requisitos que debe reunir un signo para ser registrable, los cuales son: perceptibilidad, distintividad y susceptibilidad de representación gráfica.

a) Perceptibilidad

Siendo la marca un signo inmaterial, para que pueda ser percibido o captado por uno de los sentidos (vista, olfato, audición, gusto y tacto), es indispensable su materialización o exteriorización por medio de elementos que transformen lo inmaterial o abstracto en algo perceptible o identificable por aquéllos.

La perceptibilidad, precisamente, hace referencia a todo elemento, signo o indicación que pueda ser captado por los sentidos para que, por medio de éstos, la marca penetre en la mente del público, el cual la aprehende y asimila con facilidad. Por cuanto para la recepción sensible o externa de los signos se utiliza en forma más general el sentido de la vista, han venido caracterizándose preferentemente aquellos elementos que hagan referencia a una denominación, a un conjunto de palabras, a una figura, un dibujo, o a un conjunto de dibujos.

b) Distintividad

El artículo 81 se refiere también a la distintividad, considerada característica y función primigenia que debe reunir todo signo para ser susceptible de registro como marca; lleva implícita la necesaria posibilidad de distinguir unos

productos o servicios de otros, haciendo viable de esa manera la diferenciación por parte del consumidor.

Será entonces distintivo el signo cuando por sí solo sirva para identificar un producto o un servicio, sin que se confunda con el o con las características esenciales o primordiales de aquéllos.

c) Susceptibilidad de representación gráfica

La susceptibilidad de representación gráfica consiste en representaciones realizadas a través de palabras, gráficos, signos mixtos, colores, figuras, etc., de tal manera que sus componentes puedan ser apreciados en el mercado de productos.

El signo tiene que ser representado en forma material para que el consumidor, a través de los sentidos, lo perciba, lo conozca y lo solicite. La traslación del signo del campo imaginativo de su creador hacia la realidad comercial, puede darse por medio de palabras, vocablos o denominaciones, gráficos, signos mixtos, notas, colores, etc.

5. PROHIBICIONES PARA EL REGISTRO DE MARCAS

Falta de requisitos sustanciales del signo para ser considerado como marca

El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina contempla en el artículo 82 de la Decisión 344, los impedimentos para que un signo sea considerado marca.

El literal a) establece que no podrán registrarse como tales, los signos que conforme al artículo 81 de esa Decisión no puedan constituir una marca.

Es necesario entonces sostener que un signo sólo es registrable, cuando cumple a cabalidad los tres requisitos determinados en el artículo 81 y desarrollados ya en el punto anterior, esto es, perceptibilidad, distintividad y susceptibilidad de representación gráfica; condiciones que, en resumen, determinan que el signo puede estar constituido por una descripción que permita formarse idea concreta acerca de él, utilizando palabras o figuras.

El Juez nacional consultante, cuando actúe como Juez comunitario al aplicar las normas pertinentes del ordenamiento jurídico andino, deberá analizar si el signo cuyo registro se impugna cumple o no los requisitos señalados en el citado artículo 81 y, verificar, si en este caso específico no incurre en las excepciones a la registrabilidad, contempladas en el literal a) del artículo 82 de la Decisión 344.

Denominaciones que pueden producir engaño

El literal h) del artículo 82 de la referida Decisión considera entre esas prohibiciones, al engaño a los medios comerciales o al público en general, en cuanto a la procedencia, la naturaleza, el modo de fabricación, las características o cualidades, etc. del producto, debiendo tenerse presente que la función principal de la marca es la de identificar y distinguir a los productos y a los servicios de un comerciante de los de otro.

En reiteradas ocasiones este Tribunal ha expuesto:

“De esta manera, a entender del Tribunal, se le otorga a la administración la facultad de determinar cuando un signo tiene por fin provocar un riesgo de confusión, aprovechando del conocimiento o prestigio de otra marca, para beneficiarse de la venta de productos similares, pero que obedecen a una línea nueva que quizás no cumpla con las mismas exigencias de calidad y cualidad de un producto reconocido en el mercado, disfrazándose una actitud defraudatoria que al ser detectada debe causar la denegación del registro en aras de la protección general de los consumidores.

“Para ello, deberá también tomarse en cuenta los canales comerciales hacia los cuales van dirigidos ambos productos que pugnan entre sí, su campo operativo, la identidad o disparidad de las áreas comerciales y los medios que se utilizan para llegar al consumidor”.²

6. LIMITACIONES PARA EL REGISTRO MARCARIO

La identidad y la semejanza

La legislación andina ha determinado que no pueden ser objeto de registro como marca, los signos que sean idénticos o similares entre sí, conforme lo establece el literal a) del artículo 83 objeto de la interpretación prejudicial solicitada.

Este Tribunal al respecto ha señalado:

“La marca tiene como función principal la de identificar los productos o servicios de un fabricante, con el objeto de diferenciarlos de los de igual o semejante naturaleza, pertenecientes a otra empresa o persona; es decir, el titular del registro goza de la facultad de exclusividad respecto de la utilización del signo, y le corresponde el derecho de oponerse a que terceros no autorizados por él hagan uso de la marca”.³

Ha enfatizado además en sus pronunciamientos el organismo, acerca del cuidado que se debe tener al realizarse el análisis entre dos signos para determinar si entre ellos se presenta el riesgo de confusión. Esto, por cuanto la labor de determinar si una marca es confundible con otra, presenta diferentes matices y complejidades, según que entre los signos en proceso de comparación exista identidad o similitud y según la clase de productos o servicios a los que cada uno de esos signos pretenda distinguir. En los casos en los que las marcas no sólo sean idénticas sino que tengan por objeto individualizar unos mismos productos o servicios, el riesgo de confusión sería absoluto; podría presumirse, incluso, la presencia de la confusión. Cuando se trata de simple similitud, el examen requiere de mayor profundidad, con el objeto de llegar a las determinaciones en este contexto, así mismo, con la mayor precisión posible.

² Proceso 65-IP-2001, sentencia del 17 de octubre del 2001, marca: “SUSSEX”, TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.

³ Proceso 46-IP-2000, sentencia de 26 de julio del 2000, G.O. N° 594 de 21 de agosto del 2000, marca: “CAMPO VERDE”, TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.

El Tribunal observa también que la determinación de la confundibilidad corresponde a una decisión del funcionario administrativo o, en su caso, del juzgador, quienes alejándose de un criterio arbitrario, han de determinarla con base en principios y reglas que la doctrina y la jurisprudencia han sugerido, a los efectos de precisar el grado de confundibilidad la que puede ir del extremo de la similitud al de la identidad.

Resulta en todo caso necesario considerar las siguientes características propias de la situación de semejanza:

Similitud ideológica, que se da entre signos que evocan las mismas o similares ideas. Al respecto señala el profesor OTAMENDI, que aquella es la que “deriva del mismo parecido conceptual de las marcas. Es la representación o evocación de una misma cosa, característica o idea la que impide al consumidor distinguir una de otra” (Derecho de Marcas, Pág. 152). En consecuencia, pueden ser considerados confundibles, signos que aunque visual o fonéticamente no sean similares, puedan sin embargo inducir a error al público consumidor en cuanto a su procedencia empresarial, en caso de evocar, como ya se ha expresado, la misma o similar idea.

Similitud ortográfica, que se presenta por la coincidencia de letras entre los segmentos a compararse, en los cuales la secuencia de vocales, la longitud, el número de sílabas, las raíces, o las terminaciones comunes, pueden inducir en mayor o menor grado a que la confusión sea más palpable u obvia.

Similitud fonética, que se da entre signos que al ser pronunciados tienen una fonética similar. La determinación de tal similitud depende de la identidad en la sílaba tónica, o de la coincidencia en las raíces o terminaciones, entre otras. Sin embargo, deben tenerse en cuenta las particularidades que conserva cada caso, con el fin de determinar si existe la posibilidad real de confusión.

Todo lo expuesto se encuentra ligado con las siguientes **reglas para realizar el cotejo marcario**:

“Regla 1.- La confusión resulta de la impresión de conjunto despertada por las marcas.

“Regla 2.- Las marcas deben examinarse sucesivamente y no simultáneamente.

“Regla 3.- Quien aprecie el parecido debe colocarse en el lugar del comprador presunto y tener en cuenta la naturaleza de los productos.

“Regla 4.- Deben tenerse en cuenta las semejanzas y no las diferencias que existen entre las marcas”.⁴

Acerca de la utilidad y aplicación de estos parámetros técnicos, el tratadista Breuer Moreno ha manifestado:

“La primera regla y la que se ha considerado de mayor importancia, es el cotejo en conjunto de la marca, criterio que se adopta para todo tipo o clase de marcas.

“Esta visión general o de conjunto de la marca es la impresión que el consumidor medio tiene sobre la misma y que puede llevarle a confusión frente a otras marcas semejantes que se encuentren disponibles en el comercio.

“En las marcas es necesario encontrar la dimensión que con mayor intensidad penetra en la mente del consumidor y

determine así la impresión general que el distintivo causa en el mismo.

“La regla de la visión en conjunto, a más de evitar que sus elementos puedan ser fraccionados en sus partes competentes para comparar cada componente de una marca con los componentes o la desintegración de la otra marca, persigue que el examen se realice a base de las semejanzas y no por las diferencias existentes, porque éste no es el camino de comparación utilizado por el consumidor ni aconsejado por la doctrina.

“En la comparación marcaria, y siguiendo otro criterio, debe emplearse el método de un cotejo sucesivo entre las marcas, esto es, no cabe el análisis simultáneo, en razón de que el consumidor no analiza simultáneamente todas las marcas sino lo hace en forma individualizada. El efecto de este sistema recae en analizar cuál es la impresión final que el consumidor tiene luego de la observación de las dos marcas. Al ubicar una marca al lado de otra se procederá bajo un examen riguroso de comparación, no hasta el punto de ‘disecarlas’, que es precisamente lo que se debe obviar en un cotejo marcario.

“La similitud general entre dos marcas no depende de los elementos distintos que aparezcan en ellas, sino de los elementos semejantes o de la semejante disposición de esos elementos”.⁵

7. LAS OBSERVACIONES AL REGISTRO MARCARIO Y SU TRAMITE

El Derecho Comunitario, Decisión 344, establece dentro del Régimen de Propiedad Industrial, quiénes son los interesados directos y quiénes, en consecuencia, pueden formular “observaciones” (“oposiciones” en la Decisión 486), a las solicitudes de registro que se publiquen conforme al procedimiento establecido en los artículos 93 y 95 de la Decisión 344.

Luego de realizada la publicación, los terceros que tengan interés legítimo respecto de las pretensiones contenidas en la respectiva solicitud, pueden oponerse a ella, mediante la formulación de observaciones, las cuales deben ser presentadas dentro de los 30 días hábiles siguientes, contados desde la fecha de la publicación conforme lo establece el **artículo 93** de la Decisión 344.

⁴ Pedro C. Breuer Moreno, “**Tratado de Marcas de Fábrica y de Comercio**”, Editorial Robis, Buenos Aires, Pág. 351 y ss.

⁵ Proceso 46-IP-2000, sentencia de 26 de julio del 2000, G.O. N° 594 de 21 de agosto del 2000, marca: “CAMPO VERDE”. **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.** Una vez recibida la observación, a la Oficina Nacional Competente le corresponde examinar si cumple con los requisitos señalados y, acto seguido, notificar al solicitante para que defienda sus pretensiones y ofrezca las pruebas que

considere pertinentes dentro del plazo que la ley le otorgue para ello.

Cumplido dicho plazo y tal como lo establece el artículo 95 de la Decisión 344, "la oficina nacional competente decidirá sobre las observaciones y la concesión o denegación del registro de marca, lo cual notificará al peticionario mediante resolución debidamente motivada".

Será entonces dicha Dependencia, la que en definitiva, decida sobre las observaciones formuladas y, desde luego, respecto de la concesión o de la denegación del registro solicitado.

La función conferida a la Oficina Nacional Competente para realizar el examen sobre registrabilidad del signo, constituye una obligación que precede al otorgamiento del registro marcario. La existencia de observaciones compromete más aún al funcionario, a la realización del examen de fondo, pero, la inexistencia de las mismas no lo libera de la obligación de practicarlo; esto, porque el objetivo de la norma es el de que dicho examen se convierta en etapa obligatoria dentro del proceso de concesión o de denegación de los registros marcarios.

Con fundamento en las consideraciones anteriores,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

CONCLUYE:

1. Para que un signo sea registrable como marca, a más de cumplir los requisitos de distintividad, perceptibilidad y susceptibilidad de representación gráfica establecidos por el artículo 81, éste no debe encontrarse afectado por ninguna de las causales de irregistrabilidad establecidas en los artículos 82 y 83 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.
2. Según lo determina el artículo 82, literal h) de la misma Decisión, no son registrables los signos engañosos para los medios comerciales o para el público consumidor, respecto de la procedencia, la naturaleza o el modo de fabricación de los productos puesto que ello sería atentatorio a la buena fe del consumidor y constituiría una práctica desleal frente a la libre competencia en el comercio de bienes y de servicios.
3. Para la determinación de la confundibilidad entre dos signos, se debe apreciar de manera especial sus semejanzas antes que sus diferencias, con el objeto de evitar la posibilidad de error en que pueda incurrir el consumidor al apreciar las marcas en cotejo.
4. El riesgo de confusión deberá ser analizado por la Oficina Nacional Competente, sujetándose a las reglas de comparación de signos y considerando que aquel puede presentarse por similitud gráficas, fonéticas y conceptuales.

5. El momento procesal para que el titular de una marca demuestre su inconformidad acerca de un signo solicitado para registro, es el de las observaciones. La Oficina Nacional Competente o el Juez, en su caso, deben realizar el examen de registrabilidad, el que incluirá, necesariamente, el análisis de todas las exigencias de la Decisión 344. Dicho examen debe realizarse aún en aquellos casos en que no hayan sido presentadas observaciones a la solicitud de registro.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito de la República del Ecuador, deberá adoptar la presente interpretación prejudicial al dictar sentencia en el proceso interno N° 2243-M.P., de conformidad con lo dispuesto por el artículo 127 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, reformado por medio de Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Deberá tomar en cuenta, también, lo previsto en el último inciso del artículo 128 del mencionado instrumento.

Notifíquese esta sentencia al mencionado Tribunal mediante copia sellada y certificada y, remítase así mismo copia, a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Ricardo Vigil Toledo
PRESIDENTE

Guillermo Chahín Lizcano
MAGISTRADO

Rubén Herdoíza Mera
MAGISTRADO

Gualberto Dávalos García
MAGISTRADO

Moisés Troconis Villarreal
MAGISTRADO

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.- La sentencia que antecede es fiel copia del original que reposa en el expediente de esta Secretaría. CERTIFICO.

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO