



# REGISTRO OFICIAL

## ÓRGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

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

### EDICIÓN ESPECIAL

**Año I - Nº 17**

**Quito, viernes 5 de julio de 2013**

**Valor: US\$ 1.25 + IVA**

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

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

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

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

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

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

48 páginas

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

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

### SUMARIO:

Págs.

#### FUNCIÓN JUDICIAL Y JUSTICIA INDÍGENA

#### CORTE NACIONAL DE JUSTICIA:

##### PRIMERA SALA DE LO PENAL:

**387-2005** Recurso de casación en el juicio seguido en  
contra del ingeniero Jorge Emilio Gallardo  
Zavala y otros ..... 1

##### SEGUNDA SALA DE LO PENAL:

**223-2010** Juicio penal seguido en contra del señor Juan  
Hungumi Tungui Capaira ..... 47

**No. 387-2005**

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

Quito, 16 de noviembre del 2010; a las 17H30.

**VISTOS:** Constituida la Sala en Audiencia Oral Pública de Juzgamiento para conocer y resolver la situación jurídica del ingeniero **Jorge Emilio Gallardo Zavala** y **Carlos Gonzalo Hidalgo Terán**; **Francisco Kozhaya Simon**; **Eli Rodrigo Laniado de Wind**; **Miguel Luis Macías Hurtado**; **Wilson Eduardo Correa Calderón**, **Alejandro Alberto Ponce Enriquez** y **José Vicente Cabezas Candel**; como presuntos autores, los dos primeros; y, como cómplices los siguientes, respectivamente, del delito de peculado, tipificado y sancionado en el Art. 257 del Código Penal, en contra de quienes, la Segunda Sala de lo Penal de la Ex - Corte Suprema de Justicia ha dictado auto de llamamiento a juicio, y siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo, esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, considera: **PRIMERO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA.-** En virtud de lo dispuesto en el artículo 184, numeral 1 y la Disposición

Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el R.O. No. 449, de 20 de octubre de 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional, publicada en el R.O. No. 479, de 2 de diciembre de 2008; la Resolución dictada por el pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre de 2008, publicada en el R.O. No. 511 del 21 de enero del 2009; el sorteo de ley respectivo, en nuestra calidad de Jueces Nacionales de esta Primera Sala de lo Penal, procedemos a conocer la presente causa. **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Examinado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad; por lo que se declara la validez de esta causa.- **TERCERO: RELACION PROCESAL Y CARGOS QUE SE FORMULAN EN CONTRA LOS IMPUTADOS: 3.1.- RELACION PROCESAL:** Con fecha 10 de octubre del 2001, por pedido del doctor Guillermo Mosquera Soto en su calidad de Ministro Fiscal General Subrogante, se resuelve dar inicio a la instrucción fiscal en contra de los señores Jorge Emilio Gallardo Zavala y Carlos Gonzalo Hidalgo Terán Francisco Kozhaya Simon; Eli Rodrigo Laniado de Wind; Miguel Luis Macías Hurtado; Wilson Eduardo Correa Calderón, Alejandro Alberto Ponce Enríquez y José Vicente Cabezas Candel, por considerarles presuntos responsables del delito de Peculado, a los dos primeros en calidad de autores y los siguientes como cómplices por la suscripción del Fideicomiso Mercantil, entre el Banco del Pacífico y Filanfondos S.A. Con fecha 22 de julio del 2002, a las 09H00, el doctor Armando Bermeo Castillo, Ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia, dicta Auto de Llamamiento a Juicio en contra de los prenombrados imputados, así como su prisión preventiva; y con fecha 9 de junio del 2003 la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia confirma el Auto de Llamamiento a Juicio; **3.2. CARGOS CONTRA LOS IMPUTADOS.-** El señor Fiscal General, Subrogante al formular los cargos en contra de los imputado, manifiesta que legitima su intervención con el documento conferido por el doctor Washington Pesántez y que de conformidad con el Art. 286 del Código de Procedimiento Penal procede a describir los hechos objeto de juzgamiento en forma cronológica, así: con fecha 31 de diciembre de 1998, la firma Deloitte & Touche determina que el patrimonio contable del Banco del Pacífico fue positivo en 944.660 millones de sucres; con fecha 31 de marzo de 1999 la firma Arthur Andersen (Auditora Internacional) determina que de la auditoría especial practicada, se debían realizar ciertos ajustes, los mismos que conllevaron a que los accionistas pierdan el 100% de su participación patrimonial; con fecha 30 de Julio de 1999 mediante Of. No. INBGF-99-709, el Abg. Jorge Guzmán Ortega, a esa fecha Superintendente de Bancos, dispuso al Banco del Pacífico para que proceda a realizar los ajustes y reclasificaciones determinados por la auditora internacional; recién el 14 de septiembre de 1999 se efectuaron los ajustes dispuestos por la Superintendencia, en la cuenta 3603 denominada "Desvalorización del Patrimonio" por S/. 1 billón, 139 mil 142 millones de sucres correspondientes a los ajustes de la firma auditora; mediante oficio No. INBGF-99-709 del 30 de julio de 1999, el Ab. Jorge Guzmán Ortega, a esa fecha Superintendente de Bancos, instruyó al Banco del Pacífico. para que proceda a registrar los ajustes establecidos por Arthur Andersen; los ajustes mencionados se contabilizaron hasta el 14 de septiembre de 1999 en la cuenta 3603 "Desvalorización del

Patrimonio" para posteriormente, esto es, el 18 de octubre castigar o dar de baja completamente el patrimonio de la entidad, con lo cual los accionistas perdían su participación accionaria, a lo cual hay que sumar las pérdidas adicionales determinadas por el ejercicio de enero a septiembre de 1999, y que fueron expuestas al Banco en el Oficio INBGF-99-3566 del 16 de octubre de 1999, realizado por la economista Rosa María Herrera, Intendente Nacional de Bancos y Grupos Financieros, las cuales sin embargo no se contabilizaron el 18 de octubre, sino el 21 de octubre de 1999, y que dan un total de 407 mil 498 millones de sucres. Indica el señor Fiscal que además se instruyó se incluyan los siguientes ajustes: S/. 179 mil 948 millones de sucres por el 25% de cartera no evaluada por la auditoría internacional; S/. 19 mil 924 millones de sucres por provisión títulos fideicomiso FIT (Financial Investment Trust); inversiones en Argentina); y S/. 136 mil 163 millones de sucres de provisión por diferencias de provisión de cartera. Manifiesta entonces que según consta en el oficio No. DNAJ-2001-152, también se registró un ajuste por S/. 136.163 millones correspondiente a la aplicación al 30 de julio de 1999 de las categorías y porcentajes de riesgo determinados por Arthur Andersen, con lo cual el total de ajustes para el Banco del Pacífico fue de S/. 1.882.675 millones, es decir, como lo dijo la economista Rosa María Herrera, Intendente Nacional de Bancos y Grupos Financieros en su informe INBGF-99-3566 de fecha 16 de octubre de 1999: "...el patrimonio de los accionistas se consumió en su totalidad", en consecuencia el patrimonio del Banco del Pacífico se encontraba solamente constituido por los préstamos subordinados de Filanbanco. Continúa y señala en su exposición el señor Fiscal Subrogante que el total de estos castigos patrimoniales se los contabilizó el 18 de octubre de 1999, debiéndose tomar en cuenta que aún no se contabilizaba la pérdida de 407 mil 498 millones de sucres, la misma que se contabilizó el 21 de octubre de 1999, afectándose el patrimonio del Banco, cuyo saldo al 15 de octubre de 1999 era de 1 billón 248 mil 248 millones de sucres, o 78 millones 49 mil 651 dólares. Que sin embargo que no se había registrado aún la pérdida de S/. 407.498 millones, con los ajustes de S/. 1.428.808 millones era más que suficiente para extinguir la totalidad del patrimonio que tenía un valor de S/. 1.287.477 millones resaltando el señor Fiscal que contablemente antes de realizar el castigo patrimonial se registraron los valores en la cuenta 3603 denominada "desvalorización del patrimonio", en la misma que no estuvo registrado el ajuste de S/.407.498 millones por la pérdida del ejercicio de enero a septiembre de 1999, que fue solicitado por la Superintendencia de Bancos en el oficio No. INBGF-99-3566 del 16 de octubre de 1999, por lo que, cuando se realizó la contabilización del castigo patrimonial el 18 de octubre de 1999, no se consideró esta pérdida, es decir, que el saldo no cubierto por el patrimonio de los accionistas a esa fecha fue de 141 mil 331 millones de sucres. De lo expuesto, la Fiscalía concluye que el déficit patrimonial o dicho de otra manera, la pérdida que no fue cubierta por el patrimonio del Banco fue de 34,3 millones de dólares, lo cual resulta de restar el patrimonio del Banco menos la pérdida total. El señor Fiscal, también se refiere a la capitalización de los préstamos subordinados otorgados por Filanbanco, indicando que el 21 de mayo de 1999, Filanbanco S.A. concedió al Banco del Pacífico un préstamo subordinado por 96 mil 445 millones 307 mil 770 sucres; que en la misma fecha se celebró un convenio modificatorio al contrato de préstamo anterior y Filanbanco

S.A. aumentó el monto de préstamo en la suma de 30 mil 954 millones 692 mil 230 sucres, con lo cual el monto asciende a 120 mil 400 millones de sucres, otorgado a un año plazo, con interés del 74,4% pagaderos mensualmente y que estos créditos fueron recibidos y contabilizados por el Banco del Pacífico el mismo 21 de mayo de 1999. Así mismo, que el 4 de agosto de 1999 Filanbanco S.A. concedió al Banco del Pacífico S.A. el segundo préstamo subordinado por 58 millones 923 mil 768 dólares en bonos negociables, emitidos por el Estado Ecuatoriano con un rendimiento anual del 12 % anual y tenían un plazo de 15 años. Indica el señor Fiscal que el 26 de octubre de 1999 se firmó un Convenio de Asociación entre el Banco del Pacífico y Banco Continental, como un mecanismo de aproximación a un programa de fusión. El Banco Filanbanco por medio de su Gerente General Gonzalo Hidalgo Terán, decide convertir los préstamos subordinados en capital del Banco del Pacífico y adicionalmente autoriza enjugar contra sus acciones dentro del Banco fusionado cualquier pasivo o contingente oculto no contabilizado de cualquier naturaleza, por lo que al castigarse las acciones de los anteriores accionistas, el único dueño del Banco del Pacífico S.A., fue Filanbanco. A continuación se refiere el representante de la Fiscalía a la Constitución del Fideicomiso de activos castigados 93 BP, indicando que con fecha 19 de noviembre de 1999, se realizó una Junta General Extraordinaria de Accionistas, a la cual concurrió el accionista mayoritario Filanbanco S.A. con una participación del 89.87%, a través de su representante legal Carlos Gonzalo Hidalgo Terán, junta en la cual, pese a no constar en el orden del día, resolvieron que en virtud del castigo patrimonial impuesto por la Superintendencia de Bancos, se debería constituir un fideicomiso mercantil al que se le transferirían los activos objeto del castigo con fecha corte del 18 de octubre de 1999, por un valor correspondiente al monto total del castigo, esto es 1 billón, 248 mil 248 millones 078 mil 165 sucres; los beneficiarios del fideicomiso serían en primer lugar el Banco del Pacífico por los \$ 8 millones 836 mil 968 dólares, monto que no alcanzó a cubrir el castigo de los accionistas; y, en segundo lugar los ex-accionistas del Banco del Pacífico. Agrega que en la época de la crisis financiera, para cubrir el déficit patrimonial o la pérdida, en el caso de los Bancos que entraban en "saneamiento", el artículo 24 de la Ley de Reordenamiento en materia Económica y Financiera indicaba que los activos castigados debían pasar a un fideicomiso para que el fruto de la recuperación de estos activos sirva para cubrir inicialmente las pérdidas que no fueron cubiertas por el patrimonio y en caso de existir un sobrante se lo entregue a los ex accionistas, pero a pesar de que el Banco del Pacífico no entró en saneamiento, los ex accionistas se acogieron a este mecanismo y se suscribió un fideicomiso mercantil denominado "Fideicomiso 93BP". Dice el señor Fiscal que el objeto del fideicomiso fue recuperar valores que permitan cubrir las pérdidas que no pudieron ser cubiertas con el patrimonio del Banco, es decir, USD. 34,3 millones, como ya se había manifestado anteriormente, sin embargo, en la constitución del Fideicomiso 93BP no se consideraron todas las pérdidas que tuvo el Banco al momento que los accionistas dejaron de serlo, hecho que ocurrió el 4 de noviembre de 1999 cuando se asentó en el libro de accionistas la nueva participación accionarial. El objeto del Fideicomiso 93BP también consistía en entregar a los ex accionistas "el vuelto", que sería entregado luego de que se hubieren

cubierto la pérdidas de USD.8,8 millones y no de USD 34,3 millones, es decir que la diferencia de las pérdidas USD.34,3 - USD.8,8 = USD.25,5 millones no sería cubierta por este Fideicomiso, y quien iba a cubrir esas pérdidas era el nuevo accionista mayoritario que en este caso era el Estado a través de Filanbanco. En cuanto a los activos que se trasladaron al fideicomiso, el señor Fiscal indica que los valores a recuperarse debían provenir de los activos que ocasionaron los ajustes y los castigos patrimoniales, ya que estos activos a pesar de ser castigados, podían tener un valor bajo de recuperación aunque en algunos casos ya no tenían valor alguno; que la señora Isabel González de Ambrosini, Vicepresidente de riesgos del Banco del Pacífico de esa época, con fecha 26 de junio del 2000 mediante memorando del departamento de Riesgos, indicó que se deberían entregar al fideicomiso las inversiones en Colombia que fueron castigadas por instrucción de la Superintendencia de Bancos hasta el 14 de septiembre de 1999; que según informe del auditor interno del Banco del Pacífico AIG-012-2001 del 17 de abril de 2001, se entregaron operaciones de crédito al fideicomiso que al 18 de octubre de 1999 no tenían calificación E-100%, y que fueron de calificación A, B, C y D, por un valor de USD.61.836.405 en 234 operaciones, señalando el señor Fiscal Subrogante, que incluso se entregó cartera de crédito de 6 accionistas por un valor de USD.6.607.254 (Amazonas Cía. Anónima de Seguros, Freire Montroy Luis Antonio, Gómez González Enrique Alfredo, Norero Bozzo Ana María, Pérez Icaza Antonio Teodoro y Serrano Puig Santiago Rafael), y que además se transfirió al fideicomiso las respectivas garantías de los créditos, dándole mayor valor de recuperación. Que sin embargo, los activos que se entregaron al Fideicomiso 93BP no fueron aquellos activos que originaron los ajustes y los castigos patrimoniales, al contrario fueron otros activos que consistieron en cartera de crédito que al momento del castigo patrimonial, o sea al 18 de octubre de 1999 no tenían calificación E-100%, es decir, era cartera de crédito con mejor probabilidad de recuperación. Concluye el señor Fiscal que la razón de ser del fideicomiso era recuperar activos castigados y provisionados 100% al 18 octubre de 1999 para cubrir las pérdidas que no fueron cubiertas por el patrimonio del Banco al 18 de octubre de 1999 (8,8 millones de dólares), y si se lograba recuperar algo más, se debía entregar a los ex accionistas, pero que sin embargo cabe anotarse que: se debieron haber entregado al Fideicomiso los activos que causaron el castigo (daño) patrimonial, sin embargo, se entregaron activos distintos que consistían en cartera de crédito; que la cartera entregada al fideicomiso no fue la que causó el castigo patrimonial, por lo tanto se entregó cartera que según dice el informe de la Superintendencia de Bancos fue mala en junio de 2000, pero que al 18 de octubre 1999 era cartera con calificaciones A, B, C y D (todas estas calificaciones son mejores que E que está catalogada como pérdida), todo lo cual hace concluir que de mala fe se deterioró a la cartera entre el 18 octubre 99 y el 30 de junio 2000 para que pase al fideicomiso cartera con calificación E-100% a junio de 2000, pero que en realidad tenía mejor calidad y que por lo tanto su recuperación sería alta, beneficiándose de esta manera a los ex accionistas ya que había mayor posibilidad de recuperación de esta cartera y mucho más si se transfirieron también las garantías reales de esa cartera de crédito. Además, el valor a ser cubierto por el fideicomiso (8,8 millones) no es el correcto, ya que se debieron considerar los 34,3 millones que era la pérdida

total cuando se castigó el patrimonio, por lo que nuevamente se estaba beneficiando a los accionistas, pues solamente se cubrirían 8,8 millones en pérdidas y luego se entregaría el saldo a los ex-accionistas. Hace mención el señor Fiscal que en oficio de la SBS-067 se indica que el Fideicomiso 93BP recuperó 802.541 dólares, los mismos que le correspondían en su totalidad al Banco del Pacífico, sin embargo, se indica que al 10 de enero 2002 a Filanfondos le faltaba transferir al Banco del Pacífico la cantidad de 186.647 dólares. Se recalca que el perjuicio al Banco del Pacífico se resume en lo siguiente: que se transfirió cartera que con fecha 18 de octubre de 1999 no tenía una calificación "E" por \$78'133.009 millones de dólares, cuando lo que se debió transferir eran activos castigados y/o provisionados al 100% por \$ 55'022.765 millones de dólares; que la cartera transferida con fecha 4 de octubre del 2000 al Fideicomiso 93 BP, fue provisionada al 100% en su mayoría, provisión que se realizó contra las acciones de Filanbanco, único accionista de esa época; que de los \$55'022.765 millones de dólares de activos castigados al 100% con fecha 18 de octubre de 1999, que debieron transferirse, se debía disminuir la cantidad de \$ 34'316.821 millones de dólares a favor del Banco del Pacífico por concepto de pérdidas y de la cuenta Desvalorización del Patrimonio, quedando para los ex accionistas la cantidad de \$20'705.944 millones de dólares. Afirma el señor Fiscal que el fideicomiso es nulo según el Art. 236 inciso segundo de la Ley de Compañías del cual da lectura en concordancia con el Art. 247 íbidem, pues en el orden del día de la junta de accionistas no se dijo que se iba a constituir el fideicomiso. Acto seguido y como considera preciso acusar para que en la prueba correspondiente se justifique cada uno de los hechos mencionados, acusa a los señores JORGE EMILIO GALLARDO ZAVALA, VICEPRESIDENTE EJECUTIVO DEL BANCO DEL PACIFICO ENCARGADO DE LA PRESIDENCIA EJECUTIVA Y AL SEÑOR CARLOS GONZALO HIDALGO TERÁN EN SU CALIDAD DE GERENTE DE FILANBANCO, por ser autores del acto típico descrito en el Art. 257 del Código Penal y como cómplices a los señores FRANCISCO KOZHAYA, RODRIGO LANIADO, MIGUEL LUIS MACÍAS HURTADO, ALEJANDRO ALBERTO PONCE ENRÍQUEZ, JOSÉ VICENTE CABEZAS, en su calidad de miembros del Directorio del Banco del Pacífico. **CUARTO.- FUNDAMENTOS DE DERECHO DEL JUICIO PENAL.-** Bajo los presupuestos fundamentales del estado de inocencia, formulación oficial de cargos, intimación de los mismos y de no autoinculpación; la finalidad del juicio consiste en la justificación, en la audiencia pública de juzgamiento (juicio) y ante el tribunal penal, de la existencia o no de la infracción que se juzga y de la responsabilidad o no de los acusados para, según corresponda, condenarles o absolverles; siendo por consiguiente en esta etapa en la que se decide la situación jurídica procesal de los imputados y donde deben practicarse todos los actos procesales de prueba necesarios e idóneos que deben sufragar las partes o sujetos de la relación procesal ante el Tribunal, que permita al Tribunal arribar a la certeza o no de la existencia del delito como de la culpabilidad. Al efecto, la Constitución de la República establece, en su artículo 168, numeral 6 que *"La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo"*, operativizada

con la norma del artículo 85 del Código de Procedimiento Penal que puntualiza que la prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado; y el artículo 252 íbidem, puntualiza *"La certeza de la existencia del delito y de la culpabilidad del acusado se obtendrá de las pruebas de cargo y de descargo que aporten los sujetos procesales en esta etapa, sin perjuicio de los anticipos jurisdiccionales de prueba que se hubiesen practicado en la etapa de la instrucción fiscal"*. Las investigaciones realizadas en la etapa de instrucción fiscal y las experticias realizadas para justificar la materialidad de la infracción, alcanzan el valor de pruebas cuando son sustentadas y valoradas en el juicio (acción que se considera como "la judicialización" de las actuaciones realizadas o cumplidas en la etapa de la instrucción fiscal no como institución procesal penal sino como medio para alcanzar que las evidencias acopiadas en la instrucción fiscal y las aportadas en la audiencia de juicio adquieran la categoría de prueba por haber sido actuadas ante el correspondiente órgano jurisdiccional); por ello, las versiones recibidas por el Fiscal alcanzan valor de prueba cuando son ratificadas por quienes las rindieron en el curso de la audiencia de juzgamiento; y, los anticipos de prueba cuando son incorporados al juicio en la fase de prueba ante el Tribunal, en otras palabras, cuando son pedidas, ordenadas, actuadas e incorporadas al proceso de conformidad con la Ley procesal penal ante el Juez, esto es ante órgano jurisdiccional competente. Estas directrices devienen de las instituciones puntualizadas en los artículos 79, 119, 250 y 252 del Código de Procedimiento Penal y en cumplimiento de los principios fundamentales de legalidad, oralidad, inmediación, oficialidad de cargos en la sustanciación del proceso; dispositivo y de contradicción en la presentación de las pruebas, proporcionalidad, unidad, concentración, independencia, publicidad y otros puntualizados en los artículos 75, 76, 77, 82, 168 y 169 de la Constitución de la República. En materia penal la prueba es material, testimonial y documental. **La prueba material**, según lo dispone el artículo 91 del Código de Procedimiento Penal, consiste en los resultados de la infracción, en sus vestigios, en los instrumentos con los que se la cometió, todo lo cual debe ser recogido y conservado, con la debida cadena de custodia, para ser presentado en la etapa del juicio, mediante los correspondientes reconocimientos periciales y ser valorados por los tribunales penales. Es evidente que en los delitos contra la administración de justicia consiste en el daño económico patrimonial y la falta de fidelidad del funcionario público en la administración de los bienes encomendados a su custodia, para tal efecto de ser necesario se nombrará peritos para determinar el daño económico patrimonial o la falta de fidelidad observada por el funcionario público, pero esta pericia alcanza valor probatorio de cargo o de descargo si es ratificada en la audiencia de juicio. **La prueba testimonial**, consiste en las declaraciones que hacen terceras personas que no son parte en el juicio y que, por tanto, no pueden ser el ofendido, el acusado ni el coacusado; luego, las declaraciones del ofendido y del acusado bajo condiciones específicas, pues la declaración del ofendido por sí misma no constituye prueba, mientras que la del acusado, constituyéndose en medio de prueba y defensa a su favor y que el presente caso en lo que respecto con el Ingeniero Gallardo Zavala fue realizada con juramento, al tenor de lo previsto en el Art. 143 del Código de Procedimiento Penal, para que surta tales efectos debe guardar armonía con el

resto de la prueba o simplemente ser la única actuada. Dentro de las declaraciones de las terceras personas hay quienes pueden declarar sobre los hechos materia del enjuiciamiento penal por haberles conestado personalmente los hechos o parte de ellos constitutivos del iter criminis; y, aquellos que, en ejercicio del principio de contradicción consagrado en la Constitución, que sustente la posibilidad de exclusión de esa prueba o del establecimiento de un hecho distinto al inferido por el perito, pueden ser actuados como experticias periciales, sobre la base del fundamento de no poder "ser y no ser" al mismo tiempo, esto es, sobre las inferencias de orden científico, técnico o conclusiones a las que el declarante arribó luego de la correspondiente pericia y sobre lo que este experto puede aportar con nuevas luces para determinar la certeza del conocimiento científico al momento actual, que puede también, por demás, simplemente ilustrar de manera más amplia y detallada la misma inferencia técnico científica a la que haya arribado el perito. **La prueba documental** consiste en los documentos públicos y privados, según prescripción constante en el artículo 145 del Código de Procedimiento Penal. La manera de incorporarlos a juicio y la calidad y eficacia probatoria de ellos, en el sistema oral dentro del modelo de garantías, dependerá de cómo se encuentra relacionado con el caso y de la calidad del documento, así, hará fe en juicio penal y no requerirá de la comparecencia del otorgante, cuando se trate de documentos públicos sobre los que la Ley establece fe pública por la calidad del funcionario otorgante, salvo en los casos que se alegue falsedad o falsificación, en cuyo caso habrá de estarse a las normas de prejudicialidad pesquisa directa, según sea el caso, ya de falsedad ideológica, ya de falsedad evidente o falsificación, contrahechura, etc. material; en todos los demás documentos deberá comparecer el otorgante para establecer la veracidad del contenido de ellos a través del interrogatorio y contra interrogatorio, también conocidos como examen y contra examen. Para que haya juicio es necesario que haya acusación fiscal, es decir proposición positiva de cargos en contra del acusado y sobre lo cual, éste, debe responder, según lo prescribe el artículo 251 del Código de Procedimiento Penal. Sin embargo establece el artículo 238 del Código de Procedimiento Penal, que las declaraciones contenidas en el auto de llamamiento a juicio sobre la existencia del delito y sobre la responsabilidad del procesado, no surtirán efectos irrevocables en la etapa del juicio, porque en ella tiene, lugar la prueba sobre la existencia de la infracción y el juicio de desvalor y de la culpabilidad del acusado, para atribuirle o no el juicio de reproche (la comisión de la infracción) y determinar, con certeza, según mandamiento del artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal, tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad y culpabilidad de los acusados. Otros medios de prueba que puedan aportar al conocimiento de los hechos con rigor científico en la estructura de ese conocimiento y que, de igual forma, serán valorados por el Tribunal de acuerdo con las reglas de la sana crítica. **Objeto de la prueba.** El objeto material y jurídico de la prueba que se debe actuar se encuentra determinado por el tipo penal que se acusa que, en la especie, es peculado general, tipificado en el artículo 257 del Código Penal, según lo señaló el Fiscal General Subrogante del Estado que significa que tratándose de un delito contra la administración pública, en cuanto al **objeto jurídico** el bien jurídico protegido determina el objeto jurídico de la prueba que en la especie es la falta de fidelidad del funcionario

público lo que se busca proteger a través del ordenamiento jurídico es la correcta administración de los bienes públicos dados en custodia del funcionario público, por lo que debe probarse la conculcación de ese deber del funcionario; y en cuanto al **objeto material**, debe probarse la malversación o disposición arbitraria de fondos, así como la falta de fidelidad en el desempeño de las funciones encomendadas al funcionario público. **Campo de la prueba.** Para que haya juicio es necesario que haya acusación fiscal, es decir proposición fáctica y jurídica positiva de cargos en contra del acusado y sobre lo cual, éste debe responder, según lo prescribe el artículo 251 del Código de Procedimiento Penal. Es preciso establecer que la proposición de cargos obedece a un acto o un conjunto de actos que dan lugar a la hipótesis de adecuación típica de la conducta inculpada y que sobre ella pueden haber diversos puntos de vista, por lo que la referencia de la prueba y el celo en la intangibilidad del derecho y objeto de la defensa se circunscribe a los hechos, puntualizados temporal y espacialmente pudiendo diferir los criterios de adecuación típica penal de la conducta inculpada. Por esta razón y por cuanto en la instrucción fiscal tan solo hay elementos de convicción para la formulación de una hipótesis de adecuación típica, no probada aún, el artículo 238 del Código de Procedimiento Penal establece que las declaraciones contenidas en el auto de llamamiento a juicio sobre la existencia del delito y sobre la responsabilidad del procesado, no surtirán efectos irrevocables en la etapa del juicio, porque en ella tiene lugar la prueba sobre la existencia de la infracción y el juicio de desvalor de la inocencia, presupuesto de su calidad al comparecer a juicio, y de la culpabilidad del acusado, para atribuirle o no la comisión de la infracción (juicio de reproche) y determinar, con certeza, según mandamiento del artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal. **QUINTO: EL JUICIO PROPIAMENTE DICHO.- 5.1.** En la etapa de exposición del motivo de la acusación y relato circunstanciado de los hechos como de petición y práctica de pruebas tendientes a establecer la verdad procesal de la existencia del delito por el que fueron llamados a juicio los imputados, así como de su responsabilidad penal, según lo que corresponda a cada parte procesal, a fin de establecer si los elementos del tipo penal se han consumado o no en la comisión del ilícito por el que se ha originado esta causa. En cuanto a la presunta responsabilidad por el delito de peculado que acusa el Fiscal General Subrogante del Estado al ingeniero Jorge Emilio Gallardo Zavala y Carlos Gonzalo Hidalgo Terán; Francisco Kozhaya Simon; Eli Rodrigo Laniado de Wind; Miguel Luis Macías Hurtado; Wilson Eduardo Correa Calderón, Alejandro Alberto Ponce Enríquez y José Vicente Cabezas Candel; como presuntos autores, los dos primeros; y, como cómplices los siguientes, respectivamente, del delito de peculado, tipificado y sancionado en el Art. 257 del Código Penal. Al efecto, la Sala establece: **a)** El doctor Alfredo Alvear Enríquez, Fiscal General Subrogante del Estado, al formular la relación de los hechos señaló en forma sucinta lo que queda señalado en el Considerando Tercero de esta sentencia y manifestó que en el curso de la audiencia de juzgamiento probará los presupuestos del delito acusado, esto es, el delito de peculado. Para tal efecto, el señor Fiscal General Subrogante presentó como prueba testimonial la siguiente: **a.1.- Testimonio de LEOPOLDO BAEZ CARRERA**, quien al contestar el interrogatorio formulado por el representante de la Fiscalía, dice: Pregunta: Cuál es su profesión? Responde el testigo:

Economista. Pregunta: Diga el periodo en el que ejerció funciones en el Banco Central. Responde el testigo: Del 19 de agosto de 2000 al 9 julio 2004. Pregunta: Indique si este oficio que se le entrega fue suscrito por usted. Dice el testigo: Sí, fueron suscritos por mí. Pregunta: Se ratifica. Responde el testigo: Sí. Pregunta: Indique contra quien presentó esta denuncia. Contesta el testigo: Contra Filanfondos. Pregunta: Nadie más. Responde el testigo: No era la parte que nos tocaba. Por su parte, el doctor Aguilar, defensor del Ing. Gallardo Zavala y Macías Hurtado, toma la palabra y pregunta: La denuncia se presentó contra Filanfondos, por qué. Responde el testigo: Porque era la administradora de fondos que de acuerdo a los informes de la Superintendencia de Bancos había constituido fideicomiso con algunos problemas. Pregunta: Precise la fecha en que presentó la denuncia. El testigo responde: No recuerdo, consta en el documento. Pregunta: Usted hizo el seguimiento y podría informar como terminó la denuncia. Responde el testigo: Es difícil acordarse, los documentos constan en los archivos, pero si mal no recuerdo se dejó insubsistente el fideicomiso y se devolvió la cartera al Banco, lo cual puede ser comprobado en archivos del Banco. El doctor Vanegas, defensor del señor Kozhaya, quien pregunta: En la denuncia que presentó existe sentencia condenatoria. Dice el testigo: No sé decir, desconozco. Pregunta: Es importante comprender a cuántas sesiones ordinarias o extraordinarias del directorio del Banco del Pacífico acudió como invitado o personalmente. Responde el testigo: Del 2000 al 2004 no podría decirle, acudí a varias. Pregunta: En alguna de esas sesiones del Banco del Pacífico recuerda que el Directorio haya efectuado alguna acción conducente a perjudicar al Banco. Responde el testigo: No, que recuerde. El docto Vanegas entrega por Secretaría una carta del economista Leopoldo Báez dirigida al economista Gonzalo Mejía, Presidente Ejecutivo Encargado del Banco del Pacífico, a fin de que se de lectura de la misma y cuyo original consta del proceso. Pregunta: El Directorio del Banco del Pacífico no tiene relación con el hecho que se investiga. Responde el testigo: No sabía decirle, no recuerdo. Pregunta: El Directorio del Banco del Pacífico tiene relación con el hecho que se investiga. Contesta el testigo: No puedo responder a esa pregunta, no soy abogado. Pregunta: Le pidió al Presidente Encargado el 20 de septiembre de 2001 que se abstenga de participar en cualquier reunión o sesión del aludido organismo. El testigo dice: Me remito al documento al que hace referencia. Pregunta: Prohibió eso. Responde el testigo: Debe ser. Pregunta: Se ha revisado la denuncia que usted presentó en la que se refiere al señor Velasco que presidía Filanfondos, en algún momento creyó que el Directorio ocasionaba algún perjuicio al patrimonio del Banco del Pacífico. Responde el testigo: La pregunta es subjetiva, no puedo responder. Pregunta: Qué perjuicio ocasionó el Directorio al Estado Ecuatoriano. Contesta el testigo: No puedo hacer juicios de valor. Interviene el doctor Echeverría, defensor de Gonzalo Hidalgo, quien pregunta: Filanfondos S.A. es diferente a Filanbanco S.A., porque Gonzalo Hidalgo está relacionado con Filanbanco S.A. Responde el testigo: De lo que entiendo Filanfondos fue una subsidiaria de Filanbanco. Toma la palabra el doctor Hernán Alvear y pregunta: Son clones o dos personas jurídicas diferentes. Contesta el testigo: Filanfondos es subsidiaria de Filanbanco, son dos personas jurídicas diferentes a mí entender. El ingeniero Jorge Gallardo por sus propios derechos, formula las siguientes

preguntas: Qué conflicto de intereses podrían haber existido entre dos compañías que eran del Estado, Filanbanco y Filanfondos. Responde el testigo: Desconozco si haya existido, si se refiere a mi denuncia los abogados hicieron una exposición de los argumentos de la misma. Pregunta: Las dos instituciones eran diferentes. Responde el testigo: Sí. El doctor Andrade, defensor del señor Rodrigo Laniado de Wind, pregunta: Cuál era el órgano que tenía funciones de administración en el fideicomiso, el Directorio del Banco del Pacífico o el Directorio del Fideicomiso. El testigo dice: El Directorio del Fondo es el que administraba. La doctora Gilda Benítez, defensora de Wilson Correa, Alejandro Ponce y José Cabezas, pregunta: Usted puede indicar qué participación en forma directa tuvieron mis defendidos, Wilson Correa, Alejandro Ponce y José Cabezas. Dice el testigo: En mi denuncia no se menciona; **a.2.- Testimonio de JORGE RODRIGO ORTIZ BARRIGA**, a quien el representante de la Fiscalía pregunta: Cuál es su profesión. Responde el testigo: Abogado. Pregunta: Qué cargo ocupó en la Superintendencia de Bancos a 4 octubre 2001. Responde el testigo: Fui invitado a la Superintendencia de Bancos en el 2001 cuando desempeñaba funciones en la Corte Superior de Quito, y laboré desde 2001 hasta 2002 en dicha entidad en comisión de servicios. Al 4 de octubre de 2002 desempeñé la función de Director Nacional de Asuntos Judiciales de la Superintendencia de Bancos a más que se me delegó hacer conocer indicios que pudieran constituir infracciones de carácter financiero. Pregunta: Usted conoce este oficio que le presento. El testigo responde: La firma y rúbrica es mía. Pregunta: Qué errores encontró en la constitución del fideicomiso. Responde el testigo: No hice otra cosa que transcribir informes emitidos por los señores Intendente de Supervisión de Instituciones Financieras e Intendente Nacional Jurídico, voceros de la Superintendencia de Bancos, y cumplí haciendo conocer a la Fiscalía del Estado los indicios que pudieran demostrar la comisión de errores financieros. Lo que puedo decir en relación a las irregularidades es que conocí de préstamos subordinados que otorgó Filanbanco al Banco del Pacífico y como consecuencia de estos sobregiros que no fueron pagados por las acciones que tenían los accionistas, se capitalizaron y pasaron a ser de propiedad del Banco el Pacífico y por ende de Filanbanco, cuyo único accionista era el Estado, es decir, que luego de la constitución de este fideicomiso y al haberse demostrado que al patrimonio autónomo del fideicomiso se transfirieron activos diferentes, se perjudicó al Banco del Pacífico y por ende a Filanbanco y al Estado. El señor Presidente de la Sala, pregunta: Detectó irregularidades de carácter financiero. Responde el testigo: Yo no, quienes detectaron y me hicieron conocer fueron los intendentes de Supervisión de Instituciones Financieras e Intendente Nacional Jurídico, Pregunta: Se encontró algún indicio de responsabilidad penal. Responde el testigo: En mi informe no se habla ni del delito ni de persona alguna a quien se pudiera imputar la comisión del delito, de los exámenes de auditoría se detectaron infracciones. El ingeniero Jorge Gallardo, formula las siguientes preguntas: Diga usted la fecha en que se incorporó como funcionario de la Superintendencia de Bancos. Responde el testigo: El 23 de abril de 2001. Pregunta: Antes de trabajar en la Superintendencia de Bancos, qué cargo ocupaba. Contesta el testigo: Fui Ministro Juez de la Corte Superior de Quito. Pregunta: Quién solicitó sus servicios profesionales. Contesta el testigo: Concurrieron dos funcionarios a visitarme en la

Corte Superior de Justicia de Quito y me pidieron que fuera a trabajar en la Dirección de Asuntos Judiciales, uno de ellos era el doctor Diego Navas. Pregunta: Para ocupar su nuevo cargo en la Superintendencia de Bancos renunció a su antiguo trabajo. Responde el testigo: No, porque fui en comisión de servicios. Pregunta:Cuál era su experiencia previa en aspectos bancarios y financieros. Responde el testigo: A la fecha en que fui a trabajar, cerca de 30 años, en temas bancarios y financieros, ninguna. Pregunta: En el oficio DNAJ-152 que usted suscribió denunciando el supuesto ilícito, ese documento fue elaborado por usted. El testigo dice: En parte, se me presentó un documento firmado por los señores intendentes de Supervisión de Instituciones Financieras e Intendente Nacional Jurídico. Como era delegado del señor Superintendente de Bancos para hacer conocer los hechos a la Fiscalía General, revisé y cambié cierta parte del texto. El ingeniero Gallardo dice que con fecha 8 de octubre de 2001 el testigo envía otro oficio a la Fiscalía (dando lectura textual), y pregunta: Usted hizo suyos los documentos presentados por los intendentes de Supervisión de Instituciones Financieras y Jurídicos. Responde el testigo: Entiendo que los intendentes son la voz oficial y los encargados de revisar los informes de auditoría y me hicieron conocer que habían irregularidades que probablemente perjudicarían al Estado e hice conocer de acuerdo al Art. 93 de la Ley Orgánica de Instituciones Financieras, como delegado del Superintendente de Bancos. A mí no me correspondía evaluar lo que decían los señores intendentes que seguramente revisaron todo, solo los acogí y envié a la Fiscalía. Pregunta: Cuando suscribió el documento revisó las cifras que le entregaron los intendentes. Contesta el testigo: No lo hice porque no era mi facultad. Pregunta: No conoció que el economista Pedro Delgado envió una comunicación al Banco del Pacífico ordenándole reversar las pérdidas. Contesta el testigo: No conocía. El doctor Aguilar, interviene y pregunta: Usted ha dicho que no le correspondía saber si era verdad lo que le habían informado los intendentes, debía confirmar la información sí o no. Responde el testigo: Preparé el documento enviado a la Fiscalía General y lo remití al señor Superintendente de Bancos quién me dio la anuencia, entiendo que él es un hombre versado en temas financieros, eso consta por escrito. Pregunta: Podría dar los nombres de las personas que suscribieron el informe. Responde el testigo: Alejandro Maldonado, Rodrigo López Espinoza, Miguel Dávila Castillo. Pregunta: Los documentos que firmó se los pongo a la vista, usted ha dicho que en ninguna parte habla de la comisión del delito de peculado. Responde el testigo: Así es, dice que hay indicios de infracciones financieras, no me correspondía tipificar el delito. Pregunta: En estos documentos establece que el ingeniero Gallardo, el doctor Macías Hurtado o los demás imputados fueron responsables de ese delito. Contesta el testigo: Ya contesté, en ninguna parte del documento dice el nombre de ninguna persona. El doctor Echeverría formula las siguientes preguntas: Se ratifica en el informe. Dice el testigo: Me ratifico en todo, no recuerdo fechas ni cantidades porque han pasado más de nueve años. Pregunta: La Junta Bancaria dijo que la Superintendencia de Bancos no tenía facultades para autorizar o negar operaciones bancarias. Dice el testigo: Eso es lo que había resuelto la Junta Bancaria. El doctor Andrade interviene y pregunta: Usted no tuvo conocimiento, no revisó los documentos de este informe. Responde el testigo: De alguna manera tuve conocimiento y aunque no elaboré se me presentó un proyecto e hice

algunas modificaciones. Pregunta: Tiene conocimientos de contabilidad y auditoría que le permitieran conocer y revisar las cifras. Responde el testigo: No. Pregunta: Usted entonces no podría decir si las cifras eran exactas, pueden sustentarse. Responde el testigo: Son transcripciones. Pregunta: En este informe se habla de indicios de responsabilidades pero no puede sustentarlo, puede afirmar o defender tales indicios que aduce. El testigo dice: Se desprende de la información que recibí de los señores intendentes. Pregunta: Hablé de perjuicios, determine qué perjuicios iba a sufrir el Estado Ecuatoriano. El testigo dice: Conocí que se constituyó un fideicomiso y se transfirieron activos diferentes a los que resolvió la Junta General de Accionistas, debían ser activos castigados a una fecha pero se transfirieron activos a junio 30 de 2000 estos activos tenían garantías y tenían calificación de A, B, C y no E que era cartera perdida, esos son los que debieron transferirse a 18 de octubre de 1999. Pregunta: Qué perjuicio, determine. Responde el testigo: Desconozco; **a.3.- Testimonio de RODRIGO FRANCISCO LOPEZ ESPINOZA**, a quien el representante de la Fiscalía pregunta: Indique su profesión. Responde el testigo: doctor y abogado. Pregunta: Qué cargo ocupó en la Superintendencia de Bancos al 4 de octubre de 2001. Responde el testigo: Intendente Nacional Jurídico. Pregunta: Hizo un estudio del fideicomiso mercantil. Contesta el testigo: Se presentó un informe. Pregunta: Indique si suscribió este informe emitido en oficio de 4 de octubre de 2001. Responde El documento que se me pone a la vista lo suscribí. Pregunta: Indique los puntos principales referentes a este informe. Responde el testigo: Han pasado muchos años, no tengo elementos como para recrear lo que está en el informe, me ratifico en él. El doctor Aguilar, pregunta: Quien firmó ese documento. Responde el testigo: Miguel Dávila, Alejandro Maldonado y quien habla, Intendente Jurídico. Pregunta:Cuál era su especialidad como Intendente Nacional Jurídico. Responde el testigo: Director del Área Jurídica que tiene como objetivo emitir criterios jurídicos puestos a su consideración por la Junta Bancaria que es el organismo de regulación. Pregunta: En aquella época cuál era su relación de jerarquía con el doctor Jorge Ortiz. Contesta el testigo: No recuerdo si a la fecha de presentar el informe tenía línea directa de reporte. Pregunta: El doctor Ortiz dijo que usted preparó los documentos que se presentaron a la Fiscalía General. Contesta el testigo: No recuerdo. Pregunta: Ordinariamente era usual que la Intendencia Nacional Jurídica generara un documento para que Procuración lo firmara. Responde el testigo: No era usual, la Superintendencia tenía la obligación de hacer conocer a la Fiscalía de cualquier hecho relevante, y en ese contexto se dio la noticia a la Fiscalía. Pregunta: Recuerda haber entregado a la Procuración Judicial un documento donde solo debía firmarlo y remitirlo a la Fiscalía. Responde el testigo: No recuerdo. Pregunta: En lo que usted recuerde, existe expresamente que en la constitución de fideicomiso haya indicios de constitución de un delito de peculado. Contesta el testigo: No mencionamos que en la constitución del fideicomiso haya indicios de peculado. Pregunta: Ustedes cuestionaron la legalidad de la constitución del fideicomiso. El testigo dice: No. Pregunta: Dónde era su observación. Dice el testigo: Respecto de los activos que se transfirieron los cuales eran distintos a los que dispuso la Junta General de Accionistas que debían ser con calificación E. Pregunta: Sabe cada cuanto se hace la calificación. Responde el testigo: No tengo ese dato. Pregunta: Quién tenía la responsabilidad dentro del Banco

de determinar que activos se transferirían al fideicomiso. Responde el testigo: No recuerdo la estructura orgánica del Banco. Pregunta: Se revisó el estatuto para hacer el informe. Responde el testigo: No recuerdo. Interviene el doctor Vanegas quien pregunta: De qué personas vinculadas al Banco del Pacífico se transfirió al fideicomiso esa cartera del banco para causar un perjuicio. Responde el testigo: No recuerdo el nombre de los deudores del Banco del Pacífico cuya cartera fue transferida. Pregunta: En su informe se establece alguna responsabilidad al Directorio del Banco del Pacífico. Responde el testigo: El informe describe un hallazgo, un hecho, no determina responsabilidades porque no es competente para hacerlo. Pregunta: Entre las funciones del Directorio estaba transferir algún tipo de cartera. El testigo contesta: No recuerdo. Pregunta: Hizo un estudio del fideicomiso. Responde el testigo Sí. Pregunta: Conoce la relación de la Compañía Amazonas Cía. de Seguros, Enrique Gómez, Ana María Borero, Santiago Serrano Puig con Banco del Pacífico o Filanbanco. El testigo dice: No recuerdo. Continuando con el trámite, la doctora Gilda Benítez interviene y pregunta: Dentro del proyecto que realizó pudo detectar en forma directa que los señores Correa, Ponce o Cabezas, fueron quienes dieron consentimiento directo para esa transferencia. Responde el testigo: No recuerdo. Toma la palabra el doctor Andrade quien pregunta: La Junta General del 18 de noviembre de 1999 decidió la constitución del fideicomiso, en dicha junta se determinó que el Directorio se encargara de regular la comisión del fideicomiso y la persona que debía encargarse de la transferencia de los activos, recuerda si algún miembro del directorio participó directa o indirectamente en la transferencia de los activos del fideicomiso. Contesta el testigo: No recuerdo. Pregunta: Quién hizo la transferencia de los activos. Responde el testigo: No recuerdo; **a.4.- Testimonio de GUILLERMO MALDONADO GARCIA**, a quien el señor Fiscal, pregunta: Indique cuál es su profesión. Responde el testigo: Ingeniero Comercial. Pregunta: Qué cargo ocupó en el 2001. Responde: Intendente de Supervisión de Instituciones Financieras. Pregunta: Realizó el estudio de Filanfondos. Responde el testigo: Fue un equipo el que realizó el trabajo. Pregunta: Reconozca el documento que se le pone a la vista. Responde el testigo: Sí lo suscribí. Pregunta: Indique lo principal del estudio que realizó. Responde el testigo: El equipo de trabajo fue el que realizó el informe, ha pasado tanto tiempo que no recuerdo los hechos. Me ratifico en el oficio. Pregunta: Indique las personas que estaban involucradas. Responde el testigo: No recuerdo las personas que estaban involucradas. Pregunta: Indique si la cartera era distinta a la entregada por los accionistas. Responde el testigo: Me ratifico en el informe. El doctor Aguilar toma la palabra y pregunta: Qué cargo desempeñaba. Contesta el testigo: Intendente de Bancos. Pregunta: Revisó los documentos. Contesta el testigo: Sí. Pregunta: Conocía que el economista Pedro Delgado ordenó reversar las pérdidas y ganancias Responde el testigo: Me ratifico en el informe. Pregunta: Previo el informe técnico hizo el informe de la cartera. Responde el testigo: Me ratifico en el informe. Pregunta: Conocía si el Banco del Pacífico tenía que revertir capital. Contesta el testigo: Me ratifico en el informe. Pregunta: Expresó en alguna parte que se hubieran encontrado en la constitución del fideicomiso indicios de la comisión del delito de peculado. El testigo dice: No. Pregunta: Usted dijo que el doctor Macías Hurtado haya tenido participación en la comisión del delito de peculado

Responde el testigo: Me ratifico en el informe. Toma la palabra la doctora Gilda Benítez, quien solicita que se dé lectura del Art. 134 de Código de Procedimiento Penal y acto seguido pregunta: Determine las personas y calidades de autores y partícipes de esta infracción. Responde el testigo: No recuerdo. Pregunta: Alejandro Ponce, José Cabezas y Wilson Correa firmaron el fideicomiso. Responde el testigo: No recuerdo. Pregunta: Estaban en condición de firmar el fideicomiso. El testigo dice: No recuerdo. Interviene el doctor Echeverría, quien pregunta: Diga si el fideicomiso se constituyó con Filanbanco o con Filanfondos. Contesta el testigo: No recuerdo. El doctor Andrade, toma la palabra y pregunta: Diga si usted suscribió este informe. Responde el testigo: Sí. Pregunta: Por qué razón suscribió el informe. Responde el testigo: Fue mi autoría. Pregunta: Revisó la contabilidad del Banco del Pacífico. Responde el testigo: No. Pregunta: Quién realizó. Contesta el testigo: El equipo de trabajo. Pregunta: Usted se basó en datos proporcionados por terceros. Contesta el testigo: Se hizo en base del estudio que hizo el equipo de trabajo. Pregunta: Pudo determinar algún tipo de responsabilidad de las personas hoy encausadas. Responde el testigo: En realidad no; **a.5.- Testimonio de MIGUEL RODRIGO DÁVILA**, a quien el señor Fiscal Subrogante, pregunta: Sírvase indicar qué funciones cumplió en la Superintendencia de Bancos al mes de octubre de 2001. Responde el testigo: Fui Superintendente de Bancos. Pregunta: Indique si los oficios que le pongo a la vista fueron suscritos por usted. Responde el testigo: Sí. Pregunta: Explique la razón para enviar los oficios. El testigo dice: Se llegó a determinar que los activos trasferidos al fideicomiso no correspondían a los que dispuso la Junta de Accionistas del Banco del Pacífico y podía causar daños al Estado, por eso se expidieron esos oficios, para pedir que se reversen esas acciones. Pregunta: Indique si es su firma la que consta en el documento que se le pone a la vista. Responde el testigo: Sí. Pregunta: Usted ha dado explicación concreta, sírvase indicar qué conoce de la constitución el fideicomiso mercantil 93BP. Responde el testigo: Se realizó una junta de accionistas del Banco del Pacífico en la que se dispuso el castigo de capital y la creación de este fideicomiso al que debían ser trasferidos los activos castigados al cien por cien para cubrir en primer lugar un bache patrimonial, en segundo lugar debían beneficiar al propio Banco del Pacífico, y en tercer lugar a los antiguos accionistas del Banco. Con las investigaciones se determinó que los activos no correspondían Pregunta: Cuáles activos se transfirieron El testigo dice: Se transfirieron no los activos que representaban una pérdida sino otros diferentes, activos que al momento de la investigación se determinó que tenían garantías, por lo que se presume tenían un valor diferente a los otros. Interviene el ingeniero Gallardo, preguntando: Conocía que el fideicomiso fue decidido en la Junta General Extraordinaria de Accionistas del Banco del Pacífico. Responde el testigo: Sí. Pregunta: Por recomendación del asesor jurídico del Banco del Pacífico doctor Alfonso Trujillo Bustamante enviamos una solicitud a la Superintendencia de Bancos para que nos autorice la constitución del fideicomiso y ésta lo negó por no encontrarse en saneamiento, el 14 de marzo de 2000 se niega por el mismo motivo. Diga con qué frecuencia se efectúan las evaluaciones de la cartera riesgo de Los Bancos. Responde el testigo: Trimestralmente. Pregunta: Si un activo en el mes de septiembre de 1999 tenía provisiones y ese mismo activo al mes de junio de

2000 se había deteriorado en su calificación de riesgo, con qué valor usted hubiera aportado ese activo. Responde el testigo: Lo hubiera hecho de acuerdo a lo que dispone la Junta Bancaria. Los activos se aportaban al valor nominal. Pregunta: El fideicomiso se tenía que constituir por el monto de las provisiones creadas y no por el valor nominal. Respuesta del testigo: Es correcto. El doctor Aguilar, pregunta: En cualquiera de los dos oficios logró establecer usted o la Superintendencia de Bancos que hayan encontrado indicios de peculado. El testigo contesta: No. El doctor Echeverría formula la siguiente pregunta: Diga que según las normas contables las utilidades o pérdidas en valores fiduciarios se registran cuando se venden o traspasan y no antes. Contesta el testigo: Hay varias formas de contabilización. Pregunta: La Junta General de Accionistas acordó crear el fideicomiso y éste se realiza en noviembre de 1999. El testigo dice: Sí. Intervención del doctor Andrade, quien pregunta: La Superintendencia de Bancos cuando revisó el fideicomiso encontró algún tipo de irregularidad en relación con los Directores del Banco del Pacífico. Contesta el testigo: Que recuerde, no. Pregunta: En el informe no nombran a los directores del Banco. Responde el testigo: Es correcto. Pregunta: Que pasó con la cartera del fideicomiso. Responde el testigo: Regresó al Banco del Pacífico. Pregunta: Encontraron algún desvío de fondos en beneficio de los constituyentes, directores o fiduciaria. Responde el testigo: No. Preguntas de la doctora Gilda Benítez, defensora de oficio: Indique si las siguientes personas dieron autorización para que se instaure el fideicomiso: Wilson Correa, Alejandro Ponce y José Cabezas. Dice el testigo: No que yo sepa. El señor Presidente de la Sala toma la palabra y pregunta: Conoce que los bienes que estaban en el fideicomiso fueron devueltos al Banco del Pacífico. Dice el testigo: Sí. Pregunta: Qué perjuicio causó el fideicomiso al Estado o a particulares. Responde el testigo: Una vez que se deshizo el fideicomiso no hubo afectación; **a.6.- Testimonio de LOURDES MARIA BAQUERIZO BLUM**, de 48 años de edad, de estado civil casada, de profesión economista, con C.I. 090774229-0, a quien el señor Fiscal pregunta: Indique cuál es su profesión. Responde la testigo: Economista. Pregunta: Indique en qué fecha ingresó a laborar en el Departamento de Administración de Riesgos del Banco del Pacífico. Responde la testigo: En el mes de septiembre del 2000. Pregunta: Indique que función ocupaba en el Banco del Pacífico a la firma del fideicomiso. Contesta la testigo: Gerente de Riesgos. Pregunta: Indique si el memorando BPAR-115-2000 dirigido al doctor Roberto Ordoñez Puente que se lo pone a la vista de fecha 19 de junio de 2001 fue suscrito por usted. Responde la testigo: Sí. El representante de la Fiscalía solicita dar lectura del indicado memorando por Secretaría. Pregunta: Indique el nombre del Presidente Ejecutivo del Banco del Pacífico al que entregó los documentos. Responde la testigo: Ingeniero Jorge Gallardo. Pregunta: Indique si la cartera que se entregó al fideicomiso fue la cartera al 19 de octubre de 1999 o al mes de junio de 2000. Responde la testigo: La cartera que se entregó al fideicomiso estaba cien por ciento provisionada a octubre de 2000. El ingeniero Jorge Gallardo, hace las siguientes preguntas: Diga usted si el representante legal de una institución financiera forma parte de calificación de activos de riesgos. Responde la testigo: No forma parte. Pregunta: Usted declaró que presentó dos opciones y que escogió la que dio lugar al fideicomiso. Dice la testigo: Sí. Pregunta: En su declaración a la Fiscalía dijo que no se aportó esos

otros activos porque no eran viables. Responde la testigo: Si es correcto; **a.7.- Testimonio de GALO ROBERTO ORDÓÑEZ PUENTE**, a quien el señor Fiscal Subrogante formula las siguientes preguntas: Indique su profesión. Responde el testigo: Masterado en administración de empresas. Pregunta: Indique en qué fecha ingresó a laborar al Banco del Pacífico. Responde la testigo: Octubre del 2000. Pregunta: Qué función desempeñaba en el Banco del Pacífico. Contesta el testigo: Auditor General del grupo financiero y auditor interno del Banco del Pacífico. Pregunta: Indique si el informe que se le presenta referente al fideicomiso de ex accionistas del Banco del Pacífico al 21 de octubre de 2000 de 17 de abril de 2001 junto con sus anexos son de su autoría. Responde el testigo: Sí, efectivamente. Pregunta: Informe que este informe de auditoría es en torno al fideicomiso de activos de ex accionistas del Banco del Pacífico. Dice el testigo: Efectivamente. Pregunta: Indique el nombre de las personas que participaron en la instrumentación del fideicomiso 93BP. Responde el testigo: Junta de accionistas, el Directorio, la Presidencia Ejecutiva del momento integrada por el ingeniero Jorge Gallardo, los diferentes ejecutivos de los departamentos, Contabilidad, departamento Legal y Operativo, y el Administrador de Fondos que recibió el patrimonio. Pregunta: Indique del análisis que realizó si los activos que se transfirieron al fideicomiso 93BP fueron los que la Junta General determinó. Contesta el testigo: Consta en el informe que no todos los activos. Me remito al informe. Pregunta: Diga qué personas debieron aprobar la cartera que fue transferida al fideicomiso 93BP. Dice el testigo: En última instancia la Presidencia Ejecutiva. Pregunta: Indique el nombre. Contesta el testigo: En ese momento el ingeniero Jorge Gallardo. Toma la palabra entonces el ingeniero Gallardo, quien pregunta: En su informe de auditoría evalúa cartera por valor de 78.133.008 millones. Responde el testigo: Correcto. Pregunta: Esa cartera a octubre tenía diferentes calificaciones. Responde el testigo: Correcto. Pregunta: De acuerdo al análisis que realiza a 18 de octubre de 1999, en esa cartera había provisiones por 50 millones. Responde el testigo: Está en el informe. Pregunta: Era miembro de la Comisión de Calificación de Activos de Riesgo. El testigo responde: No. El doctor Andrade hace las preguntas siguientes: Quiénes conformaban la Comisión Calificadora de Activos de Riesgos. Responde el testigo: El Departamento de Administración de Riesgos, la Presidencia. Pregunta: Los miembros del Directorio eran parte de esta Comisión. Responde el testigo: Finalmente era el Directorio quien aprobaba la calificación. Pregunta: El momento que se hace la transferencia de los activos, qué calificación tenían esos activos. Dice el testigo: Me remito al informe, ahí consta. Pregunta: Era cartera que se había deteriorado la que se transfirió. Contesta el testigo: Sí. Pregunta: El equipo técnico que dispuso la transferencia de esa cartera por quién estuvo conformado. Responde el testigo: Departamento de Calificación de Riesgos. Pregunta: Usted estuvo en el banco cuando se reversó el fideicomiso. Responde el testigo: Sí. Pregunta: Toda la cartera se devolvió. Contesta el testigo: Toda la cartera fue devuelta. La doctora Benítez, defensora de oficio, hace las siguientes preguntas: En su calidad de auditor, cuáles son las personas que formaron parte del Directorio. Responde el testigo: No recuerdo. Pregunta: Estaban elegidas por votación. El testigo manifiesta: Por la Junta de Accionistas. Pregunta: Usted recuerda si estas personas se posesionaron con acto legal. Responde el

testigo: No recuerdo. Pregunta: Con relación a los señores Wilson Correa, Alejandro Ponce y José Cabezas, qué papel desempeñaban dentro del fideicomiso. Responde el testigo: Ninguno, porque el único que actúa es el administrador de fondos. Pregunta: Quién era el administrador. El testigo contesta: Filanfondos. Pregunta: Era una empresa distinta. Contesta el testigo: Sí. El señor Fiscal interviene y pregunta: Cuándo se entregó la cartera usted manifestó que se lo hizo íntegramente, pero en el oficio CDS067 se transfiere el fideicomiso pero se determina un faltante de 186.697 dólares, conocía de eso. Responde el testigo: Estaba en análisis, pero no recuerdo la disposición, aparentemente podía haber sido una mala apreciación en el traspaso. Pregunta: Se entregó menos o no. Dice el testigo: Sí, se entregó menos; **a.8.- Testimonio de ROSA MARIA HERRERA DELGADO**, a quien La Fiscalía pregunta: Indique su profesión. Responde la testigo: Economista. Pregunta: Indique si el oficio que se le pone a la vista de 16 de octubre de 1999 dirigido al señor ingeniero Gallardo Zavala, fue suscrito por usted. Responde la testigo: Así es. Se solicita dar lectura por Secretaría del documento de la referencia. Pregunta: Indique a qué conclusión técnica dentro en sus funciones llegó usted. Responde la testigo: Uno de los conceptos básicos era que la solvencia del Banco del Pacífico estaba en menos de lo legal. Pregunta: Conoció la constitución del fideicomiso del Banco del Pacífico y Filanfondos. Responde la testigo: Conocí el inicio, es decir, la decisión de la Junta General de Accionistas de conformar un fideicomiso. Pregunta: Indique si conoce el nombre de las personas que participaron en la conformación del fideicomiso. Responde la testigo: No llegué a conocer lo del fideicomiso, mi gestión concluyó en los primeros días de diciembre de 1999. Pregunta el ingeniero Gallardo: Las auditorías internacionales se hicieron a todos los Bancos a 31 de marzo de 1999. Responde la testigo: Sí. Pregunta: Con ese oficio me hace conocer e resultado de las auditorías. Contesta la testigo: Sí. Pregunta: El 16 de octubre de 1999 en oficio que me dirige determina que hay que hacer otros ajustes sí o no. Contesta la testigo: Sí, se incluye otros ajustes además de los de la auditoría internacional pues la facultad de la Superintendencia está de hacerlo en cualquier momento. Pregunta: Los préstamos subordinados se capitalizaron el 26 de octubre de 1999. Responde la testigo: No recuerdo exactamente la fecha. Pregunta: En ese acto se firmo la fusión entre el Banco Continental y el Pacífico. La testigo dice: No recuerdo exactamente, pero con el castigo de capital debió hacerse la fusión prevista. Pregunta: El 26 de octubre se capitalizaron los créditos subordinados. Responde la testigo: Sí, es correcto; **a.9.- Testimonio de JORGE EDUARDO GUZMÁN ORTEGA**, a quien el señor Fiscal pregunta: Indique qué función cumplió en la Superintendencia de Bancos al mes de julio de 1999. Responde el testigo: Era Superintendente de Bancos y Seguros. Pregunta: Indique si el oficio que se le pone a la vista fue suscrito por usted. Responde el testigo: Sí. Solicita la Fiscalía que se de lectura por Secretaría del documento, posteriormente pregunta: Indique en detalle el contenido del oficio al que se dio lectura. Responde el testigo: en virtud de que se había concluido con las auditorías internacionales hechas a todo el sistema financiero sobre los activos, me correspondió notificar al Banco del Pacífico para que se procedan a realizar los ajustes correspondientes. Pregunta: Indique qué ajustes ordenó hacer al Vicepresidente Ejecutivo del Banco del Pacífico en relación a las

auditorías. Contesta el testigo: No recuerdo con precisión todos los ajustes, pero lo que se indica es lo que se instruyó por parte del Superintendente de Bancos. No sé decir exactamente qué cuentas debieron afectarse para cumplir con los requerimientos de las auditorías internacionales. El doctor Aguilar toma la palabra y pregunta: Indique hasta que fecha fue Superintendente de Bancos. Responde el testigo: Hasta el 31 de enero de 2000. Pregunta: Durante su gestión fue informado por alguna de las dependencias de la Superintendencia de Bancos por irregularidades cometidas por el Directorio del Banco del Pacífico en la constitución del fideicomiso 93BP. Responde el testigo: No; **a.10.- Testimonio de ISABEL MARIA GONZALEZ GARCÍA**, a quien el señor Fiscal Subrogante, pregunta: Indique cuál es su profesión. Responde la testigo: Economista Pregunta: Indique el tiempo durante el cual se desempeñó en la calidad de Vicepresidente de Riesgos en el Banco del Pacífico. Responde la testigo: aproximadamente un año. Pregunta: Indique si el memorando que se le pone a la vista pertenece a su autoría. Contesta la testigo: Sí. La Fiscalía solicita se de lectura del mismo por Secretaría. Pregunta: Indique y explique los criterios de selección y la metodología utilizada referente a la constitución del fideicomiso mercantil que se hizo con activos del banco a favor de los ex accionistas, por un valor patrimonial igual al de los ajustes contables dispuestos y ordenados por la Superintendencia de Bancos. Responde la testigo: La administración que manejaba el banco en ese momento me comunicó la contratación de una empresa para la selección de activos castigados, se revisaron con Asesoría Jurídica los aspectos jurídicos que deberían considerarse en este proceso, de acuerdo con la empresa VILOVI debíamos referirnos al 18 de octubre de 1999 y revisar los activos que fueron castigados. Considerando la dinámica de las operaciones que cambian producto de abonos, cancelaciones, no era posible determinar cuál era el saldo. Producto de ese levantamiento de información dio lugar a que debían transferirse todos los activos castigados. En dicho informe la corrida de información, los saldos y garantías de los activos que podían estar relacionados con otros activos no relacionados con el castigo, se hizo a marzo 31. Pregunta el ingeniero Jorge Gallardo: Usted ocupó el cargo antes que la economista Lourdes Baquerizo. Responde la testigo: Sí. Pregunta: El informe técnico que se leyó con la economista Baquerizo es el informe final. Responde la testigo: En definitiva el informe de la economista Baquerizo no es el mismo porque trabajé con datos de 8 de octubre de 1999 pero con registro a marzo 31 y el de la economista Baquerizo a junio. Pregunta: Yo era Presidente Ejecutivo a esa época. Responde la testigo: No. Pregunta: Usted no se reunió conmigo para este particular. Responde la testigo: No. El doctor Vanegas toma la palabra y pregunta: Si su informe es a 31 de marzo de 2000, se reunió con el Presidente del Banco para tratar este tema. La testigo contesta: La jerarquía no me lo permitía. Pregunta: No necesariamente el señor Handel Adoum notificó al Directorio de su informe. Responde la testigo: No; **a.11.- Testimonio de FIDEL ENRIQUE MIRANDA RODRIGUEZ**, a quien el señor Fiscal pregunta: Indique en fecha ingresó a laborar al Banco del Pacífico. Responde el testigo: En junio 26 de 1972. Pregunta: Cuáles fueron sus funciones en el Banco del Pacífico. El testigo dice: En resumen elaboración de chequeras, asistente de contabilidad, de cuenta corriente, Jefe de Sección, Gerente, Vicepresidente. Pregunta: En esta escala de funciones,

indique cuál fue su participación en la constitución del fideicomiso mercantil 93BP. Responde el testigo: Estuvo ejecutado, se me remitió una base de datos de clientes definidos en el fideicomiso y se me pidió que calcule los intereses de una fecha a otra. Una parte se hizo por medio del sistema y otra manual. Interviene el ingeniero Jorge Gallardo y pregunta al testigo: Era Gerente de Operaciones del Banco del Pacífico a la fecha, qué hace el departamento del Banco. Responde el testigo: Ejecutamos las disposiciones dentro del marco de las políticas de procedimiento. Pregunta: Tuvo conocimiento de los asientos contables que dieron lugar a los castigos de los activos. Dice el testigo: No. Toma la palabra el doctor Vanegas y formula las siguientes preguntas: Alguna ocasión algún miembro del Directorio le pidió hacer alguna transferencia al fideicomiso. Responde el testigo: No. Pregunta: Había una relación directa de algún miembro del Directorio para sugerir transferencias. Responde el testigo: No. **b)** Con la misma finalidad de probar los cargos contra los imputados la Fiscalía presenta la siguiente **prueba documental:** Informe referente al Banco del Pacífico y los estados financieros a 31 de diciembre 1998 e informe de auditores independientes de la auditora Deloitte & Touche - el doctor Aguilar manifiesta que el informe no tiene firma de responsabilidad y son estados financieros a 1998 y que no tienen certificación alguna-; copia de la Superintendencia de Bancos referente al convenio entre el Banco del Pacífico y el Banco Continental; copia del Acta de la Junta General de Accionistas del Banco del Pacífico, en el cual constan las personas que concurren a la misma; contrato de fideicomiso mercantil celebrado entre el Banco del Pacífico como constituyente y la compañía Filanfondos como la fiduciaria, en la Notaría del abogado Cesáreo Córdor Chiriboga, en la cual consta que comparece el ingeniero Jorge Gallardo Zavala; informe de la auditoría internacional de fecha 31 de marzo de 1999 de la firma Arthur Anderson donde indica que se deben realizar ciertos ajustes, especialmente que los accionistas pierdan el ciento por ciento de participación patrimonial; decreto por el cual el ingeniero Jorge Gallardo Zavala fue designado Ministro de Economía y Finanzas en el gobierno del doctor Gustavo Noboa Bejarano, esto para determinar la competencia de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia; copia de la escritura pública de la terminación del fideicomiso celebrada en Guayaquil el 19 de diciembre de 2001; nombramiento del señor ingeniero Jorge Gallardo suscrito por el economista Francisco Kozhaya, Presidente de la Junta de Accionistas del Banco del Pacífico; capitalización de los préstamos subordinados hechos por Filanbanco y que consta en la Notaría Quinta del Cantón Guayaquil de fecha 28 de octubre de 1999; registro de la dimisión de acciones a Filanbanco el - doctor Vanegas objeta toda la prueba presentada a excepción del nombramiento del ingeniero Jorge Gallardo-. **5.2. Testimonio del procesado JORGE EMILIO GALLARDO ZAVALA.-** Para el mismo fin de la exposición de los fundamentos en los que sustenta su hipótesis de defensa y relato circunstanciado de los hechos como de la petición y práctica de pruebas para justificar la posición de la defensa, el imputado ingeniero Jorge Emilio Gallardo Zavala, rindió su testimonio bajo juramento y en síntesis manifestó: que ha estado privado de su libertad por cerca de nueve años, sin poder ejercitar su derecho a la defensa en libertad tal como lo determina la Constitución Política del Estado. Efectúa una presentación técnica,

amplia, y documentada sobre la constitución del fideicomiso a favor de los ex accionistas del Banco del Pacífico con cartera castigada al 100%. En la presente exposición, dice, quedará en evidencia la forma de actuar de ciudadanos, que obedeciendo a consignas políticas, se prestaron para forjar un delito que nunca existió, con el propósito de retirarlo del cargo de Ministro de Economía y Finanzas y perseguirlo durante todo este tiempo. Acto seguido señala como antecedentes: que con fecha 21 de Mayo de 1999, Filanbanco le concedió al Banco del Pacífico un préstamo subordinado en efectivo por 5.127,400 millones de sucres, equivalente a US \$14.2 millones de dólares, a un año plazo y al 74.4% de interés anual; el 4 de agosto de 1999, Filanbanco le concedió un segundo crédito subordinado al Banco del Pacífico, esta vez en Bonos-AGD por US \$58'923,768 dólares a 15 años plazo con una tasa de interés del 12% anual, indicando que los dos préstamos sirvieron para que el Banco del Pacífico pueda contar con el patrimonio técnico establecido por la ley para operar. Que el Presidente Ejecutivo del Banco del Pacífico era el señor Arturo Quiroz. Continúa y señala que desde el mes de agosto de 1998, hasta el mes de julio de 1999, se encontraba en la Universidad de Harvard, invitado a participar como investigador asociado en el Centro de Estudios Internacionales, en donde al final del año académico publicó un trabajo de investigación sobre las crisis bancarias, financieras y económicas que se produjeron a partir de los años 1980, en Europa, América Latina y Asia. A su regreso al Ecuador, el señor Quiroz, a mediados de agosto de 1999, le contrató como Vicepresidente Financiero del Banco, y a finales del mes de septiembre de 1999, ante la renuncia del señor Quiroz pasó a hacerse cargo de la Presidencia Ejecutiva como encargado, es decir, que en las fechas en que se otorgaron los dos préstamos subordinados concedidos por Filanbanco al Banco del Pacífico, el Presidente Ejecutivo del Banco era el señor Arturo Quiroz. Que el 17 de junio de 1999, meses antes de que entrara a laborar en el Banco, las firmas auditoras internacionales enviaron a la AGD y a la Superintendencia de Bancos los resultados de las auditorías realizadas a los Estados Financieros de todos los Bancos cortados al 31 de marzo de 1999. Se refiere acto seguido a los castigos al Banco del Pacífico: señalando que como resultado de las auditorías internacionales a los Estados Financieros cortados al 31 de marzo de 1999, se le ordenó castigar la cantidad de US \$ 71'227,537 dólares. Se refiere a otros castigos al Banco, indicando que mediante Oficio No. INBGF-99-3566. de fecha 16 de octubre de 1999, la Superintendencia de Bancos ordenó al Banco del Pacífico castigar contra el patrimonio de los ex accionistas, además de los ajustes resultantes de la auditoría internacional con corte al 31 de marzo de 1999; otros dos ajustes, los llamados Otros Ajustes por US \$18'112,049 dólares, y S/.407,498 millones de sucres equivalente a US \$25'479,772 dólares, producto de las pérdidas acumuladas de enero a septiembre de 1999, recalando que la cifra de S/.407,498 millones de sucres correspondientes a las pérdidas acumuladas de enero a septiembre de 1999, porque esta cifra, como se probará más adelante, fue manipulada de manera fraudulenta por funcionarios de la Superintendencia de Bancos, y por el Ministerio Fiscal, para hacer aparecer un perjuicio al Estado que nunca existió. Acto seguido presenta gráficamente los resultados de los diversos ajustes ordenados por la Superintendencia de Bancos mediante oficio No. INBGF-99-3566. Indica que el resumen de las

cifras expuestas se contraen a: que los castigos al 31 de marzo de 1999 debido a las auditorías internacionales por US \$71'227,537 equivalen al 62.0% del total de los castigos; que los otros castigos hasta el 16 de octubre de 1999 por US \$18'112,049 equivalen al 15.8% del total de los castigos; y, que las Pérdidas Acumuladas de Enero-Septiembre de 1999: US \$25'479,772 equivalen al 22.2% del total de los castigos. Mediante otra gráfica el ingeniero Gallardo señala que la Superintendencia de Bancos mediante oficio INBGF-99-3566 del 16 de octubre de 1999, cuantificó el patrimonio de los ex accionistas en US \$80'502,532 y que los castigos ordenados por la Superintendencia de Bancos y no cubiertos por el Patrimonio de los Accionistas al 18 de Octubre de 1999 alcanzó un valor de US 34'316,826. A continuación se refiere a los asientos contables de los ajustes ordenados por la Superintendencia de Bancos mediante oficio INBGF-99-3566 de fecha 16 de octubre de 1999, los mismos que fueron debidamente asentados en los libros del Banco del Pacífico entre el 18 y 21 de octubre de 1999, castigando el patrimonio de los ex accionistas; que esos asientos contables hacen relación a los ajustes de las auditorías internacionales al 31 de marzo de 1999; a los otros ajustes cortados al 18 de octubre de 1999, y las pérdidas acumuladas de enero septiembre de 1999. Agrega el ingeniero Gallardo que queda claro de los documentos contables que procederá a entregar, que los asientos de los ajustes se realizaron entre los días 18 y 21 de octubre de 1999. Continúa y señala que mediante Escritura Pública de fecha 26 de octubre de 1999, es decir, cinco días después de haber hecho los asientos contables castigando el patrimonio de los ex accionistas, se suscribió un convenio de asociación entre los Bancos Continental y Pacífico para llegar posteriormente a una fusión; que en este mismo acto se decidió declarar de plazo vencido los préstamos subordinados otorgados por Filanbanco al Pacífico en mayo y agosto de 1999 en la administración del señor Arturo Quiroz, y capitalizarlos; que el asiento contable de la capitalización de los préstamos subordinados se realizó el 26 de octubre de 1999, conforme lo registra la copia autenticada de la cual hará entrega y, que el aumento de capital se registró en el Registro Mercantil de la ciudad de Guayaquil el 4 de noviembre de 1999, de acuerdo a la copia certificada de la escritura pública que también entregará posteriormente. Concluye de su exposición que con los documentos presentados, ha quedado demostrado que los ajustes ordenados por la Superintendencia de Bancos mediante oficio No INBGF- 99-3566 fueron realizados entre los días 18 y 21 de octubre de 1999, y la capitalización de los créditos subordinados otorgados por el Filanbanco al Banco del Pacífico en mayo y agosto de 1999, ocurrió el día 26 de octubre de 1999, de ahí que es falso aseverar, como en su momento aseveró la Superintendencia de Bancos y el Ministerio Fiscal, que los castigos ordenados por la Superintendencia de Bancos, se realizaron contra el capital representado por Filanbanco, ocasionándole de esa manera un perjuicio al Estado quien era propietario de Filanbanco por intermedio de la AGD, además estas dos instituciones mantienen en sus informes y providencias que las pérdidas acumuladas de enero a septiembre de 1999, se castigaron contra el capital que Filanbanco tenía en el Banco del Pacífico como resultado de la capitalización de los préstamos subordinados y no contra el capital de los ex accionistas, lo cual como se demostró es falso. Indica también el ingeniero Gallardo que

posteriormente, el 9 de noviembre de 1999, cuando en su calidad de Vice presidente Financiero del Banco del Pacífico estaba encargado de la Presidencia Ejecutiva del Banco del Pacífico, se realizó la Junta General Extraordinaria de Accionistas, para conocer la orden dada por la Superintendencia de Bancos para que se realicen los ajustes contra el patrimonio de los accionistas; que la Junta Extraordinaria decidió conformar un fideicomiso compuesto por activos castigados hasta por el monto del patrimonio de los ex accionistas determinado por la Superintendencia de Bancos mediante oficio INBGF-99-3566 de fecha 16 de octubre de 1999; que la propuesta de integración del fideicomiso la realizó, como consta en el acta de la sesión, el doctor Alfonso Trujillo Bustamante, Asesor Jurídico del Banco del Pacífico, y no por su persona como lo mantiene la Fiscalía. Acto seguido se refiere a la propuesta hecha por el Dr. Trujillo la misma que fue la siguiente: ***"Que los activos a ser transferidos en primer lugar, sean aquellos cuya calificación de riesgo hubiere dado lugar a una existencia de provisiones del 100%, y en caso de no ser estos suficientes para cubrir un valor igual al de las cuentas patrimoniales castigadas a octubre de 1999, para completar el valor faltante se transfieran al fideicomiso aquellos activos cuya provisión requerida haya sido inferior al 100%."***, es decir, que si no se llegare al monto del patrimonio de los ex accionistas con activos castigados al 100%, debería incorporarse activos con mejor calificación hasta completar el valor patrimonial. Agrega que el 10 de enero del 2000, la Superintendencia de Bancos ordenó a la administración del Banco del Pacífico revertir las pérdidas acumuladas de enero a septiembre de 1999, que habían sido contabilizadas el 21 de octubre de 1999, recalando que este hecho es sumamente importante y es mencionado de manera tangencial tanto en la denuncia hecha por la Superintendencia de Bancos al Ministerio Fiscal de fecha 4 de octubre del 2001, así como en la instrucción fiscal de fecha 10 de octubre del 2001. Dice también que en efecto, el 10 de Enero del 2000, la Superintendencia de Bancos mediante Oficio INBGF-2000-0038 ordenó a la administración del Banco del Pacífico revertir los S/.407,498 millones de sucres equivalente a U\$ 25'479,772 dólares de las pérdidas acumuladas de enero a septiembre de 1999, que habían sido contabilizados con fecha 21 de octubre de 1999 afectando el patrimonio de los ex accionistas, es decir, antes de la capitalización de los créditos subordinados por parte de Filanbanco hecho que se produjo el 26 de octubre de 1999, argumentando lo siguiente: "...en vista que la eliminación de resultados antes del cierre del ejercicio económico genera distorsiones a nivel de Banco y consolidado con sus subsidiarias que determinarían inclusive una salvedad en el dictamen a los estados financieros por parte de los auditores externos.". Manifiesta que esta conclusión de la Superintendencia de Bancos es técnicamente correcta, ya que al cierre del ejercicio económico y no antes del cierre, de acuerdo a la Ley de Tributación Interna, Artículo 24 que se refiere a la "Corrección Monetaria de los Estados Financieros" y Regulaciones de la Superintendencia de Bancos, los Estados Financieros de las empresas y Bancos, deben ser corregidos por inflación y por variaciones en el tipo de cambio al cierre del ejercicio para determinar los cambios operados en los activos no monetarios, pasivos no monetarios, y en el patrimonio. Indica que hay que tener presente que en el ejercicio económico del año 1999, la economía ecuatoriana no se encontraba dolarizada, y por consiguiente los estados

financieros de las empresas y Bancos tenían que ser corregidos por las variaciones experimentadas en el tipo de cambio. Al respecto dice que la corrección monetaria aplicada para todo el año 1999 dio como resultado una disminución de la cuenta de desvalorización del patrimonio en S/.401,721 millones de sucres, y un aumento en la cuenta de revalorización del patrimonio en S/.118,769 millones de sucres, dando un resultado positivo de S/.520,490 millones de sucres en las cuentas patrimoniales, que sirvieron para compensar las pérdidas de enero a septiembre de 1999 por S/.407,498 millones como se puede observar en el Balance del Banco del Pacífico cerrado al 31 de diciembre de 1999, cuya copia autenticada hará entrega. Seguidamente, el ingeniero Gallardo muestra un cuadro en el que constan las variaciones de las cuentas patrimoniales de octubre de 1999 a diciembre de 1999, el asiento de las pérdidas de enero a septiembre de 1999, y la corrección monetaria que no solamente sirvió para enjugar las pérdidas acumuladas, sino, arrojaron un superávit patrimonial de S/. 25,586 millones de sucres a favor del Estado. Se muestra también otro cuadro que contiene las pérdidas acumuladas de enero a septiembre de 1999, y que fueron registradas en el Balance del Banco del Pacífico y se volvieron a asentar a diciembre del mismo año por orden de la Superintendencia. Sigue su exposición el ingeniero Gallardo señalando que con fecha 4 de Febrero del 2000, es decir, después de la reversión de las pérdidas acumuladas de enero a septiembre de 1999 ordenada por la Superintendencia de Bancos el 10 de enero del 2000 por valor de s/.407/498 millones de sucres, equivalente a US \$25'819/358 dólares al cambio de la época, la Superintendencia de Bancos envió a la administración del Banco del Pacífico el Oficio No INBGF-2000-0318 negando la solicitud del Banco para constituir el fideicomiso aprobado en la Junta General Extraordinaria de Accionistas de fecha 9 de noviembre de 1999, argumentando que el Banco no estaba en saneamiento; que ante la insistencia del Banco, la administración recibió de la Superintendencia de Bancos con fecha 14 de marzo del 2000, el Oficio No INBGF-2000-0690 negando, por segunda ocasión, la constitución del fideicomiso y utilizando el mismo argumento, que el Banco no se encontraba en saneamiento, es decir, que cuatro meses después de la autorización de la Junta General de Accionistas para constituir el fideicomiso, éste no se había conformado por las negativas de la Superintendencia de Bancos; que finalmente, con fecha 1 de septiembre del 2000, la Junta Bancaria mediante Oficio No JB-2000-657 notificó al Banco del Pacífico que el recurso de revisión interpuesto fue aceptado, argumentando que la Superintendencia de Bancos no tiene atribución para autorizar o negar la celebración de un acto jurídico de naturaleza privada como es el fideicomiso mercantil, es decir, que desde la aprobación de la constitución del fideicomiso mercantil por parte de la Junta General Extraordinaria de Accionistas celebrada el 9 de noviembre de 1999, hasta la aprobación para su constitución por parte de la Junta Bancaria el 1 de septiembre del 2000, habían transcurrido casi 10 meses, y en ese lapso la Superintendencia de Bancos había ordenado el reverso del asiento contable que el 21 de octubre de 1999 había registrado las pérdidas acumuladas de enero a septiembre de 1999 contra el patrimonio de los ex accionistas, esto es, antes de la capitalización de los préstamos subordinados por parte de Filanbanco, hecho que se produjo el 26 de octubre de 1999. Dice que con documentos va a demostrar que la

corrección monetaria realizada para el año 1999, sirvió para enjugar las pérdidas de enero a septiembre de 1999 dejando el patrimonio del Banco y el capital pagado sin modificación. Pasa a referirse al monto del fideicomiso diciendo que en el Oficio No. INBGF-99-3566 de fecha 16 de octubre de 1999, la Superintendencia de Bancos cuantificó el monto del patrimonio de los ex accionistas y lo fijó en US \$ 80'502,532 dólares; que el monto de los ajustes de las auditorías internacionales con corte al 31 de marzo de 1999, ascendieron a la cantidad de US \$71'227,537 dólares, y el monto de los otros ajustes ordenados con corte al 18 de octubre de 1999, ascendieron a la cantidad de US \$18'112,049 dólares, es decir, que el monto de los ajustes ascendía a la cantidad de US \$89'339,586 dólares, cantidad que excedía en US \$8'837,054 dólares al patrimonio de los ex accionistas cortado al 16 de octubre de 1999, por lo tanto, del monto total del fideicomiso por US \$80'502,532 dólares equivalente al patrimonio castigado de los ex accionistas, US \$8'837,054 dólares correspondían al Banco del Pacífico. Manifiesta que de acuerdo a la escritura de constitución del fideicomiso las recuperaciones de capital tenían que en primer lugar cubrir los US \$8'837,05 dólares de propiedad del Banco del Pacífico, y el saldo, es decir, US \$71'665,478 se entregarían a los ex accionistas en nuevas acciones y no en dinero en efectivo; que todos los intereses que produjera la cartera del fideicomiso, iba en beneficio del Banco del Pacífico, y no a favor de los ex accionistas, es decir, que hasta que el Banco del Pacífico recuperara su participación el Directorio del Fideicomiso no podía reunirse sin la presencia del delegado del Banco. Dice también que las pérdidas acumuladas de enero a septiembre de 1999, por valor de S/.407,498 millones de sucres, equivalente a US \$25'479,772 dólares, no se tomaban en cuenta para efectos de la deducción del patrimonio de los ex accionistas, ya que las mismas fueron reversadas por orden de la Superintendencia de Bancos y cubiertas por la corrección monetaria como se manifestó y quedó establecido. Recalca que hay que tener presente que Filanbanco recién pasó a ser propietario del Banco del Pacífico el 26 de octubre de 1999, cuando se capitalizaron los créditos subordinados. En cuanto a la denuncia, el ingeniero Gallardo dice que es importante conocer antecedentes para determinar cómo se armó la denuncia en su contra en el caso que se analiza e indica que el 6 de septiembre del 2001, el Ingeniero León Febres Cordero presentó una denuncia ante el Ministerio Público, acusándolo de estar relacionado con supuestos ilícitos en la transferencia de activos y pasivos de Filanbanco a otros Bancos privados del sistema y que las tarjetas de crédito transferidas a los Bancos Guayaquil y Pichincha se lo había hecho a precios por debajo del mercado; que en esa oportunidad tuvo tiempo de ejercer su derecho constitucional a la defensa, y después de refutar en cadena nacional de televisión el 11 de septiembre del 2001 las acusaciones en su contra, solicitó de inmediato ser recibido por la Ministra Fiscal General y por los miembros de la Comisión de Control Cívico Contra la Corrupción, en donde de manera documentada desvirtuó las acusaciones falsas y temerarias efectuadas por dicho ciudadano; que meses después, por pedido del mismo Ministerio Fiscal se archivó la causa por falta de pruebas. Agrega que dado que la acusación anterior había quedado desvirtuada, se tejió un nuevo caso en su contra, esta vez con la complicidad del Ministerio Fiscal General, Superintendencia de Bancos y Presidencia de la Corte Suprema de Justicia en aquella

época bajo control político del Partido Social Cristiano, para forjar un ilícito que jamás existió y que a continuación va a detallar los pasos que se dieron para acusarlo de un delito que jamás cometió: El día Jueves, 4 de octubre del 2001, la Superintendencia de Bancos envió a la Ministra Fiscal la denuncia del supuesto delito; el día Lunes 8 de octubre del 2001, la Superintendencia de Bancos por solicitud de la Fiscalía amplía la denuncia y la transforma en acusación; el Martes 9 de octubre del 2001, fue fiesta nacional, por lo tanto, no se trabajó; el Miércoles 10 de Octubre del 2001, la fiscalía cierra la investigación previa y abre la instrucción fiscal y la remite a la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia; el Jueves 11 de octubre del 2001, mientras se encontraba en Washington en reuniones oficiales con el FMI en su calidad de Ministro de Economía y Finanzas, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia acogió el pedido de la fiscalía y ordenó la prisión preventiva en su contra dando inicio a este proceso que ya dura nueve años. Hace relación al Código Procesal Penal que dice que para los delitos penados con reclusión la indagación previa puede durar hasta dos años, sin embargo, en este caso la indagación previa duró tres días hábiles, ya que en el cuarto día, 10 de octubre del 2001, se cerró la misma dando paso a la instrucción fiscal, tiempo en el cual nunca tuvo conocimiento que se estaba iniciando un proceso en su contra, y nunca fue citado por el Ministerio Fiscal para ejercer su derecho constitucional a la defensa para garantizar el debido proceso, además de que la Contraloría General de Estado jamás realizó un examen especial para determinar si con la constitución del fideicomiso se había ocasionado un perjuicio al Estado como mantuvo inicialmente la Superintendencia de Bancos y el Ministerio Fiscal. Continúa y dice que en las pruebas a las que se refiere, se encuentra un Oficio de la Contraloría General del Estado remitido a esta Sala, certificando que en sus archivos no existe ningún examen especial realizado al fideicomiso BP-93, ni documentos que certifiquen que a Jorge Gallardo Zavala se le hubieran encontrado indicios de responsabilidad penal en la constitución del fideicomiso. A continuación el ingeniero Gallardo dice que citará los nombres de algunos funcionarios y parte de los textos de los oficios y providencias que suscribieron, documentos que se encuentran en el proceso, pero que son necesarios citarlos para que quede en evidencia como se forjó la acusación contra su persona: oficio No. DNAJ-2001-152 de fecha 4 de octubre del 2001 dirigido por el Dr. Jorge R. Ortiz Barriga a la Dra. Mariana Yépez, a la fecha Ministra Fiscal General, desempeñándose el prenombrado como Juez de la Corte Superior de Justicia de Pichincha, y se encontraba con licencia ocupando el cargo de Asesor Jurídico de la Superintendencia de Bancos, a pesar de no tener ninguna experiencia en asuntos bancarios y financieros. Da lectura textual de lo pertinente: *"A la fecha en que Filanbanco S.A. se constituyó como accionista del Banco del Pacífico S.A. y en razón que las pérdidas acumuladas del período de enero a septiembre de 1999 por S/.407,498 millones no fueron asumidas por los ex accionistas, la inversión del Filanbanco S.A. y por ende del Estado se vio reducida por este mismo valor, aspectos estos que pongo en su conocimiento a fin de determinar las responsabilidades que correspondan."*, diciendo entonces que esta afirmación es falsa, ya que como lo ha demostrado, el asiento contable que registró las pérdidas acumuladas de enero a septiembre de 1999, fue efectuado el 21 de octubre de 1999, antes de que se produjera la capitalización de los créditos

subordinados otorgados por el Filanbanco al Banco del Pacífico, hecho que se produjo el 26 de octubre de 1999, como lo registra el asiento contable entregado como parte de las pruebas, es decir, la capitalización se produjo cinco días después de haberse asentado las pérdidas acumuladas de enero a septiembre de 1999, así que mal pudo afirmar el Dr. Ortiz Barriga de que los ex accionistas no asumieron la pérdida y que fue Filanbanco la que asumió las mismas produciendo un perjuicio al Estado. Manifiesta también que con fecha 10 de enero del 2000, la Superintendencia de Bancos ordenó reversar el asiento contable del 21 de octubre de 1999 que contabilizó las pérdidas acumuladas de enero a septiembre de 1999, las mismas que fueron enjugadas por la corrección monetaria correspondiente al ejercicio económico de 1999, tal como lo dispone la Ley de Tributación Interna. Continúa y se refiere al Economista Miguel Dávila Castillo Superintendente de Bancos quien dirigió al Presidente del Banco Central, Presidente Ejecutivo del Banco del Pacífico y al representante de Filanfondos los oficios No. Sb-2001-0856, No. Sb-2001-0857 y No. Sb- 2001-0858 todos de fecha 4 de octubre del 2001 y que tienen el mismo contenido que el dirigido por el Dr. Ortiz Barriga a la Dra. Mariana Yépez, citando actos seguidos una parte de los oficios: Posteriormente con Oficio No INBGF-2000-0038 del 10 de Enero del 2000 se instruyó a la entidad proceda a reversar el valor contabilizado el 21 de octubre de 1999. Indicando en esta parte, que el Superintendente Dávila reconoce que el asiento contable se realizó el 21 de octubre de 1999, es decir, antes de la capitalización de los créditos subordinados el 26 de octubre, y como la contabilidad es de doble partida, la contabilización de las pérdidas afectaron el patrimonio de los ex accionistas. Da lectura también del siguiente texto: *"Esta Instrucción no implicaba que los accionistas a esa fecha dejen de asumir tales resultados al 30 de septiembre de 1999 en su patrimonio."*, de lo cual se desprende que el oficio de la reversión del asiento contable, no hace ninguna referencia a la asunción de las pérdidas acumuladas de enero a septiembre por parte de los ex accionistas, y no lo hace, porque la Superintendencia conocía que la Corrección Monetaria de los Estados Financieros del Banco Pacífico correspondiente al ejercicio de 1999, se había cruzado con las pérdidas acumuladas de enero a septiembre de 1999, es decir, los ex accionistas la asumieron, ya que, si no hubiesen existido esas pérdidas, la corrección monetaria que se registra en las cuentas patrimoniales al final del ejercicio, hubiera ido en su totalidad a beneficiar a los ex accionistas. Se refiere ahora a la solicitud de la Ministra Fiscal al doctor Ortiz Barriga quien envía una nueva comunicación, esta vez el oficio DNAJ-2001-153 de fecha 8 de octubre del 2001, que dice: *"Y toda vez que de los hechos que me he permitido poner en su conocimiento aparecen indicios de la perpetración de infracciones relacionadas con las actividades del sistema financiero, en perjuicio del Banco del Pacífico S.A. que en su momento tuvo como único accionista a Filanbanco S.A., de propiedad de la Agencia de Garantía de Depósitos-AGD y actualmente del Banco Central del Ecuador, cuyos intereses en definitiva son del Estado, pido se digne proceder como manda el Código de Procedimiento Penal en estos casos."*, es decir, el juez con licencia Ortiz Barriga, convertido ahora en Asesor Jurídico de la Superintendencia de Bancos, le acusa de un delito inexistente, y solicita al Ministerio Fiscal que lo enjuicie sin haberle dado la oportunidad de ejercer su derecho constitucional a la defensa. Dice que posteriormente el Dr.

Ortiz Barriga acude el 7 de diciembre del 2001 a rendir su declaración ante el Ministerio Fiscal tal como consta a fojas 1265, declarando lo siguiente: Que no es autor del contenido del Oficio No DNAJ-2001-152 suscrito por él el 4 de octubre del 2001 y dirigido a la Ministra Fiscal General, sino el Ing. Alejandro Maldonado y el Dr. Rodrigo López en sus calidades de Intendentes Nacionales de Supervisión de Instituciones Financieras y Jurídico respectivamente, es decir, de esta declaración se desprende, que al Dr. Ortiz Barriga lo llevaron de la Corte Superior de Justicia de Pichincha en donde era Juez a la Superintendencia de Bancos para que firme los documentos que terceros habían preparado para acusarlo de un delito que jamás cometió. Sigue su exposición y dice que el ingeniero Alejandro Maldonado García, Intendente Nacional de Instituciones Financieras acudió a la Fiscalía el 3 de enero del 2002, para rendir su declaración, y que como, consta de fojas 1790 el prenombrado ingeniero Maldonado García reconoce que en su calidad de Intendente Nacional de Instituciones Financieras fue el encargado de elaborar el informe técnico que consta de manera textual en los Oficios No DNAJ-2001-152 y SB-2001-0858 suscritos el 4 de octubre del 2001 por el Dr. Ortiz Barriga y el Economista Dávila Castillo; que al día siguiente, 4 de enero del 2002, acude al Ministerio Fiscal el Dr. Rodrigo López Espinoza en su calidad de Intendente Nacional Jurídico, para rendir su declaración, y como consta de fojas 1710 el Dr. López Espinoza reconoce que en su calidad de Intendente Nacional Jurídico fue el encargado de elaborar el informe jurídico que consta de manera textual en los Oficios No. DNAJ-2001-152 y SB-2001-0858 suscritos el 4 de octubre del 2001 por el Director Nacional de Asesoría Jurídica y Superintendente de Bancos respectivamente. En conclusión la denuncia presentada por el Dr. Ortiz Barriga ante el Ministerio Fiscal, y el oficio enviado por el Superintendente de Bancos al Presidente del Banco Central, los dos de idéntico contenido, fueron preparados por el Ing. Alejandro Maldonado y por el Dr. Rodrigo López, de ahí, que la declaración del Juez con licencia Ortiz Barriga es verdadera cuando declara que él no es el autor del contenido del Oficio DNAJ-2001-152, que él solamente lo firmó, el mismo que a su vez sirvió de base para que el Ministerio Fiscal lo acuse de un delito que jamás cometió. Manifiesta entonces que con estos antecedentes irá puntualizando y desvirtuando las acusaciones en su contra, siendo la **primera acusación** el dictamen acusatorio por parte de la Fiscalía de fecha 18 de febrero del 2002 que dice: los ex accionistas no asumieron las pérdidas acumuladas de enero a septiembre de 1999 por valor de s/.407,498 millones de sucres, dando lectura del texto a fs. 86: "**Conclusiones: De lo expuesto se colige:...hasta la fecha de constitución del fideicomiso, de manera sucesiva se abusó de dineros y efectos que representan valores públicos como la cartera, que fue provisionada con recursos de Filanbanco S.A. al igual que la pérdida por S/.407,498 que indebidamente fue asumida por este.**", e indica que las conclusiones a las cuales arribó el Ministerio Fiscal son falsas y temerarias por lo siguiente: En primer lugar, desde la aprobación de la constitución del fideicomiso el 9 de noviembre de 1999 por parte de la Junta General Extraordinaria de Accionistas hasta la constitución del mismo en octubre del 2000, jamás se manejaron dineros, siendo esa aseveración falsa; en segundo lugar, los ajustes ordenados por la Superintendencia de Bancos fueron castigados contra el patrimonio de los ex accionistas, y ninguna provisión de

cartera provino de la capitalización de los créditos subordinados por parte de Filanbanco; y por último, las pérdidas acumuladas de enero a septiembre de 1999, fueron asumidas por los ex accionistas y luego reversadas. Se refiere entonces al llamamiento a juicio por parte del Presidente de la Corte Suprema de Justicia Dr. Armando Bermeo Castillo, de fecha 22 de junio del 2002, dando lectura textual de lo pertinente en relación a las pérdidas: "**Lo que ocasionó que el Filanbanco S.A. a la fecha que se constituyó como accionista del Banco del Pacífico S.A. y en razón de las pérdidas acumuladas de enero a septiembre del año 1999 por S/.407,498 millones no fueron asumidas por los ex accionistas, la inversión de Filanbanco S.A. y por ende del Estado se vio reducida por el mismo valor.**", diciendo acto seguido que esa acusación es falsa, ya que, el asiento contable que registró las pérdidas fue realizado el 21 de octubre de 1999, y la capitalización fue asentada en los libros del Banco del Pacífico el 26 de octubre de 1999, además, la Superintendencia de Bancos al ordenar el reverso del asiento contable del 21 de octubre de 1999, con oficio de fecha 10 de enero del 2000, reconoció dos hechos, el primero que el asiento contable tuvo lugar antes de la capitalización de los créditos subordinados, y en segundo lugar, que la corrección monetaria que se registro en las cuentas patrimoniales fueron suficientes para cubrir las pérdidas acumuladas de enero a septiembre de 1999, es decir, que en el caso hipotético de que esas pérdidas no hubieran existido, la corrección monetaria hubiera ido en beneficio de los ex accionistas incrementando su patrimonio, pero eso no fue el caso. De no haberse registrado el superávit patrimonial por efecto de la corrección monetaria las pérdidas acumuladas de enero a septiembre de 1999 hubieran tenido que ser deducidas del patrimonio de los accionistas al momento de la constitución del fideicomiso pero ese tampoco fue el caso. Acto seguido hace relación al pronunciamiento de la Segunda Sala de lo Penal, de fecha 9 de junio del 2003 ratificando el llamamiento a juicio, dando lectura del mismo modo de la parte relativa a las pérdidas: "**...las pérdidas acumuladas de enero a septiembre de 1999 sumaban 407,498 millones de sucres que se contabilizó al 21 de octubre del mismo año, quedando como resultado el incremento del saldo de provisiones no cubierto por el patrimonio de los ex accionistas en 548,829 millones de sucres equivalente a 34'316.826.11 dólares y no la cantidad de 8'837,053 dólares como consta en el contrato de fideicomiso, en el que no se toma en cuenta el monto de las pérdidas del ejercicio de enero a septiembre de 1999 por 407,498 millones de sucres, que ha absorbido Filanbanco y no los accionistas a quienes correspondían las mismas...**", indicando que el mismo error se repite, ya que no se analiza el alcance técnico de la reversión de las pérdidas acumuladas de enero a septiembre de 1999 ordenada por la Superintendencia de Bancos el 10 de enero del 2000, pues si la Superintendencia de Bancos no hubiera ordenado la reversión del asiento contable del 21 de octubre de 1999, y el fideicomiso se hubiera constituido antes de ese oficio, lo ex accionistas hubieran tenido que rebajar de su patrimonio las pérdidas acumuladas de enero a septiembre de 1999, y posteriormente reclamar a la Superintendencia de Bancos lo que les correspondía por efectos de la corrección monetaria del ejercicio económico de 1999, la misma que se contabiliza en el patrimonio de los accionistas. Dice entonces el ingeniero Gallardo que la **segunda acusación** es que la cartera aportada fue distinta a la que, se debería

haber aportado, y que con esa acusación se pretende afirmar que él decidió aportar buena cartera para beneficiar a los ex accionistas, y no precisamente la cortada al 16 de octubre de 1999, sino la cortada al 30 de junio del 2000. Dice entonces el ingeniero Gallardo que en la instrucción fiscal de fecha 10 de octubre del 2001, consta lo siguiente: **"En calidad de Presidente Ejecutivo del Banco del Pacífico S.A., el mismo que en esa calidad al suscribir el mencionado instrumento, lo hizo sin observar la Resolución de la Junta General de Accionistas celebrada el 9 de noviembre de 1999, en cuanto a los activos que debieron entregar al fideicomiso sustituyéndolos a los activos castigados por la cartera con las respectivas garantías, castigada o provisionada al 100% al 30 de junio del 2000, modificando de este modo la valoración económica de los bienes, con aquellos castigados o provisionados hasta el 16 de octubre del año 1999...ocasionando con este procedimiento un perjuicio para el Banco del Pacífico."**; que el Presidente de la Corte Suprema de Justicia Dr. Armando Bermeo, el 22 de julio del 2002, dice al respecto: **"...la administración del Banco transfirió activos distintos y por un monto superior al que correspondía."**; que la Segunda Sala de lo Penal el 9 de junio del 2003 dice lo siguiente: **"...mediante exposición amplia y convincente (Jorge Gallardo), sugirió que la mejor alternativa para solucionar la grave situación del Banco del Pacífico, era la constitución de un fideicomiso mercantil, transfiriendo a este activos no solo por el capital pagado del Banco que ha sido castigado, sino también por las reservas que se han venido formando a lo largo de la existencia del Banco, no solo cartera sino las garantías correspondientes a la misma, como estrategia de salvamento."**, afirmaciones que repite, son falsas, pues en primer lugar solo a alguien que desconoce la materia bancaria y financiera se le puede ocurrir que constituyendo un fideicomiso con activos castigados se iba a solucionar la crisis financiera por la cual estaba atravesando el Banco, en segundo lugar, jamás mencionó en esa Junta que no solamente se debían transferir activos por el monto del capital pagado, sino también por las reservas, y si lo hubiera hecho, hubiera estado en lo correcto ya que los accionistas de una empresa son propietarios del patrimonio empresarial, y no solamente por el capital pagado; y, finalmente, jamás mencionó que esa era una estrategia de salvamento, porque de haberlo hecho hubiera quedado como un perfecto idiota. Concluyendo de lo dicho que en esa cita se altera el contenido del Acta de la Junta General Extraordinaria de Accionistas de fecha 9 de noviembre de 1999 cuya copia autenticada agregará consta como una de las pruebas. Dice además, que como lo mencionó al inicio de su presentación, no fue la persona que propuso la constitución del fideicomiso, y si lo hubiera hecho, no tenía nada de ilegal. Continúa y dice que ha quedado demostrado con documentos, que la Junta Bancaria recién aprobó la constitución del fideicomiso el 1 de septiembre del 2000, y como la calificación de los activos de riesgo se debe hacer de manera trimestral de acuerdo a Regulaciones de la Junta Bancaria, el Banco del Pacífico había calificado sus activos de riesgo al cierre del mes de diciembre de 1999, al cierre del mes de marzo del 2000, y al cierre del mes de junio del 2000, que era la última calificación de los activos de riesgo del Banco, por lo tanto, los activos de riesgo al 16 de octubre de 1999, habían sido calificados al cierre del mes de septiembre de 1999, y sujetos a tres calificaciones más hasta el cierre del

mes de junio del 2000, por lo que era evidente que su calificación tenía que variar. Si se hubiera tomado cartera con la calificación al 16 de octubre de 1999, se hubiera tenido que incorporar más cartera para cumplir con la resolución de la Junta General Extraordinaria de Accionistas, la cual lee textualmente y que dice: "Que los activos a ser transferidos en primer lugar, sean aquellos cuya calificación de riesgo hubiere dado lugar a una existencia de provisiones del 100%, y en caso de no ser estos suficientes para cubrir un valor igual al de las cuentas patrimoniales castigadas a Octubre de 1999, para completar el valor faltante se transfieran al fideicomiso aquellos activos cuya provisión requerida haya sido inferior al 100%". El ingeniero Gallardo entonces hace la siguiente pregunta: ¿Qué hubiera pasado si se constituida el fideicomiso con cartera calificada al 16 de octubre de 1999? y dice que para efectos de responder la misma, va a utilizar el informe AGI-012-2001 de fecha 21 de febrero del 2001, que ha sido entregado como prueba, elaborado por el Auditor Interno del Banco del Pacífico Econ. Roberto Ordoñez Puente, en donde hace un análisis de la cartera que se aportará al fideicomiso con la calificación al 16 de octubre de 1999, y que según las acusaciones es la que se debería haberse tomado en consideración. Presenta acto seguido un cuadro en donde dice se puede observar que de un total de US \$78'133,008 dólares de cartera analizada por el auditor, al 18 de octubre de 1999, tenían una provisión de US \$50'010,643.92 dólares, por lo cual, de acuerdo a la resolución de la Junta General Extraordinaria de Accionistas había que incorporar activos adicionales por valor de US \$28'122,325.05 por lo que el fideicomiso debería haber ascendido a US \$ 106'255,344.02 lo que hubiera sido un atraco, y que por consiguiente, para evitar esa situación, se tomó la última calificación de activos de riesgo disponible al 30 de junio del 2000, incorporando solamente cartera calificada E, que tenía provisiones iguales al 100% de su valor. Agrega el ingeniero Gallardo que otro argumento utilizado es que el valor económico de la cartera era mayor debido a las garantías, explicando en ese momento que de acuerdo a las Regulaciones de la Junta Bancaria para calificar los activos de riesgo no se toman en cuenta las garantías sino la morosidad, y que este es un principio universal recogido por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea; que el Intendente Nacional de Supervisión de Instituciones Financieras, Ing. Alejandro Maldonado, el Intendente Nacional de Asesoría Jurídica Dr. Jorge R. Ortiz Barriga, el Superintendente de Bancos Economista Miguel Dávila, la Ministra Fiscal General Dra. Mariana Yépez, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia Dr. Armando Bermeo, y los jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia utilizaron el concepto de valor económico para insinuar que la cartera que se aportó al fideicomiso era de buena calidad para beneficiar a los ex accionistas, pero que al momento de la constitución del fideicomiso toda la cartera estaba calificada E, es decir pérdida total, y solamente el 29.6% de ella tenía garantías reales, por lo cual, cuando se realizó la transferencia de esa cartera al fideicomiso el patrimonio del Banco no sufrió alteración alguna. Recalca que si la cartera era buena, la pregunta que hay que formularse es si a septiembre del 2005, es decir, cinco años después de la constitución del fideicomiso ¿cuánto se ha recuperado de capital? y ¿cuál es la situación de la cartera?, indicando que durante cinco años de acuerdo a los documentos autenticados, la recuperación del capital ascendía a US

\$6,625,462.99 dólares, por lo cual el Banco del Pacífico todavía no había recuperado el total de US \$8'836,968 dólares que le hubiera correspondido del fideicomiso, así mismo, los ex accionistas no hubieran recibido acciones en proporción a su participación como ex accionistas, y que como se puede observar de los documentos autenticados, toda la cartera al cierre del mes de septiembre del 2005 se encontraba calificada E, es decir pérdida total, y toda ella se encontraba en demanda judicial, siendo esta situación la que desvirtúa lo expresado por el Dr. Ortiz Barriga quien el 7 de diciembre del 2001 en la declaración rendida en la Fiscalía dice textualmente a fs. 1266 "ningún sujeto de crédito registra calificación E (pérdida) al 18 de octubre de 1999, siendo transferida por lo mismo una buena cartera...". Manifiesta también el ingeniero Jorge Gallardo que como se pudo observar en el cuadro presentado por él elaborado por el Auditor Interno del Banco del Pacífico, la calificación de la cartera al 18 de octubre de 1999, y que se iba a incorporar al fideicomiso tenía la siguiente calificación: el 20.8% de la cartera estaba calificada E, es decir, pérdida; el 44.4% consta con calificación D, es decir cartera de dudoso recaudo; 28.9% tiene calificación C, deficiente, por lo cual la cartera sub estándar ascendía al 94.1%, la calificada B, riesgo potencial 2.6% y la calificada A, normal el 3.3%. Menciona como **tercera acusación** que el monto del fideicomiso debería haber sido menor, y dice que va explicar la forma cómo se alteraron las cifras por parte de quién elaboró el Informe Técnico para hacer aparecer que el Fideicomiso debería haber sido muy inferior al monto constituido: El Superintendente de Bancos y el Director Nacional de Asuntos Jurídicos en Oficios idénticos, SB-2001-0856, SB-2001-0857, SB-2001-0858 Y DNAJ-2001-152 a los cuales ya se ha referido en varias ocasiones, fechados el 4 de octubre del 2001, basados en los informes elaborados por el Ing. Alejandro Maldonado y Dr. Rodrigo López, alteran deliberadamente los cálculos del monto del fideicomiso para hacer aparecer que los ex accionistas solamente deberían haber sido beneficiarios de US \$20'705,944 dólares y no de US \$80'502,532, configurando la figura de un gran atraco. Estas cifras fueron tomadas sin ningún análisis por parte del Ministerio Público y por la Corte Suprema de Justicia para reforzar sus acusaciones de un delito que jamás existió, presentando un cuadro al Tribunal en el que dice se puede observar el monto del patrimonio de los ex accionistas al 16 de octubre de 1999, de acuerdo al Oficio INBGF-99-3566 ascendía a US \$80'502,532 dólares que establecía a su vez el monto del fideicomiso, que a renglón seguido se deducen US \$25'479,853 de las pérdidas acumuladas de enero a septiembre de 1999, para llegar a la cifra de US \$55'022,679, indicando que hay que tener presente que las pérdidas acumuladas se restan del patrimonio de los ex accionistas, a lo que él denominó como primera contabilización. En la siguiente fila, del cuadro expuesto, ponen el rubro: Saldo no cubierto por el patrimonio de los Accionistas que eran los US \$8'836,968 y le vuelven a sumar las pérdidas acumuladas de enero a septiembre de 1999 por valor de US \$25'479,853 que ya habían sido restadas del patrimonio de los accionistas para dar un total de US \$34'316,821 dólares que es restado de los US \$55'022,679 para llegar al saldo de US \$20'705,944, insiste en ese momento en que se acudió a la mentira, y a la alteración de cálculos y cifras para llamar la atención de los jueces y de la opinión pública, y continúa señalando que no solamente que toman en consideración para los cálculos las

pérdidas acumuladas de enero a septiembre de 1999 que fueron compensadas con la corrección monetaria de ese ejercicio económico, sino que la restan dos veces del patrimonio de los ex accionistas para llegar deliberadamente a una cifra mucho menor. Dice entonces que explicará cómo el Ministerio Público tomó esos cálculos forjados para acusarle de un delito que no cometió como es el de peculado bancario, dando lectura de la instrucción fiscal de fecha 10 de octubre del 2001 en lo atinente: *"...debieron haberse transferido al fideicomiso activos por US \$55'022,765 y no por US \$78'133,009, de los cuales el Banco del Pacífico debió ser beneficiario del saldo no cubierto por el patrimonio de los ex accionistas, esto es, US \$34'316,821 y no por US \$8'836,968. Por lo que el valor neto de los activos castigados o provisionados en su totalidad que les corresponde a los ex accionistas asciende a la suma de US \$20'705,944 (US \$55'022,765 - US \$34'316,821)";* del dictamen acusatorio de fecha 18 de febrero del 2002, fojas 2301: *"Del valor correcto en activos que debieron ser transferidos (US \$55'022,765), el Banco del Pacífico debía ser beneficiario del saldo no cubierto por el patrimonio de los ex accionistas, esto es : US \$34'316,821 y no por US \$8'836,968 como consta en el contrato de fideicomiso, por lo que el valor neto de los activos castigados o provisionados que en su totalidad le corresponde a los ex accionistas asciende a la suma de US \$20'705,944...";* y, de la providencia del Presidente de la Corte Suprema de Justicia de fecha 22 de julio del 2002 llamándole a juicio: *"debieron haberse transferido al fideicomiso activos por US \$55'022,765 y no por US \$78'133,009 de los cuales el Banco del Pacífico debió ser beneficiario, del saldo no cubierto por el patrimonio de los ex accionistas, esto es, por US \$34'316,821 y no por US \$8'836,968. Por lo que el valor neto de los activos castigados o provisionados en su totalidad que les corresponde a los ex accionistas asciende a la suma de US \$20'705,944 (US \$55'022,765 - US \$34'316,821).."*, puntualizando que este texto es exactamente igual al que consta en la Instrucción fiscal de fecha 10 de octubre del 2001, de lo que se colige que sin mayor análisis, se iban tomando las acusaciones falsas, forjadas, para inventar un delito inexistente. Así mismo, procede a dar lectura de la providencia de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de fecha 9 de junio del 2003 ratificando el llamado a juicio: *"...55'022,759.96 que sería el patrimonio del Banco del Pacífico que es el que pudo transferirse al fideicomiso y no la cantidad que efectivamente se transfirió de 78'049,651.60 dólares; de las cuentas patrimoniales de 55'022,759,96 dólares, si de esta cantidad se resta el saldo no cubierto por el patrimonio de los ex accionistas de 34'316,826.11 dólares, quedaría un saldo definitivo de 20'705,933,85 dólares que sería el valor de las cuentas patrimoniales del Banco del Pacífico."*, con lo cual se demuestra que todos los informes y las providencias dictadas parten del mismo cálculo errado, en donde las pérdidas acumuladas de enero a septiembre de 1999 son restadas dos veces del patrimonio de los ex accionistas. Menciona además el ingeniero Gallardo que a partir de los cálculos forjados por la Superintendencia de Bancos, en los oficios SB-2001-0856, SB-2001-0857, SB-2001-0858 y el DNAJ-2001-152 suscritos el 4 de octubre del 2001 por el Superintendente de Bancos y por el Director Nacional de Asesoría Jurídica, respectivamente, se dice en una de sus partes que dado que a los ex accionistas solo les corresponden US \$ 20'706,944, es decir, se deberían haber

incorporado al Fideicomiso, la Inversión en el Banco del Pacífico en Colombia, las Obligaciones Convertibles del Banco del Pacífico de Colombia, el Ajuste del Valor Patrimonial Proporcional, el diferencial cambiario de una operación de leaseback, una inversión en papeles del Banco del Tungurahua, y para cuadrar forzosamente las cifras, se pone provisiones para otras cuentas de activos, presentado un cuadro para ilustrar al tribunal, y señalando que de ahí se desprende que los tres rubros más importantes hacen relación a las subsidiarias extranjeras del Banco del Pacífico, que en conjunto representan el 96.4% de los rubros; que con respecto a las acciones del Banco del Pacífico de Colombia, esta institución se encontraba en liquidación, por lo cual el liquidador no podía transferir acciones a un tercero, en este caso a un fideicomiso, hasta que no concluya la liquidación situación que a la fecha continua; que en cuanto a las obligaciones convertibles, según el Art. 48 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, las mismas solo pueden ser redimidas anticipadamente mediante transformación en acciones, lo cual no podía ser hecho por la razón anterior; que en cuanto al Valor Patrimonial Proporcional, la misma es una figura contable que divide el patrimonio para el número de acciones en circulación y así establecer el valor contable de cada acción; que después de las Auditorías Internacionales el Banco del Pacífico de Panamá restituyó su patrimonio, que pasó a ser propiedad del Estado, por lo cual mal se podía transferir una figura contable o acciones que correspondían en esa fecha al nuevo accionista Filanbanco y al momento de constitución del fideicomiso a la AGD y al Banco Central. Explica que en cuanto al diferencial cambiario de una operación de leaseback que fue registrada en los libros el cierre del ejercicio económico de 1998, y ordenada su reversión de acuerdo a las auditorías internacionales de marzo de 1999, es un figura contable, entonces se pregunta ¿Cómo se podía transferir a un fideicomiso mercantil un asiento contable?, remitiéndose a lo que declaró la Economista Lourdes Baquerizo Vice Presidente de Riesgos del Banco del Pacífico ante la Fiscalía y que consta de fojas 2004, la misma que cuando fue preguntada por qué no se habían transferidos esos rubros al Fideicomiso, respondió de la siguiente manera: "Esos activos son de difícil recuperación y no viables en su transferencia.", y afirmando que con ello queda en evidencia que no solamente se forjó la cifra del fideicomiso restando dos veces del patrimonio de los ex accionistas la misma cantidad, sino que con, toda mala fe, se hace un listado de activos y asientos contables que deberían haber constituido el fideicomiso para cuadrar con la cifra forjada cuya transferencia a un fideicomiso era no viable. De lo manifestado, el ingeniero Jorge Gallardo, concluye lo siguiente: El monto total del Fideicomiso debía ser igual al patrimonio de los ex accionistas que fue cuantificado por la Superintendencia de Bancos mediante Oficio INBGF-99-3566 de fecha 16 de octubre por un valor de US \$80'502,532 dólares; como los castigos ordenados por la Superintendencia de Bancos excedieron el valor patrimonial de los ex accionistas en US \$8'837,053, esa cantidad debía deducirse del patrimonio de los ex accionistas de ir en beneficio del Banco del Pacífico como consta en la Escritura Pública de constitución, más aún, el Banco del Pacífico tenía derecho preferencial, es decir, los pagos de capital que se hicieran tenían que ir en beneficio del Banco del Pacífico hasta cubrir el exceso de los ajustes, y todos los intereses que se recaudaran iban en beneficio del Banco del

Pacífico; luego de cubierto el exceso, los ex accionistas recibían acciones del Banco del Pacífico y no dinero en efectivo; las pérdidas acumuladas de enero a septiembre de 1999 que fueron contabilizadas el 21 de octubre de 1999, antes de que se produjera la capitalización de los créditos subordinados que Filanbanco le concediera al Banco del Pacífico hecho que aconteció el 26 de octubre de 1999, fueron reversadas por orden de la Superintendencia de Bancos mediante Oficio No INBGF-2000-0038 de fecha 10 de enero del 2000; las pérdidas acumuladas de enero a septiembre de 1999 fueron absorbidas por la Corrección; Monetaria a los Estados Financieros del Banco del Pacífico al cierre del ejercicio económico de 1999, dejando al patrimonio del Banco sin alteración por lo tanto indica, esa es una evidencia más que esas pérdidas fueron asumidas por los ex accionistas; la cartera que se incorporó al fideicomiso estaba calificada E, pérdida al cierre del mes de junio del 2000, última calificación de riesgo, si se hubiera tomado cartera con la calificación al 18 de octubre de 1999, el fideicomiso hubiera aumentado en US \$28'122,325.05 dólares lo que hubiera significado un atraco descomunal; cinco años después de haberse constituido el Fideicomiso, toda la cartera que se incorporó al Fideicomiso estaba en demanda judicial y calificada E, lo que se había recaudado en cinco años ni siquiera alcanzaba para cubrir la participación a la que tenía derecho el Banco del Pacífico, además, parte de la cartera fue, con autorización de la Superintendencia de Bancos, castigada contra el patrimonio del Estado; en conclusión, el monto del fideicomiso a la fecha de constitución y la participación del Banco del Pacífico fueron correctamente calculados. Acto seguido el ingeniero Gallardo dice que va a señalar algunos hechos posteriores que no fueron considerados por la Fiscalía y la Corte Suprema de Justicia y que son importantes conocer: que el 4 de octubre del 2001, fecha en el cual el Dr. Ortiz Barriga envió la denuncia al Ministerio Fiscal, el Superintendente de Bancos Economista Miguel Dávila, en la misma fecha, suscribió los oficios SB-001-0856, SB-2001-0857 y SB-2001-0858, de igual contenido al enviado a la Fiscalía por parte del Dr. Ortiz Barriga, y dirigidos al Presidente del Directorio del Banco Central, al Fiduciario y al Presidente Ejecutivo del Banco del Pacífico; que esta comunicación provoca la reacción del Banco del Pacífico, y comunica al fiduciario con fecha 11 de octubre del 2001, que le restituya los activos y que convoque al Directorio para conocer el contenido de los Oficios de la referencia; que hasta el 2 de Julio del 2001, se había transferido al fideicomiso cartera por valor de US \$63'521,158 dólares, la cual es devuelta al Banco del Pacífico con fecha 18 de diciembre del 2001 fecha de la disolución del fideicomiso. Recalca que el Banco del Pacífico recuperó sus activos pero era cartera de mala calidad, calificada íntegramente como E, pérdida, por lo cual el Banco se vio obligado a crear nuevas provisiones afectando su patrimonio técnico al punto que el Banco Central lo tuvo que capitalizar para evitar su cierre, por eso dice le resulta incomprensible que el Dr. Armando Bermeo Presidente de la Corte Suprema de Justicia, en su providencia de fecha 22 de junio del 2002, haya manifestado: "que la terminación y liquidación del fideicomiso constituye en sí otra evidencia del acto ilícito objeto de la acusación.". Dice el ingeniero Gallardo al Tribunal que va a presentar más documentos y evidencias que demuestran que no existió perjuicio alguno al Estado en la constitución del fideicomiso: que el 12 de diciembre del 2001, es decir, al día siguiente de la disolución del

fideicomiso, el Lcdo. Félix Herrero, Presidente Ejecutivo del Banco del Pacífico, como consta en el documento que va a hacer entrega como parte del habeas data, dirigió un oficio al fiduciario aceptando sin observación alguna la rendición de cuentas presentada previa a la disolución del fideicomiso. Presenta otro cuadro al Tribunal del que dice se desprende que el patrimonio del Banco del Pacífico al cierre del mes de noviembre del 2001, ascendía a la cantidad de US \$68'597,000 dólares, y al siguiente mes de diciembre el patrimonio había bajado a US 40'076,000, es decir, una disminución de US \$28'521,000 dólares, del cual surge la pregunta ¿por qué esa baja patrimonial?, explicando que las provisiones al 30 de noviembre ascendían a la cifra de US \$63'772,000 dólares, y al 31 de Diciembre las provisiones aumentaron a US \$82'764,000, es decir, un aumento de US \$28'114,000 en provisiones lo cual responde el por qué de la disminución patrimonial, es decir, la incorporación de la cartera mala del fideicomiso le significó al Banco del Pacífico crear mayores provisiones afectando su patrimonio. Así mismo, presenta otro cuadro en el cual se puede observar que el patrimonio técnico del Banco del Pacífico al cierre del mes de noviembre del 2001, estaba muy por encima del nivel exigido por la ley, 29.23% versus 9%, baja a -40.18% al cierre del mes de Diciembre del 2001, colocando al Banco del Pacífico en causal de disolución, por lo que el Directorio del Banco Central en sesión del 15 de Febrero del 2002 resolvió autorizar al Gerente General del Banco Central; para que en su calidad de representante legal del único accionista del Banco del Pacífico S.A. se constituya en Junta Universal de Accionistas y realice un aporte patrimonial en la mencionada institución financiera por US \$121 millones de dólares en Bonos, y mencionando que todo lo referido se encuentra en la página 155 de la Memoria Anual del Banco Central del Ecuador correspondiente al año 2001 cuya copia certificada entregará y consta del proceso. Sigue y señala que posteriormente, la administración del Banco del Pacífico mediante Oficios No. BP-VP-2002-026 y BP-2002-036 de fechas 25 de marzo y 22 de abril del 2002, solicitó a la Superintendencia de Bancos autorización para castigar contra el patrimonio de su único accionista, el Banco Central del Ecuador, que acababa de efectuar un sustancial aumento de capital, la cantidad de US \$24'682,263 correspondiente a la cartera del ex fideicomiso menor a tres años, representando ese monto a la fecha el 38.9% del total de la cartera que se había aportado al fideicomiso antes de su disolución; y, que la Superintendencia de Bancos, mediante Oficio No. INIF-DBP-2002-02202 de fecha 4 de junio del 2002 autorizó a la administración del Banco castigar dicha cantidad contra el patrimonio de su único accionista el Banco Central del Ecuador, por lo que estos dos importantes documentos demuestran la mala calidad de la cartera aportada al fideicomiso, y el daño patrimonial que sufrió la institución al disolverse el fideicomiso y asumir en sus libros cartera calificada como pérdida total. Finalmente dice el ingeniero Jorge Gallardo que en conclusión la acusación en su contra por el cometimiento de un delito, como el peculado bancario con fondos públicos, delito que jamás cometió como lo ha demostrado documentadamente, se debió a una vendetta política, que tuvo como partícipes funcionarios públicos que tienen el deber de proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos como son los derechos a la libertad, y al debido proceso, y que para lograr su propósito no escatimaron esfuerzos para distorsionar los

hechos, forjar cifras, ignorar aspectos técnico-contables claves, y acusarlo en base de documentos y hechos forjados de un delito que no cometió. Que al momento de la acusación y el día en que se ordenó la prisión preventiva en su contra se encontraba en el exterior representando al país ante organismos internacionales en su calidad de Ministro de Economía y Finanzas y que bastaron tres días hábiles para cerrar la indagación previa, y un día hábil adicional para elaborar la instrucción fiscal y enviarla al Presidente de la Corte Suprema de Justicia solicitando que se inicie un juicio en mi contra por peculado bancario y se ordene su prisión preventiva; que no se le concedió el derecho a la defensa, ya que la orden de que se le enjuicie ya estaba dada, y por lo tanto había que cumplirla a la brevedad posible habiéndome enterado efectivamente el 11 de octubre en la ciudad de Washington. Concluye solicitando al Tribunal que lo absuelvan de las acusaciones de las que ha sido víctima, para comenzar a reparar el daño moral que le han ocasionado instituciones y funcionarios del Estado. Terminada la intervención del procesado ingeniero Jorge Gallardo, el señor Presidente de la Sala le formula las siguientes preguntas: Cuando el Banco del Pacífico recibió los préstamos subordinados tanto el 21 de mayo como el 4 de agosto de 1999, qué funciones tenía usted en el Banco del Pacífico. Responde el ingeniero Gallardo: Ninguna en el primer crédito, en el segundo crédito ya estaba nombrado Vicepresidente Financiero sin representación legal. Pregunta: Quién ejercía la representación del Banco del Pacífico a marzo 31 de 1999 fecha en que se cortó la contabilización del manejo financiero de dicho Banco como consecuencia de las auditorías internacionales. Responde el ingeniero Gallardo: El señor Arturo Quiroz. Pregunta: Es verdad que a esa fecha 31 de marzo de 1999 la auditoría internacional determinó pérdidas al 31 de septiembre de 1999 en el Banco del Pacífico por la cantidad de 407498 mil millones de sucres. Responde: De lo que yo me acuerdo la auditoría internacional se dedicó únicamente a evaluar la conformación de activos y provisiones, los 407 mil vienen en el oficio de la economista Rosa María Herrera que ordena a los castigos detectados por la auditoría internacional, dice que además de eso, se castigue también las pérdidas acumuladas. Pregunta: Quien ejercía la representación del Banco del Pacífico a la fecha en que culminó la referida auditoría internacional. Responde: El señor Arturo Quiroz. Pregunta: Explique cuál fue el efecto de la regresión de las pérdidas acumuladas del Banco del Pacífico ordenada por la Superintendencia de Bancos en oficio de 10 de enero de 2000. Responde: El 10 de enero de 2000 el economista Pedro Delgado, que era entonces Intendente Nacional de Bancos, envía al Banco del Pacífico un oficio, del cual da lectura, y dice que ante esa orden se realiza el reverso, pero a su vez el Banco del Pacífico tenía de acuerdo a la Ley de Bancos y la Ley de Tributación Interna, corregir los estados financieros por inflación y por tipo de cambio. Al hacer la corrección monetaria del año 1999 resultó que hubo un cambio importante en dos cuentas claves del patrimonio, la una denominada revalorización del patrimonio y la otra desvalorización del patrimonio, y las dos arrojan resultados positivos que se registran y esa reversión que se hace con la corrección monetaria se cruza con las pérdidas acumuladas de enero a septiembre que se enjugaron con dicha corrección monetaria, ese fue el efecto que tuvo la comunicación el señor Pedro Delgado y que constan de los asientos contables y documentos financieros que va a ser entregados. Pregunta: Qué efectos contables y

financieros tuvo la corrección monetaria en las cuentas del Banco del Pacífico en aplicación de la Ley 56. Responde: Es lo que acabé de explicar, aplicando básicamente la Ley 56 del 22 de diciembre de 1989 donde está explicado cómo se tiene que corregir: los estados financieros, esa corrección afectó a estas dos cuentas claves del patrimonio que fueron lo suficientemente grandes para poder enjugar las pérdidas de enero a septiembre, más aun el patrimonio del Banco por efectos de la corrección monetaria se incrementó en 25500 millones de sucres por efectos de este tipo de operación que todos los bancos debían hacer no solo el Pacífico. Pregunta: Qué intervención tuvo usted en el fideicomiso 93BP antes, durante y después de su constitución. Responde: La ley y las regulaciones de Junta Bancaria o Superintendencia de Bancos no permitían al representante legal del Banco ser parte de la calificación de los activos de riesgo, esos los calificaba un Departamento de Calificación y dicha calificación pasaba al Directorio, nunca al representante legal, él no tenía ningún tipo de respaldo legal para intervenir. Esa calificación que es trimestral se presentaba al Directorio que la conocía, la aprobaba y una vez aprobada iba a la Superintendencia de Bancos y se registraba que queda aprobada, por lo que no tuve nada que ver en la calificación ni en la selección de activos que formó parte del fideicomiso. Los abogados del Banco fueron los encargados de revisar toda la parte legal y el día que estaba estructurado el fideicomiso, me presentaron la escritura con la sumilla de los responsables del departamento y yo como representante legal lo suscribí. Ahora bien la economista Lourdes Baquerizo reconoce en su declaración en que ella me había hecho una propuesta, tenemos activos castigados y el asunto de Colombia y Panamá y finalmente la propia Lourdes reconoce que esos activos era inviables en su transferencia no se puede transferir las acciones de una institución en liquidación es la única conversación que tuve con respecto al fideicomiso y firmé el fideicomiso porque los asesores me dijeron y estoy convencido que todo estaba dentro de la ley. Pregunta: Indique cuál era el objeto fundamental del fideicomiso mercantil 93BP, cuáles eran sus connotaciones o efectos, para qué se creó. Responde: El fideicomiso se creó para entregarle a los ex accionistas activos castigados por el monto de patrimonio que fue castigado de los ex accionistas, de esos activos lo que excedía a los castigos eran en millones antes de ordenar el reverso de las pérdidas y que al final fueron de 8 millones que correspondían al Banco del Pacífico. Ese fideicomiso tenía la misión administrar los activos castigados para que lo que se recupere se entregue en primer lugar al Banco del Pacífico para cubrir los 8 millones de excedente y el resto iba en beneficio de los accionistas pero en acciones del Banco y en caso de que no se pudieran emitir acciones se les pagaba en dinero o en especies. Pregunta: El fideicomiso causó, pérdidas a Filanbanco, o al Estado o a alguna otra institución financiera. Responde: Ninguna, salvo la disolución, la constitución no le representó ni un solo centavo cuando se transfirieron los activos de deterioro patrimonial al Banco del Pacífico, pero cuando se reversó el fideicomiso, el Banco del Pacífico tuvo que asumir pérdida por las provisiones extras que tuvo que crear y por el castigo adicional que pidió la Superintendencia de Bancos por los activos que tenían menos de tres años de provisión. Pregunta: Qué efectos causó la liquidación y terminación del fideicomiso el 19 de diciembre de 2001, efectos mediatos o inmediatos. Responde: El efecto inmediato fue

que esos activos que estaban en un patrimonio autónomo, tuvieron que nuevamente registrarse en los activos del Banco y como eran de mala calidad debían crearse provisiones adicionales y esas provisiones debían registrarse contra el patrimonio del Banco cuyo accionista era el Banco Central del Ecuador, y es por eso que el Banco en diciembre 31 al crearse mayores provisiones por 28 millones de dólares el patrimonio técnico del Banco se vuelve negativo y en causal de disolución, entonces el Banco Central único accionista resolvió en febrero del año siguiente capitalizar al Banco del Pacífico por 121 millones de dólares en bonos que tenía en sus libros para poder amortiguar el impacto que la disolución del fideicomiso había tenido en el patrimonio del Banco. Pregunta: El aprovisionamiento de la cartera se realizó con dinero o valores del banco o accionistas para cubrir el riesgo de una cartera incobrable, de difícil recuperación. Responde: Las provisiones no utilizan dinero, son asientos contables que disminuye el activo y se tiene que reflejar en el patrimonio como incremento de las provisiones y en el estado de pérdidas y ganancias, las provisiones forman parte de los gastos en el estado de pérdidas y ganancias y afectan a las utilidades, pero una vez registradas esas provisiones en caso que se recupera cartera provisionada esa recuperación entra directamente como un ingreso a los estados financieros del Banco. El Banco cuando la recesión económica se comenzó a normalizar en el país y pasamos del estado de crisis financiera a un estado de estabilización y crecimiento económico el Banco en muchos de sus créditos comenzó a recuperar las provisiones que antes había creado y el Banco se benefició de eso como está registrado en sus estados financieros. Pregunta:Cuál es el valor neto que debían cubrir los ex accionistas luego que los 25'586 millones de dólares habían sido revertidos en las cuentas del Banco del Pacífico por motivo de la corrección monetaria. Responde: Es la cifra que consta en la escritura de fideicomiso 8.837.054 millones de dólares que se la obtiene del patrimonio de los ex accionistas al que se le restó los 71 millones de auditoría internacionales que dejaba un saldo a favor de 9 millones, pero que con los otros ajustes de la Superintendencia de Bancos quedó un total de 8 millones, si no se hubieran reversado las pérdidas y la corrección monetaria no hubiera sido suficiente para asumir esas pérdidas, los ex accionistas hubieran tenido que asumir las pérdidas de enero a septiembre por 25 millones, pero al momento de la constitución del fideicomiso y con la reversión y corrección monetaria la suma era 8.837.054 millones. Pregunta: A qué se debe que hayan aumentado en esa cantidad, 25 millones, sumado o restado, en las cifras del Banco del Pacífico. Responde: Se debe a que un análisis técnico de esta envergadura al Banco del Pacífico no puede hacerse en poco tiempo, pero la presión era tan grande que había que producir algún documento, y el error se arrastra desde los oficios DNAJ-2001-152 enviados a la doctora Mariana Yépez por el doctor Ortiz Barriga, en el cual se restan dos veces los 25 millones, yo lo atribuyo a la rapidez con que trabajaban los técnicos para poder hacer la presentación. Es un error grave por parte de quien elaboró el informe técnico y quien suscribió los oficios. El señor Presidente dice que el procedimiento indica que el procesado queda a disposición del señor Fiscal, quien interviene y pregunta: La corrección monetaria se registra contablemente en una cuenta llamada "reserva de revalorización de patrimonio". Responde: Puedo leer lo que dice la ley para responder y da lectura Pero dice que hay

otra cuenta que se llama desvalorización del patrimonio y donde se asentaron las cifras que resultaron de la auditoría internacional a los estados financieros del Banco del Pacífico, que es una cuenta transitoria que finalmente cuando la Superintendencia ordena, se la debita y se acredita como castigo al patrimonio de los accionistas de ese momento. La cuenta reexpresión es la que sufre cambios por revalorización de activos no monetarios, por la revalorización de pasivos no monetarios y por la pérdida del poder adquisitivo del patrimonio. Pregunta: Indique si la cuenta revalorización del patrimonio afecta al estado de pérdidas y ganancias. Responde: Como dice la ley la reexpresión monetaria afecta al estado de pérdidas y ganancias, no, afecta al patrimonio. Cuando se hizo la ley la gran discusión con los empresarios porque en otros países si se utiliza ese concepto, el saldo reexpresión monetaria se refleja inmediatamente en la utilidad del ejercicio, entonces la objeción de los empresarios era que como se iba a registrar como pérdidas y ganancias la revalorización que era solamente contable y que no había dinero en efectivo de por medio, entonces se llegó a un acuerdo en el cual las cuentas se reflejaban en el patrimonio no en el estado de pérdidas. Pregunta: En definitiva dice que la cuenta de pérdidas y ganancias no afecta al patrimonio, usted se ha referido a la corrección monetaria a diciembre de 1999, podía o no cubrir las pérdidas de enero a septiembre de 1999. Responde: Sí señor, podría haber resultado de una corrección insuficiente para cubrir las pérdidas, que no fue del caso. Pregunta: Indique si la cartera que se transfirió al fideicomiso en junio del 2000, correspondía total o parcialmente a personas vinculadas o a los ex accionistas del Banco. Responde: De lo, que yo conozco del análisis hecho por auditoría interna de la cartera vinculada en esa época, habían límites que no había que exceder, solo el 8.68 % de esa cartera era parte de personas vinculadas al Banco pero que en ningún momento tenían el 1% del Banco del Pacífico. Pregunta: Entre septiembre de 1999 y junio de 2000 en que se conoció de la constitución del fideicomiso 93BP, indique si se deterioró la cartera transferida al fideicomiso. Responde: La cartera se deterioró entre septiembre de 1999 y junio, por eso es que argumentábamos que si se tomaba la cartera de septiembre de 1999 para aportar al fideicomiso se hubiera tenido que incorporar mayores activos para contar con mayores provisiones y eso si hubiera sido un perjuicio descomunal al Estado. Pregunta: Usted en su larga exposición que demuestra su conocimiento profundo de los asuntos bancarios afirmó que no afectó patrimonialmente al Banco la constitución del fideicomiso, pero porque manifiesta por otro lado que se afectó a la reintegración de la cartera. Responde: Porque al conformar el fideicomiso esa cartera ya estaba provisionada al ciento por ciento y salió del balance del banco y fue al fideicomiso a un patrimonio autónomo, ya no constaba en los balances del Banco, cuando se disolvió el fideicomiso esos activos tuvieron que regresar al balance pero eran activos de mala calidad por lo que el Banco tuvo que conformar de inmediato provisiones para poder provisionar esa cartera mala que había incorporado a sus activos. Pregunta: Tiene un documento de asiento contable que indica la pérdida que tuvo que sufrir por este concepto el Banco Central. Responde: Sí, doctor, esos 28 millones de la creación de provisiones adicionales está en el documento que voy a entregar tanto en el balance del Banco del Pacífico cerrado a 31 de diciembre de 1999 como en los asientos contables y no solo los 28 millones sino cartas

solicitud a la Superintendencia de Bancos pidiendo más castigos contra el patrimonio del Banco Central del Ecuador. Pregunta: Usted ha dicho que se ha hecho dos veces la contabilidad de los 25 millones de dólares de las pérdidas de septiembre de 1999, pero manifestó que el patrimonio de los accionistas era 80,5 millones menos la auditoría de la firma internacional Arthur Anderson que es 71,2 millones, otros ajustes ordenados por la Superintendencia de Bancos 18 millones y las pérdidas de enero a septiembre de 1999 de 25 millones una sola vez y la pérdida no cubierta por los ex accionistas usted determina es de 24 millones, cómo es que por dos ocasiones se ha hecho una doble contabilidad de los 25 millones. Responde: Básicamente todos los números tomados son de los oficios hechos por la Superintendencia de Bancos. Pregunta: Del informe por el que se abrió la instrucción fiscal. Responde: Sí, del de 4 de octubre, los 80 millones es el patrimonio cuantificado el 4 de octubre y también cuantificado por Rosa María Herrera el 16 de octubre de 1999, a esos 80 millones le restan 25 millones de las pérdidas que ya no deberían haberse restado porque habían sido reversadas por orden de la Superintendencia de Bancos y absorbidas por la corrección monetaria, pero suponiendo que esos 25 millones sí había que restarlos, se los resta y se dice que el patrimonio debería haber sido constituido por 55 millones y restados de los 80 es la cifra que van tomando las diferentes instancias judiciales y le restan abajo menos saldo no cubierto por el patrimonio cuando debería haber sido solo la cantidad de 8 millones 836 porque ya las pérdidas de 25 millones ya habían sido restadas del patrimonio de los ex accionistas y por lo tanto le restan dos veces y la camuflan en los 34 millones al sumarle 8 más 25, por lo tanto los 25 millones los toman dos veces, apareciendo una cifra mucho menor de lo que debería haber sido. Por su lado, el doctor Ramiro Aguilar explica el por qué no se encuentra presente su defendido, el doctor Miguel Macías Hurtado, indicando que es un hombre que tiene más de 82 años y sufre de alzheimer, razón por la que era imposible traerle a Quito por los graves problemas de salud que sufre; que al haber sido ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia y profesor universitario entre otros cargos, se merecía el respeto de ser juzgado en ausencia ante su realidad actual. Señala que durante toda la exposición tanto del ingeniero Gallardo como de los testigos, no se ve cargo ni contra el ingeniero Gallardo ni contra los demás acusados; que ha sido él quien ha nombrado dos veces al doctor Miguel Macías Hurtado en esta diligencia, pero la Fiscalía no ha dicho donde está el concierto de voluntades para cometer el delito que se acusa. Se suscribe un contrato de fideicomiso mercantil quien decide que se constituya es la Junta General de Accionistas, que dice que la cartera E) (incobrable) pase a un fideicomiso para que de éste primero se pague al Banco del Pacífico y el resto, si lo había, se lo entregue a los ex accionistas en acciones, porque los accionistas tenían una particularidad, no eran tres o cuatro sino cientos, miles, entonces esos accionistas iban a perder sus acciones como consecuencia de los castigos ordenados por la Superintendencia de Bancos y los castigos ordenados por la auditoría internacional, pero el objetivo era que los accionistas queden en cero, es decir, que no hayan accionistas privados en el banco; pero el Banco del Pacífico era un banco solvente e importante, entonces había cartera provisionada al ciento por ciento, no porque no tuviera garantías sino porque quienes eran deudores no la había pagado a tiempo por la crisis bancaria que se vivió en ese

tiempo. En los otros bancos la mayoría de cartera era vinculada, habían creado empresas de papela a la que le habían entregado dinero y éstas no pagaban; para depurar estas cosas el gobierno del presidente Jamil Mahuad hizo una auditoría internacional porque la Superintendencia de Bancos no había hecho el control adecuado y no había confiabilidad en las auditoras externas nacionales porque eran las que habían auditado los balances antes de 1999, entre ellas la auditoría del Banco del Pacífico que dice que hay un grupo de cartera E y que debía ser provisionada. Alfonso Trujillo Bustamante en la Junta de Accionistas en esa época que pasaba si el banco recuperaba esa cartera E (que son difíciles de cobrar) y por el hecho de que podía recuperarse se decidió hacer un fideicomiso para que administré y lo que se cobre vaya al banco y el resto a los accionistas. El fideicomiso dice que debe hacerse con activos E) a octubre de 1999, pero, nadie podía saber que la petición que iba a hacer el banco a la Superintendencia de Bancos de constituir el fideicomiso iba a ser negada, el banco insiste y le niegan y ante esto se presenta un recurso de revisión legítimo y la Junta Bancaria le responde que como entidad privada podía hacer los contratos que quieran, pero para esto había pasado más de un año y por tanto habían tres calificaciones de cartera, porque es trimestral y se lo hace con activos calificados E) a la fecha de constitución del fideicomiso. Agrega que el fideicomiso se constituye con todo en orden, y después la Superintendencia de Bancos ordena reversar dicho fideicomiso que era administrado por Filanfondos, una institución estatal y, al reversar no se perjudicó en nada al Estado tal cual expreso por escrito el señor Félix Herrero, ex Presidente Ejecutivo del Banco del Pacífico al momento de la disolución del Fideicomiso 93BP. Al realizarse la reversa se devolvió la cartera por lo que ni la Superintendencia de Bancos habló de peculado ni se ha demostrado que se hayan beneficiado ni el ingeniero Gallardo ni el doctor Macías ni los otros miembros de dichas operaciones. Con el mismo objeto de aportar con elementos de descargo, presenta el **Testimonio de JOSE EDUARDO CARMIGNIANI VALENCIA**, a quien el doctor Aguilar pregunta: Cuándo rindió su versión a la Fiscalía afirmó que a la fecha de presentación del informe estaba de viaje, pero que lo conoció. Responde el testigo: Sí. Pregunta: Qué función desempeñaba. Responde el testigo: Fui asesor jurídico del Banco del Pacífico desde el 11 agosto de 2000 hasta el 24 de mayo de 2001 en que renuncié abruptamente al cargo por graves desavenencias con el entonces Presidente Ejecutivo Encargado, de tal manera que realmente no llegué a conocer el informe del auditor Ordoñez y poco tiempo después que fue presentado, renuncié al cargo. Pregunta: Podría decir las razones de esa separación. Contesta el testigo: El 24 de mayo de 2001 me enteré que en cuestiones relacionadas con el manejo de la deuda del llamado grupo Jambelí, una de los grandes deudores del banco, el señor Mejía contra mi opinión había firmado un documento dándole unos beneficios a ese grupo, razón por la que escribí una carta en duros términos. Pregunta: Revisó el informe de auditoría. Contesta el testigo: Luego de mi salida del banco y que se inició la instrucción fiscal la revisé. Pregunta: Este informe pasó por asesoría jurídica. Responde el testigo: No lo sé, pero cuando estuve en el exterior nunca estuvo en mi escritorio y luego renuncié, pero si hubiese sido asesor hubiese puesto una opinión negativa respecto de ese informe por ser superficial e impropio, redactado de un auditor, pero sin formación de abogado o conocimientos de derecho bancario. Ese informe

no tiene fundamentos de orden legal. Pregunta: Por qué no tiene fundamentos. Dice el testigo: Incurrir en gravísimos errores, pero el informe parte de lo que se llama una interpretación legal esclavizada de los textos que no es la forma apropiada de entender la ley. Pregunta: Cuál es su formación en temas de derecho bancario y experiencia. Responde el testigo: Fui miembro de la Junta Bancaria entre octubre de 1998 y octubre de 2000, previamente desde 93 hasta 2001 fui profesor de derecho mercantil en la Universidad de Santiago de Guayaquil; profesor de derecho bancario en el pregrado de la Universidad Santiago Guayaquil; profesor de derecho bancario en la misma Universidad; di clases en la maestría de derecho bancario en la misma Universidad Presidente de la Academia Ecuatoriana de Derecho Bancario. Pregunta: Este informe nunca llegó a sus manos. Responde el testigo: No. Pregunta: A su criterio qué opinión le merece este informe. Responde el testigo: No tiene ningún valor. El señor Fiscal tacha el testimonio haciendo relación a una publicación hecha por el testigo a favor del procesado ingeniero Jorge Gallardo, en la misma en que le felicita y le da honores, es decir, tiene una amistad profunda con él. Pregunta entonces: Se debieron entregar los activos que generaron el castigo pero no se entregaron. Responde el testigo: No tengo amistad con el ingeniero Gallardo, no salvo una oportunidad por febrero de 2008 en que estaba en Washington asistiendo en representación del Estado Ecuatoriano a una audiencia en el SIADI, tuve un encuentro causal con el ingeniero Gallardo y tuvimos una conversación, antes de eso no lo había visto desde el año 2000 o 2001, es decir, por más de nueve años por lo que no podría decirse que es una íntima amistad, sino una conjetura por parte del señor Fiscal. Si el fideicomiso se hubiese constituido inmediatamente después de ordenado por la Junta de Accionistas había que aportar activos con calificación E, pero si el fideicomiso recién se constituyó en octubre de 2000 no tiene sentido económico usar la calificación de un año o más antes, no hay perjuicio si lo que se envió eran activos E y no A. Así mismo y con el objeto de desvirtuar los hechos que se le imputan agrega como **prueba documental**: copia del oficio No. 16192 DPRC.DP de 17 de septiembre de 2010 de la Contraloría General del Estado dirigida al doctor Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator de esta Sala, diciendo que no hay en archivo ningún examen especial al fideicomiso 93BP; asientos contables del 18 al 21 de octubre de 1999 ordenados mediante oficio No. INBGF-99-3566 de 16 de octubre de 1999; carta de 10 de enero de 2000 dirigida por el ingeniero Pedro Delgado al ingeniero Jorge Gallardo; asiento contable de la capitalización de los subordinados de 26 de octubre de 1999 y escritura pública del convenio de asociación entre los bancos Pacífico y Continental; oficio AG-012-2001 del auditor interno del Banco del Pacífico; oficio INBGF-2000-0690 de 14 de marzo de 2000 por el cual se niega por parte de la Superintendencia de Bancos la constitución del fideicomiso y el oficio JB-2000-657 dando luz verde para la constitución del fideicomiso; oficio No. SB-2001-0858 y DNAJ-2001-152 suscrito por Miguel Dávila y Jorge Ortiz y, oficio SB-2001-0856 suscrito por Miguel Dávila y Jorge Ortiz; oficio DNAJ-2001-153 de fecha 8 de octubre de 2001 dirigido por Jorge Ortiz a la Fiscalía General; oficio DPJ-201-067 dirigido por el Director de Procuraduría Jurídica, Jorge Ortiz; oficio INIF-DBP-2002-02202 de 4 de junio de 2002 dando la autorización para el castigo de cartera menor a tres años y memorando ADR-060-2002 de 23 de mayo de 2002; acta de

Junta General de Accionistas y escritura de constitución y disolución del fideicomiso; memorias del Banco Central del 2001; certificados de antecedentes penales de los que consta que el ingeniero Gallardo no ha sido sentenciado en ninguna otra causa. El doctor Aguilar agrega que ya hizo la exposición en defensa del doctor Miguel Macías Hurtado y que se sume a ésta la expuesta por el ingeniero Jorge Gallardo. Acto seguido intervienen los demás abogados de los procesados en esta causa, en primer lugar el doctor Echeverría a nombre de GONZALO HIDALGO TERÁN, manifestando que adjunta prueba documental consistente en: Acta de la Junta General Extraordinaria de Accionistas del Banco del Pacífico S.A. celebrada el 9 de noviembre de 1999; certificación de nombramientos a favor de Gonzalo Hidalgo Terán; oficio No. INBGF-2000-0754 de 21 de marzo de 2000 suscrito por el economista Pedro Delgado, Intendente Nacional de Bancos y Grupos Financieros; oficio de 3 de marzo de 2000 suscrito por el ingeniero Gonzalo Hidalgo y el representante de la AGD. **5.3.** Para el mismo fin de la exposición de los fundamentos en los que sustenta su hipótesis de defensa y relato circunstanciado de los hechos como de la petición y práctica de pruebas para justificar la posición de la defensa del imputado FRANCISCO KOZHAYA SIMON, interviene su abogado defensor doctor Alejandro Vanegas, quien dice: que desde el 4 de junio de 2009 presentaron su prueba documental la misma que solicita se reproduzca en ese momento. Manifiesta que para comprender los acontecimientos que han llevado a este proceso hay que regresar en el tiempo a las circunstancias que vivía el Ecuador: el sistema financiero nacional no era ajeno a la crisis y el Banco del Pacífico era parte del sistema nacional y como con acierto se ha explicado por parte del ingeniero Gallardo, las acciones que se tomaron evitaron el colapso de una institución financiera. Indica que a la muerte del fundador del Banco del Pacífico por la experiencia que tenía el primer director del Banco del Pacífico, se le pidió que asumiera el rol de Presidente del Directorio, integrándolo con los más distinguidos juristas guayaquileños entre ellos el doctor Miguel Macías Hurtado, Alejandro Ponce Enríquez, José Cabezas Candel, el lamentablemente fallecido Handel Adoum personajes de connotada trayectoria que no tuvieron ninguna participación en el delito que se pretendió imputar por parte de la Fiscalía y que no se ha probado. Dice que La Fiscalía no ha demostrado que tenga prueba eficaz de la comisión del acto típico, antijurídico, pues cuando se reversaron los fondos trasladados al fideicomiso, no existió ningún perjuicio y por tanto no pudo existir ningún delito; que el testigo clave que solicitó la Fiscalía dijo que había copiado los informes del Intendente de Bancos y el Intendente Jurídico que no acusaban a persona alguna, sino que señalaban fallas administrativas, las mismas que en ese entonces se referían a las multas en UVC; que la señora Isabel de Ambrosini explicó cómo participó en el estudio hasta marzo y posteriormente la señora Lourdes Baquerizo, estableciendo que no hubo ningún perjuicio. Toma como propia la exposición del ingeniero Jorge Gallardo en todo aquello que beneficie al señor Kozhaya Simon y redarguye de falso todo lo que le perjudique. Afirma que este informe de auditoría que carece de valor y eficacia jurídica, nunca fue puesto en consideración del Presidente ni de los miembros del Directorio, porque a esa fecha ya no había miembros del Directorio a los que podía hacer conocer el señor Ordoñez Puente; que se hicieron cálculos forjados, una doble

contabilización de las pérdidas acumuladas por parte de la institución llamada a controlar justamente esta actividad; que el patrimonio dentro del balance fue castigado a los ex accionistas del banco el 18 de octubre de 1999 en 80 millones, la pérdida de enero a septiembre de 1999 en la primera contabilización fue de 25 millones, el subtotal tomado por el Ministerio Público, el ex Presidente de la Corte y los ex miembros de la Segunda Sala Penal de 55 millones menos el saldo no cubierto por el patrimonio de los ex accionistas da 34 millones ese saldo forjado por la Superintendencia de Bancos y tomado por el Ministerio Público y el ex Presidente de la Corte Suprema da un valor de 20 millones lo que es equivocado, todo lo cual lo reproduce a favor de la defensa del señor Kozhaya. Dice que el error de la Fiscalía es reproducir los cuadros de la contabilidad que presentó en su informe Roberto Ordoñez sin entrar a valorar los acontecimientos que iban sucediendo en el Ecuador como el fenómeno del Niño, pérdidas por la morosidad de clientes, circunstancias en el sistema financiero como el retiro masivo de depósitos, lo que hacía necesario recurrir a créditos subordinados para evitar el descalabro del Banco del Pacífico; que cuando se resuelve la constitución del fideicomiso se configuró en virtud de evitar el enriquecimiento ilícito del Estado en perjuicio de los ex accionistas, ratificando que el señor Gonzalo Mejía jamás puso en conocimiento del directorio el tema del fideicomiso, fue el señor Kozhaya quien exigió conocer el informe. Solicita finalmente la declaración de inocencia de su defendido; **5.4.** Para el mismo fin de la exposición de los fundamentos en los que sustenta su hipótesis de defensa y relato circunstanciado de los hechos como de la petición y práctica de pruebas para justificar la posición de la defensa del imputado Rodrigo Laniado de Wind, interviene su abogado defensor doctor Juan Andrade quien dice: que consta de la certificación adjuntada el día en que iba a realizarse la diligencia anterior, es decir, 20 de septiembre, que su defendido no puede venir a Quito por sufrir de una falla cardíaca. Indica que durante esta diligencia se han escuchado las acusaciones vagas e imprecisas de la Fiscalía y la brillante defensa del ingeniero Jorge Gallardo que ha permitido ver que la constitución del fideicomiso 93BP no fue perjudicial para el Banco; que la fiscalía no ha aportado ni una sola prueba de cargo que demuestre que ha habido dolo de parte de todos los imputados o que haya habido la intención manifiesta de aprovecharse de recursos del Estado o de terceros; que no hay prueba de parte de la Fiscalía que demuestre algún perjuicio y peor de la comisión de un delito de peculado; que se espera que en la sentencia que se dicte se absuelva a todos los imputados porque no se ha probado que haya habido un concierto de voluntades para la comisión de un delito. Dice el doctor Andrade que su defendido Rodrigo Laniado casi no actuó en el Directorio, reincorporando una copia del movimiento migratorio de la cual aparece que el prenombrado, Rodrigo Laniado en muchos de los momentos claves en los cuales se cometió el supuesto delito ni siquiera estuvo presente en el país, añadiendo que hace suya la prueba presentada por los demás acusados y pide se reproduzca a favor de su defendido; **5.5.-** Para el mismo fin de la exposición de los fundamentos en los que sustenta su hipótesis de defensa y relato circunstanciado de los hechos como de la petición y práctica de pruebas para justificar la posición de la defensa del imputados Alejandro Ponce, José Cabezas y Wilson Correa, interviene la doctora Gilda Benítez, defensora pública, y dice que efectivamente después de haber

transcurrido mucho tiempo el señor Fiscal no ha podido demostrar absolutamente nada de sus asertos y aseveraciones; que las brillantes intervenciones en especial del ingeniero Gallardo y los doctores Andrade, Aguilar y Vanegas, han constituido una pauta fundamental, poniéndose en evidencia en esta audiencia muchas piezas procesales que en su tiempo oportuno no fueron consideradas por nadie; que sus defendidos de acuerdo a la documentación inmersa en el proceso, son personas que tienen su edad y no es que no hayan querido venir a esta audiencia por temor a represalias sino que tienen de 72 a 73 años de edad, y por salud o por receta médica les han prohibido viajar a la ciudad de Quito; que estas personas formaban parte del banco en calidades de directores y nombrados en esa calidad, pero ellos no intervinieron en forma directa, pese a que en las actas de la Junta General estén identificados sus nombres, pero estas personas jamás se posesionaron y si no existe una legal posición, no puede tomarse a dichas personas como directores, debieron ser declarados aptos por parte de la Superintendencia de Bancos a la fecha; que durante las versiones de los testigos, ninguno conlleva a establecer una responsabilidad o a identificar siquiera a sus defendidos. Dice además que tomando en cuenta lo que indica el Art. 257 del Código Penal no hay los elementos suficientes y concretos para determinar el peculado cuanto más no se ha establecido cuál es el monto o perjuicio, además de que en la escritura pública de constitución del fideicomiso sus defendidos no intervinieron, por lo tanto, si no existen verdaderamente los elementos suficientes para poder establecer un peculado, de que se estaba hablando; que sus defendidos solo constan en una de las actas sin siquiera haber firmado. Acto seguido indica que se ha demostrado que se devolvió toda la cartera y que por tanto de qué perjuicio podía hablarse para que los directivos tengan que responder por un monto aún no establecido, concluyendo que no habiéndose configurado un delito de peculado debe declararse el estado de inocencia de los imputados. Por otra parte y en la etapa del debate y previa a la resolución previsto en el Art. 303 del Código de Procedimiento Penal, aplicable al caso, los sujetos procesales en resumen en su orden, manifestaron: **a) El Fiscal General del Estado Subrogante**, dijo: que ha escuchado la exposición del ingeniero Jorge Emilio Gallardo Zavala, pero no le convenció, pues las disposiciones legales que se habían violado no conducen a que no se le impute en el presente caso; que este proceso penal se ha seguido en contra del ingeniero Jorge Gallardo Zavala, que es la única persona que ha tenido la valentía de concurrir a esta audiencia, y también en contra del señor Francisco Kozhaya Simon, Rodrigo Laniado de Wind, Miguel Macías Hurtado de quien su defensor manifestó que por su estado mental ya no era una persona a la que se le podía imputar la comisión de delito alguno, por lo que no hará comentario ni pronunciamiento alguno a este respecto; también contra Alejandro Ponce Enríquez, Wilson Correa Calderón, José Cabezas Candel y Gonzalo Hidalgo Terán. Señala entonces que en síntesis el peculado consiste en haber realizado actos en contra del patrimonio público al haber hecho transferencias indebidas del Banco del Pacífico en perjuicio del único accionista, Filanbanco; que nadie ha dicho cómo se hizo el fideicomiso y en qué se fundamentó, activos que de conformidad al Acta de Asamblea de los ex accionista debían ser de la cartera de hasta 19 de octubre de 1999, sin embargo de la prueba analizada se encuentra que la cartera del Banco del Pacífico legalmente transferida al

fideicomiso era diferente a la que consta en el acta de la sesión extraordinaria de los socios. Sigue y manifiesta que de la prueba que se presenció en esta audiencia con las dubitaciones del caso de parte de quienes habían estado a cargo de la supervigilancia de las instituciones financieras país y que se había considerado eran personas con preparación, se vio que en aspectos fundamentales recurrían a lo que la gente sin cultura acude para no hacer frente, diciendo "no recuerdo", pero se estableció con la documentación que tiene la calidad de documentos que se hizo públicos, que se hizo transferencia de activos no de la fecha indicada sino de julio de 2000 lo que no podía hacerse porque los socios habían perdido su calidad de tales en el Banco del Pacífico conforme a la explicación de que habían perdido todo su derecho. Señala el señor Fiscal que igualmente se dispuso en esa acta que se haga una transferencia de cartera a la entidad fiduciaria en números redondos por 73 millones de dólares, cuando de los informes contables, de la Superintendencia de Bancos y de las entidades que ejercieron la vigilancia, ascendía a 24 millones de dólares; que no se realizó la explicación de por qué se trató de darle un vuelto a los ex accionistas porque en la ley de compañías se establece el momento en el cual los accionistas de una sociedad pueden reclamar sus haberes, dando lectura del Art. 349 de la ley de la referencia. Dice además, que para dictar sentencia debe considerarse la prueba testimonial y la documental que se presentó, con lo cual considera que los acusados han ejercido la conducta imputada al delito que se adecua a la tipicidad señalada en el Art. 257 del Código Penal, y en virtud de lo cual solicita que se pueda declarar la responsabilidad de los acusados. Indica además el representante de la Fiscalía que debe referirse a las pruebas y al respecto debe considerarse el testimonio del doctor Jorge Rodrigo Ortiz Barriga, ex Director de Asuntos Judiciales de la Superintendencia de Bancos, quien al presentarle el oficio de 4 de octubre de 2000 enviado a quien era la Fiscal de esa época, doctora Mariana Yépez, reconoció su firma; que en dicho oficio deja constancia de los resultados de la auditoría especial practicada por la firma especial Arthur Anderson con corte al 31 de marzo de 1999 y que los accionistas del Banco del Pacífico perdieron el ciento por ciento de su participación patrimonial; que en ese mismo oficio el doctor Ortiz indica que el único patrimonio del Pacífico es el constituido por los dos préstamos subordinados recibidos de Filanbanco; que además se deja constancia del hecho de que la cartera entregada al fideicomiso es aquella castigada o provisionada al ciento por ciento al 30 de junio de 2000, en lo que hay una gran diferencia, por cuanto la instrucción conforme se lee del acta era que debían transferirse al fideicomiso activos castigados o provisionados hasta el 18 de octubre de 1999. Se refiere acto seguido la Fiscalía al testimonio de la señora María Herrera Delgado, que a la fecha de los hechos era Intendente Nacional de Bancos y Grupos Financieros, en el cual manifestó que había enviado el oficio NBGF-993566 al señor ingeniero Jorge Gallardo que por entonces ejercía la Vicepresidencia Ejecutiva del Banco del Pacífico, y en el que se hizo conocer que el grupo financiero Banco del Pacífico se afectaba por el valor de 1139142 millones de sucres y aclara que eso se refería a los ajustes determinados por la auditoría internacional; que el oficio también se refiere a las pérdidas producidas en el ejercicio económico de enero a septiembre de 1999 que ascienden según el informe de Rosa María Herrera a la

suma de 407498 millones de sucres, así como también dijo que a esa fecha el patrimonio técnico era inferior al determinado en la ley y que su relación de solvencia apenas llegaba al 3.9% Y volvió a decir al ingeniero Gallardo que el patrimonio de los accionistas se ha consumido completamente. Se refiere acto seguido tanto a las declaraciones como al informe constante en el oficio de 4 de octubre de 2001 dirigido al economista Mauricio Yépez que ejercía la Presidencia del Directorio del Banco Central del Ecuador, e indica que los testigos a los que exhibió dicho oficio lo ratificaron íntegramente y que en esa integración consta la firma del economista Miguel Dávila Castillo, Superintendente de Bancos, doctor López Espinoza y del ingeniero Alejandro Maldonado García, Intendente Nacional de Supervisión e Instituciones Financieras a la fecha. Da una breve síntesis de dicho informe, manifestando en lo principal que de él se desprende que el patrimonio del Banco estaba constituido por el préstamo subordinado que le concedió Filanbanco; que la capitalización de los créditos subordinados se contabilizó el 26 de octubre de 1999; que en el considerando cuarto del informe consta la constitución del fideicomiso el 3 de octubre de 2000 ante el Notario Quinto del Cantón Guayaquil y que en los antecedentes de dicho contrato se señala que la Junta General del Banco del Pacífico reunida el 9 de noviembre de 1999, resolvió autorizar al Banco para que transfiera al fideicomiso activos castigados o provisionados al 19 de octubre de 1999; que en la página 8 de ese informe reconocido con juramento por las tres personas indicadas consta que la cartera que se entregó al fideicomiso es aquella castigada o provisionada al ciento por ciento al 30 de julio de 2000, cuando la instrucción de la Junta General de Accionistas fue de que se transfieran al fideicomiso activos castigados o provisionados del Banco del Pacífico hasta el 18 de octubre de 1999. Dice la Fiscalía que en cuando al testimonio del economista Miguel Dávila Castillo, quien declaró haber enviado al señor Tomás Plúas, Presidente Ejecutivo del Banco del Pacífico, el 4 de octubre de 2001 indicando que en razón de que la administración del Banco del Pacífico a esa fecha transfirió activos distintos a aquellos motivo de la resolución de la Junta General de Accionistas y por un monto diferente al que corresponde debe sustituirse la cartera entregada e instruirse al fiduciario la hiperactividad de regularizar aquella anomalía del citado fideicomiso. Finaliza esta parte de su intervención diciendo que las mencionadas son las pruebas testimoniales fundamentales. Agrega que al no haber disposición legal que autorice la disposición arbitraria de los fondos del Banco del Pacífico y de Filanbanco, único accionista, del que a su vez es propietario el Estado Ecuatoriano y hace relación al concepto del delito de peculado de la resolución No. 375-2009 del: 30 de septiembre de 2010 de esta Sala cuyo ponente es el doctor Hernán Ulloa Parada, dando lectura textual de la parte pertinente. Manifiesta además que en el Art. 257 del Código Penal se habla de las formas de abuso que constituye el peculado que son: el desfalco, disposición arbitraria y cualquier otra forma semejante, y que al haberse dispuesto la entrega al fideicomiso se encontraban dentro de una disposición arbitraria a la cual se refiere el artículo ya citado, lo cual es más notorio cuando se tiene el poder de manejar la cartera de un Banco y se transfiere constituyendo un fideicomiso mercantil aparentando una operación normal, pero perjudicando al único accionista Filanbanco, por lo que la conclusión no puede ser sino que se dispuso

arbitrariamente y se abusó del capital del único accionista. Dice el señor Fiscal que se dejó sin efecto dicho fideicomiso y que se resolvió darlo por terminado violándose con ello también disposiciones legales, porque éste no puede darse por terminado ya que las cosas dadas en fideicomiso se entregan en propiedad. Continúa y manifiesta que en la comunicación del doctor Jorge Ortiz Barriga se dejó constancia que cuando se devolvieron los bienes y la cartera castigada con motivo de la determinación del, fideicomiso no entregó el fiduciario 180 mil dólares, que parece es el perjuicio económico, de manera que si no hubiera habido el fideicomiso no hubiera habido el perjuicio económico. Que se manifestó también que en el delito de peculado no solo es el perjuicio económico sino el ataque que el funcionario público hace a la fidelidad que debe guardar en la administración de los bienes, por lo que menciona la jurisprudencia citada por el doctor Luis Cueva Carrión en el tomo 1 de su obra "El peculado" en la que se hace referencia a una jurisprudencia que consta en la Gaceta Judicial, Serie XVII, número 14, pág. 4642 y 4643 para indicar que esta falta de fidelidad así no haya el perjuicio económico, que en este caso si lo hay en la suma **de ciento ochenta mil dólares**, (las negrillas son de la Sala) solo la falta de fidelidad en la administración de los bienes es causa de peculado, dando lectura de lo citado. Determina acto seguido la responsabilidad de los acusados: del señor ingeniero Jorge Gallardo quien el 9 de octubre de 1999 como Presidente Ejecutivo del Banco del Pacífico Encargado de la Presidencia Ejecutiva, compareció a la Junta General de Accionistas de dicha entidad dando lectura textual de la exposición del prenombrado, de lo cual se evidencia que recomienda e insiste en la constitución de dicho fideicomiso para favorecer a los ex accionistas. Indica también la Fiscalía que según el informe realizado por el doctor Pedro Alvear Icaza, por el economista Leopoldo Báez Gerente del Banco Central en oficio SE-005-2002 de 12 de enero de 2002 se remite el economista Leopoldo Báez al informe del doctor Pedro Alvear Icaza y se señala la ilegal constitución del fideicomiso 93BP, para lo cual expresó que debía considerarse el hecho que las acciones de las compañías mercantiles atribuyen al tenedor legítimo los derechos inherentes a la condición de socios e incorporan en sí derechos de muy distinta índole, pero nunca un derecho de crédito contra la sociedad; que la participación en el patrimonio de una compañía cuando se ésta se extingue hace que el accionista solo pueda reclamar su participación en el haber de la empresa en el caso de liquidación y siempre que quede algún remanente después de ser satisfecho los acreedores de la misma lectura del artículo correspondiente de la Ley de Compañías), y dice que el supuesto de liquidación en el cual nunca estuvo incurso el Banco del Pacífico como tampoco en proceso de reestructuración y saneamiento que contemplan los Arts. 23 y 24 de la Ley de reordenamiento en Materia Económica estableciéndose según este informe que tanto la decisión de la Junta como la constitución del fideicomiso 93BP fueron actos fraudulentos al no haber constado en el orden del día de la convocatoria a tratarse por la Junta de Accionistas del Banco del Pacífico en referencia, y que en el informe se dice que la constitución del fideicomiso incumpliendo lo señalado en el Art. 236 de la Ley de Compañías del que da lectura y que dispone la nulidad de los asuntos no tratados en la convocatoria. Dice el Fiscal que en cuanto a la afirmación del ingeniero Gallardo de que es una cartera ciento por ciento provisionada y que no ha producido un

perjuicio al Banco del Pacífico no concuerda con lo sostenido por el abogado Xavier Castro Muñoz al decir que no existen juicios perdidos respecto de la cartera de la que se le ha encargado su cobro, lo que hace presumir que el ingeniero Gallardo sí tuvo conocimiento de qué cartera iba a constituir el fideicomiso especialmente en la cláusula segunda de antecedentes y tercera de bienes fideicometidos en donde en primer lugar se hace mención a la resolución de la Junta que autoriza transferir activos castigados o provisionados hasta el 18 de octubre de 1999 para posteriormente mencionar que el fideicomiso estará constituido por una cartera castigada o provisionada en un ciento por ciento que se describió. Así mismo, se refiere a lo manifestado por la señora Lourdes Baquerizo en su calidad de Gerente del Departamento de Administración de Riesgos que dijo que en sus funciones le tocó presentar ante el Presidente Ejecutivo del Banco para que decida qué activos iban a constituir el fideicomiso y que para el efecto se le presentaron dos alternativas o escenarios, el primero consistente en la pérdida por la inversión en la subsidiaria del Banco del Pacífico Colombia por la operación de leasing back, la pérdida por el valor patrimonial proporcional del Banco del Pacífico Panamá, la pérdida por la valoración a mercados de bonos de Gobierno, cartera calificada E) y al ciento por ciento provisionada y cartera castigada, y así dice que se le presentó la segunda alternativa calificada E al ciento por ciento provisionada y cartera castigada, ante lo cual el Presidente Ejecutivo del Banco decidió la alternativa dos, o sea solamente cartera, ya que la alternativa uno estaba constituida en activos de difícil recuperación y no viables en su transferencia, todo lo cual le lleva a la conclusión de acusar al ingeniero Jorge Gallardo como autor de este delito. Se refiere entonces el Fiscal a las acciones para luego establecer responsabilidades del ingeniero Carlos Gonzalo Hidalgo Terán, quien como Gerente de Filanbanco compareció a la suscripción del convenio de Asociación entre el Banco del Pacífico y Continental el 26 de octubre de 1999, sin contar con la autorización expresa del Directorio de Filanbanco, pero se comprometió en la cláusula sexta a asumir pasivos ocultos o contingentes no contabilizados de cualquier naturaleza del Banco del Pacífico, hecho que se llegó a concretar cuando se convirtió en el único accionista asumió pérdidas del ejercicio económico con corte a septiembre de 1999 por el monto de 407.498 millones de sucres, valor que al haberse constituido el fideicomiso 93BP no se consideró como reembolsable al Banco del Pacífico, esto es, una participación directa e inmediata en la disposición de valores de Filanbanco en perjuicio del Estado, por lo que lo acusa de autor. Como debe referirse a los demás acusados Francisco Kozhaya Simon, Rodrigo Laniado de Wind, no se refiere al doctor Miguel Macías porque acepta que es un caso de inimputabilidad aceptando la documentación que ha presentado la defensa, de Alejandro Ponce Enríquez, Wilson Correa Calderón, José Vicente Cabezas Candel, quienes fueron miembros del Banco del Pacífico y quienes fueron delegados por la Junta Extraordinaria de Accionistas del 9 de noviembre de 1999 para vigilar que la transferencia de activos al fideicomiso se realice en los términos y condiciones acordadas y en definitiva sobre la legalidad de la constitución del mismo, esta obligación no la cumplieron cooperando en forma secundaria para el fideicomiso 93BP, inclusive en sesión del Directorio de 21 de diciembre de 1999 seleccionaron a la Compañía Filanfondos en calidad de fiduciaria del fideicomiso. Dice que la intervención en

forma secundaria también se ratifica con lo dicho por los señores Gonzalo Mejía, Galo Ordoñez Puente, quienes señalan que los Miembros del Directorio sí conocieron la Resolución de la Junta General Extraordinaria de Accionistas de 9 de noviembre de 1999 que los facultaba a reglamentar de acuerdo con la ley la implementación del mencionado fideicomiso sobre el cual posteriormente se llegó a realizar un informe de auditoría interna que establecía sobre su ilegalidad y sobre el cual tampoco tomaron ninguna acción pese a que el Art. 30 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero establece su obligación de cumplir y hacer cumplir las disposiciones emanadas por la ley. En lo que se refiere a la afirmación de que Rodrigo Laniado de Wind no conoció como miembro del directorio nada relativo a la lista de activos de cartera que se transfirieron al referido fideicomiso, pero no se tomó en consideración que la Junta General Extraordinaria de accionistas expresamente delegó al directorio establecer todas las reglamentaciones con sujeción a la ley para que se instrumente la prohibición de cartera y que debía permanecer en el activo del banco y no formar parte del patrimonio autónomo del fideicomiso 93BP que tenía como uno de sus beneficiarios a los ex accionistas del Banco del Pacífico. En cuanto al señor Wilson Eduardo Correa Calderón, el hecho de haberse posesionado el 13 de enero de 2000 como miembro del directorio no exceptúa su responsabilidad ya que si bien no estuvo a la fecha en que se adoptó la resolución por la junta general desde la fecha de su posesión estuvo aproximadamente nueve meses en su calidad de director para hacer lo dispuesto por la Junta General de noviembre de 1999. Dice el señor Fiscal que con estos antecedentes acusa a los señores referidos Simon Francisco Kozhaya, Rodrigo Laniado de Wind, Alejandro Ponce Enríquez, Wilson Correa Calderón, José Cabezas Candel como cómplices del delito señalado y tipificado en el Art. 257 del Código Penal por haber participado de manera indirecta y secundaria en la comisión de este delito que se acusa; **b)** Por su lado, el doctor Ramiro Aguilar dice que hay un derecho constitucional a que cada persona pueda defenderse por sí misma y en ese sentido pide se le conceda la palabra al ingeniero Gallardo, el cual manifiesta que expresa su sorpresa e indignación por una acusación mal fundamentada en contra de su persona y demás miembros del Directorio del Banco del Pacífico; que la exposición del señor Fiscal dice que hay un acto contra el patrimonio público que perjudicó al Estado, pero de las pruebas presentadas por la defensa ha quedado sumamente claro que la constitución del fideicomiso no le significó al Banco del Pacífico ni a Filanbanco un solo centavo de pérdida en su patrimonio; que el señor Fiscal dijo haber escuchado con pena las declaraciones de testigos que decían no recordar y en efecto nadie se acordaba de nada; que se remitió a los informes contables y que según él el 4 de octubre de 1999 el señor doctor Ortiz Barriga, que ayer manifestó que transcribió el informe del ingeniero Maldonado y del doctor López y que hasta ahí su responsabilidad, pero toma ese documento y dice que el valor patrimonial ascendió a 20 millones, pero que él ya demostró que en ese informe se restan dos veces del patrimonio de los ex accionistas las pérdidas acumuladas de enero a septiembre, pérdidas que habían sido reversadas por orden de la Superintendencia de Bancos y que habían sido luego absorbidas por la corrección monetaria, pero a eso no se hace referencia de las pruebas presentadas en su exposición y documentos y donde se deja claro que se forjaron cifras para hacer

aparecer un delito inexistente. Que en cuanto a la afirmación de que el reconocimiento de la firma por parte del doctor Ortiz en el documento es suficiente para establecer que es verdadero el contenido de ese documento, pero si es verdadero se forjan cifras y no hacen referencia de la implicación que tuvo la orden de la Superintendencia de Banco para reversar las pérdidas acumuladas de enero a septiembre de 1999 por lo que queda claro que las pruebas de la defensa para la Fiscalía no tienen ningún valor. Dice que igualmente quedó establecido por qué no se aportaron con la calificación de octubre 18 de 1999 esos activos al fideicomiso, pues si eso acontecía se hubiera tenido que aportar más activos al fideicomiso porque tenían una provisión menor al cien por ciento, y ahí si hubiera habido un perjuicio del banco en favor de los ex accionistas que se hubieran beneficiado de cartera extra que se hubiera cobrado a través del fideicomiso. Que la Fiscalía se remite al informe de Rosa María Herrera, funcionaria que el 16 de octubre de 1999 ordenó al Banco del Pacífico castigar patrimonio de los ex accionistas por las auditorías, otros ajustes y las pérdidas acumuladas y que ninguna implicación tiene con el fideicomiso, pues las auditorías internacionales fueron exámenes que se realizaron a todos los bancos que formaban parte del sistema financiero. Indica que la Fiscalía ha repetido que en septiembre luego de recibir el oficio del doctor Jorge Guzmán Ortega, a la fecha Superintendente de Bancos, para que castigue el patrimonio con las auditorías internacionales, la contabilidad de aquella época, con el representante legal Arturo Quiroz, autorizó que se asiente en la cuenta 3603 de revalorización de patrimonio lo cual fue correcto. Toma la palabra el doctor Aguilar: manifiesta en entre otras cosas que en este caso se presentaron informes de auditoría interna, informes de la Superintendencia de Bancos y sin embargo cuando estuvieron aquí los declarantes no se acordaban de nada; que solicita que se dicte sentencia absolutoria, como en derecho corresponde a favor del ingeniero Jorge Gallardo y los demás miembros del directorio, pero no solo eso, sino que pide se inicie el enjuiciamiento penal por perjurio del ingeniero Alejandro Maldonado porque es impresentable en un tribunal de justicia la actitud desaprensiva, de desacato, de burla, de cinismo, que no tiene de rústico un pelo porque llegó a ser incluso Superintendente de Bancos; c) el doctor Alejandro Vanegas, a nombre de su defendido Kozhaya Simon, dice que es lamentable que el señor Ministro Fiscal Subrogante a pesar de la evidencia presentada durante el desarrollo del juicio haya manifestado la comisión de un delito por parte del señor Francisco Kozhaya Simon, en su calidad de Presidente del Directorio, y de los demás miembros; el señor Fiscal se refiere a que el directorio no cumplió con lo que dispuso la Junta General de Accionistas del Banco del Pacífico que se celebró el 9 de noviembre de 1999, y que es mucho más penoso y lamentable es que se presente un informe mutilado del acta y no se da lectura del numeral 7 de esa misma acta que consta como anexo numero 2 de la prueba documental que presentó el 4 de julio de 2010 dando lectura de dicho numeral, de lo cual se desprende que no era el directorio del Banco del Pacífico quien debía preocuparse de la transferencia de los activos sino el señor Gustavo Heinert Insúa; que ese día se dispuso al directorio del Banco del Pacífico lo siguiente: “..el directorio del Banco del Pacífico, queda expresamente autorizado para reglamentar con sujeción a la ley en cuanto fuere necesario la presente resolución...”, no la del fideicomiso y se incluye que designe a la administradora de

fideicomisos que actuará como fiduciario en la operación, lo cual queda en el numeral 6 de la Junta General de Accionistas, afirmando que solo ese hecho desvanece las acusaciones que en este juicio ha realizado el señor Fiscal Subrogante. Continúa y dice también que el señor Fiscal se refirió a la versión del señor Gonzalo Mejía pero al que no llamó a declarar el que era Presidente Encargado del Banco del Pacífico porque mintió en dicha versión, diciendo que lo va a demostrar acto seguido, pues quien contrató a Roberto Ordóñez Puente como auditor para que realice el informe ágil 2001 materia de esta injustificada acción penal pues fue el señor Mejía y quien recibió el informe el 17 de abril de 2001, y que como ya lo demostró antes en esta misma diligencia ese mismo sujeto Ordóñez le ocultó al señor economista Kozhaya Simon el informe y se lo presentó recién el 6 de noviembre de 2001, siete meses después, entonces cómo podía el Presidente del Directorio y el mismo Directorio conocer el contenido de un informe contable, no jurídico, no vinculante, no obligatorio, no susceptible de ningún tipo de materialización de un delito, cómo podía su defendido y los miembros del directorio conocer el contenido del informe contable si el Presidente Encargado del Banco Gonzalo Mejía no lo entregó al directorio sino el propio Ordóñez Puente siete meses después como consta en la prueba No. 13 documentada que ha acompañado. Señala también que el señor Fiscal olvidó mencionar que el economista Leopoldo Báez reconoció el documento en el que declara que el responsable de administrar, controlar y verificar la calidad de la cartera era el directorio del fideicomiso y no el directorio del Banco del Pacífico. Indica entonces que el señor Gonzalo Mejía cuando ya había recibido la disposición de no continuar integrando el directorio del Fideicomiso, se dirigió a Leopoldo Báez y le pidió que le permita continuar integrando el directorio del fideicomiso lo cual consta de autos en una carta, esto para poder seguir con la operación del fideicomiso, pero que sin embargo no ha venido a esta audiencia a rendir su testimonio; Indica el doctor Vanegas que han pasado diez años para poder determinar que el presunto y no probado perjuicio ocasionado es por un valor de ciento ochenta mil dólares mismos que Filanfondos cobró al Banco del Pacífico cuyo accionista es el Banco Central, y la razón por la que se eligió a Filanfondos es porque no se podía causar ningún perjuicio, pues no existe posibilidad de causar perjuicios entre instituciones del Estado y por transparencia y bondad de quienes estaban al frente del Banco del Pacífico para impedir el perjuicio a los cuenta ahorristas, cuentacorrentistas. Se refiere a la defensa del ingeniero Gallardo y reprueba el hecho de que se lo haya pretendido acusarlo de un delito que jamás cometió, cuando lo que debería haberse hecho es reconocerse que gracias a su acción se impidió el cierre de una institución financiera como el Banco del Pacífico de gran prestigio y servicio a la ciudad de Guayaquil y al Ecuador y que hoy día está valorada en más de mil setecientos millones de dólares por las decisiones que se tomaron en ese momento previo a la dolarización. Concluye refiriéndose al auto que dictó la Segunda Sala de lo penal el 27 de noviembre de 2001 suscrito por el doctor Milton Moreno y doctor Arturo Donoso, del cual da lectura en lo pertinente a los imputados José Cabezas, Francisco Kozhaya Simon, Rodrigo Laniado de Wind, Alejandro Ponce y los demás miembros del directorio, diciendo que este auto por sí solo era suficiente para estimar la inimputabilidad de estos distinguidos

guayaquileños, pues en este mismo auto los magistrados hacen notar que respecto de los miembros no corresponde la aplicación del Art. 30 literal e) de la Ley de Instituciones Financieras por que no estaba vigente cuando ellos estaban en funciones, es decir, que el Directorio del Banco del Pacífico por la supuesta omisión que no ocurrió jamás debió haber sido multado administrativamente por la Superintendencia de Bancos. Finaliza diciendo que solicita se declare la inocencia del economista Francisco Kozhaya y que se termine este proceso con una absolución de todos los acusados incluido el ingeniero Jorge Gallardo que demostró ampliamente que no existe ni existió perjuicio al Estado; **d)** En cuanto al imputado Gonzalo Hidalgo Terán, el doctor Enrique Echeverría manifiesta que a la Junta de Accionistas, único acto al que asistió el señor Gonzalo Hidalgo Terán, es legal de acuerdo al Art. 147 de la Ley de Instituciones Financieras y la resolución de la Junta Bancaria en la apelación del Banco del Pacífico al que le negaron la validez de la misma. Dice que como ya lo dijeron sus predecesores en agosto de 1999 la crisis bancaria era de tal magnitud que obligó al Estado a usar a Filanbanco para otorgar préstamos subordinados, no solo al Banco del Pacífico sino a la Previsora, al Banco Popular y al COFIEC, éstos últimos que por ser precedentes no provocaron juicios penales tan solo pusieron sus ojos en los préstamos subordinados al Banco del Pacífico por parte de Filanbanco los cuales por lo establecido en el proceso fueron cancelados con los respectivos intereses; al Banco del Pacífico se le dio un préstamo subordinado y permaneció como préstamo por 90 días hasta que autorizado por la Superintendencia de Bancos los préstamos subordinados se convirtieron en capital del Banco del Pacífico, por lo que al ignorarse el hecho de que los tres meses en que ese préstamo permaneció como subordinado generó intereses a favor de Filanbanco por un 1.767.913 millones de dólares en aquel entonces a una cotización de más de 12 mil sucres por dólar, el argumento del anterior Presidente de la Corte Suprema de Justicia es que de todas maneras Filanbanco asumió pérdidas del Banco del Pacífico por un monto de 407.498 millones de sucres, lo cual es errado pues no se consideraron que las acciones que recibió Filanbanco del Banco del Pacífico se traspasaron a la par por decisión adoptada por la misma AGD y que en un último término no existió tal pérdida. De lo manifestado los resultados de Filanbanco no se afectaron en nada, las acciones pasaron a la AGD luego ésta las transfirió al Banco Central del Ecuador generándole dividendos y beneficios año tras año, al punto de convertirse en la inversión más rentable del Banco Central del Ecuador convirtiéndose el Pacífico en el tercer Banco del país cuyo patrimonio vale mucho más que el valor del capital; agrega que las juntas generales de accionistas de Filanbanco de aquella época fueron conocidas y autorizadas por la Superintendencia de Bancos sin objeción alguna al cabo de los años asoma la acusación de que ha asistido a la Junta General sin la autorización del directorio pero ya se presentó un documento en el sentido de que hubo la autorización para que vaya a las reuniones previas; que se ignoró que según las normas contables universales las utilidades o pérdidas en valores fiduciarios se registran cuando éstas se venden o traspasan nunca antes, y el traspaso de acciones del Pacífico fueron a la par. Finalmente solicita que al no existir dolo en las acciones del ingeniero Carlos Hidalgo Terán (Art. 14 del Código Penal) ni perjuicio alguno (Art. 11 del Código Penal), no hay

delito, y por eso y por las pruebas aportadas reitera lo solicitado en el escrito de presentación de pruebas, es decir, que en sentencia se sirvan absolver al ingeniero Carlos Hidalgo Terán o declarar su inocencia; **e)** Interviene entonces el doctor Juan Andrade que manifiesta que la Fiscalía ha ignorado los principios básicos del ordenamiento legal, refiriéndose al Art. 169 de la Constitución de la República, pues en los días de la diligencia se han presentado pruebas categóricas que demuestran que ninguno de los acusados ha cometido delito alguno sin embargo la Fiscalía se ha dedicado a acusar por acusar. Dice que el señor Fiscal ha leído una acusación que tenía pre elaborada haciendo referencias a pruebas que no lo son como ya se ha demostrado, fundamentándose en unos informes de Jorge Ortiz Barriga, Miguel Dávila Castillo, Alejandro Maldonado, Rodrigo López y Leopoldo Báez, pero que todos ellos dijeron que nunca tuvieron acceso directo a las fuentes que era la contabilidad del Banco del Pacífico, entonces como podían opinar, pero el señor Fiscal se limitó a decir que como los prenombrados reconocieron su firma entonces todo su contenido era verdad lo que es un absurdo, pues lo único que se desprende de que ellos hayan reconocido su firma es que firmaron y nada más; agrega que en estos nueve años la Fiscalía lo que debió hacer es disponer que se haga una auditoría o un examen técnico a fin de que se determine lo que pasó; que no se ha presentado ninguna prueba de cargo a más de los informes a los que se refirió y que ellos pese a no tener que hacerlo, han presentado pruebas de descargo que demuestran que efectivamente el Filanbanco le dio créditos subordinados al Banco del Pacífico los cuales se caracterizan porque son los últimos que se pagan, son tan malos que se pagan al final, pero que sin embargo los accionistas del Banco del Pacífico y su administración a sabiendas de que había un problema estructural producto de situaciones como la guerra del 95, la crisis de la mancha blanca, la caída en general de las exportaciones, la caída de los precios del petróleo, factores que afectaron la economía lo cual se reflejó en el sistema financiero, en todos los Bancos no en uno solo, aceptaron que los créditos subordinados se convirtieran en acciones, es decir, aceptaron perder su patrimonio conformado por su capital y reservas que se formaron de las utilidades. Entonces indica que se constituyó el fideicomiso para transparentar las operaciones a realizarse con la cartera mala, y esta constitución fue legal pues la Ley de Mercado de Valores lo permite además de que la Junta Bancaria dijo que la Superintendencia de Bancos no podía pronunciarse sobre un acto privado; dice también que los beneficios económicos son anuales no de nueve meses y puede haber pérdidas o superávit al final del ejercicio económico y es por esto que el economista Pedro Delgado dispuso que los asientos contables fueran reversados mediante el oficio de 10 de enero de 2000, entonces dichas pérdidas de enero a septiembre de 1999 fueron pérdidas compensadas una vez que los activos fueron desvalorizados en definitiva, por eso es que los famosos 25 millones nunca podían ser considerados como pérdida a cargo de los accionistas. Sostiene la defensa que en relación al señor Rodrigo Laniado no hay prueba que determine que participó como cómplice en el delito de peculado pues no hubo apropiación de fondos, pero la Fiscalía como no podía sostener otra cosa dijo que fueron los 180 mil dólares con los que se quedó Filanfondos pero cuando se instrumentó el fideicomiso nadie pensó en que Filanfondos se benefició, no hubo intencionalidad de que se benefició ilícitamente pues pudo

haber cobrado por sus honorarios por una operación legal, pues el fideicomiso fue legal, los préstamos fueron pagados como quedó demostrado y no solo eso sino que al haberse dejado sin efecto ese fideicomiso tuvo consecuencias muy graves económicas para el Banco del Pacífico porque tuvo que provisionar más de 50 millones de dólares que había recibido del Banco Central, es decir, que el fideicomiso no solo que no le perjudicó sino que era beneficioso, pues un fideicomiso era un instrumento financiero utilizado por muchos Bancos para manejar de mejor manera, la cartera y esto se sigue utilizando. Afirma el abogado de la defensa que no hubo ningún dolo para perjudicar a nadie y finalmente solicita que se valore la prueba que ha sido presentada y se absuelva a los acusados injustamente en este proceso; f) Por su parte, la doctora Gilda Benítez quien manifiesta que ha escuchado el dictamen de la Fiscalía en contra de sus defendidos imputándolos de un delito de peculado de conformidad con el Art. 257 en categoría de complicidad e indicando que no está de acuerdo; dice que con relación al señor Wilson Correa él indicó que fue miembro del directorio del Banco del Pacífico recién desde el 13 de enero del 2000, es decir dos meses después de la resolución de la Junta General que resolvió transferir activos al fideicomiso mercantil por lo que no tenía por qué conocer esa resolución de la Junta General; que él no era el encargada de vigilar sino el señor Gustavo Heinert. Que en general en cuanto a sus defendidos ellos habían manifestado que no intervinieron como directores del directorio del Banco del Pacífico y que pese a que al final de las actas constan sus identidades o sus nombres se debe a que el Presidente de la Junta puso en consideración sus nombres como de otras personas y que por votación fueron elegidos sin posesionarse; que no hay un documento que diga que sus defendidos se posesionaron y entonces estaban en la obligación de vigilar y saber todo lo que pasaba; que indicó anteriormente que se tome en cuenta el Art. 134 del Código de Procedimiento Penal del cual da lectura, y que dicho artículo no se dio cumplimiento en la diligencia pues los testigos relataron en forma escueta lo que supuestamente en sus versiones e informes dijeron, por tanto esa prueba no puede ser calificada en forma positiva; se refiere también al Art. 79 del Código de Procedimiento Penal del cual también da lectura, y afirma que los testigos no relataron y no conocieron absolutamente nada, que solo reconocieron su firma y nada más, por lo que mal puede establecerse una responsabilidad sin los elementos constitutivos de la infracción, se pregunta en qué se han beneficiado sus defendidos para que tengan la calidad de cómplices. Finaliza y dice que todos quienes han presentado sus testimonios así como la documentación ingresada, no reúnen los requisitos para establecer el peculado, por lo tanto a nombre de sus defendidos solicita que se declare el estado de inocencia con la absolución respectiva. **SEXTO. ARGUMENTOS JURIDICOS y DOCTRINARIOS.- A) Aspectos jurídicos y doctrinarios del peculado.** El delito de peculado imputado por la Fiscalía General del Estado, a través del doctor Alfredo Alvear Enríquez, Fiscal Subrogante, se encuentra previsto en el artículo 257 del Código Penal que tipifica la conducta del delito conocido como peculado, en los siguientes términos: a) Que el acto sea ejecutado por un servidor público o una persona encargada de un servicio público; b ) Que en beneficio propio o de terceros, hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos; c) Que estuvieren en su poder en virtud o

razón de su cargo; d) Que el abuso consista en desfalco, disposición arbitraria u otra forma semejante. Abusar significa aprovechar, explotar, lucrar, extremar o someter. El alcance de esta acción debe estar directamente relacionada con el ejercicio de una atribución o competencia del funcionario o encargado del servicio público, de modo que dicha acción debe revelar un ejercicio no fiel, no fidedigno e ilegítimo de tales atribuciones o funciones, y que se traduzca en una transgresión al deber de fidelidad manifestada en un manejo arbitrario, despótico, injusto y caprichoso de los caudales o bienes sometidos al control, reguardo o disposición del servidor, procediendo así en forma contraria a la razón, la justicia, las leyes y las normas de la probidad y la eficiencia. Por lo mismo, el resultado de este accionar debe reflejarse de tal manera perjudicial o ruinoso a los intereses del Estado, como por ejemplo, cuando se dispone una negociación o una inversión utilizada como contrapartes de tal negocio a testaferros o prestanombres en suplantación de legítimos o de los verdaderos proveedores o contratistas, revelando una conducta caracterizada por el engaño, el ardid, la astucia y el artificio, parámetros de comportamiento que, como en el presente caso, no son constitutivos de actos dolosos y fraudulentos. Pero adicionalmente es necesario destacar, que en la tesis ideológica del tipo penal del peculado en el marco del ordenamiento jurídico ecuatoriano, se inscribe el propósito y la voluntad política del legislador de orientar la aplicación del derecho penal en defensa y tutela de la legitimidad y probidad de los servicios que presta la administración pública, a cuyo efecto se supone que el ejercicio de las funciones y atribuciones asumidas por el Estado se delega y confía a servidores y funcionarios que deben distinguirse por conformar sus actos con absoluta transparencia, honradez y moralidad; de modo que, las actuaciones de tales delegados, servidores o encargados de un servicio público tengan plena correspondencia con los sublimes ideales de lealtad y la decencia, como condiciones necesarias e inexcusables para lograr que la prestación de un servicio público, o el manejo de recursos públicos a través de dichos actos, goce de los atributos de la certeza, confiabilidad y procedibilidad. Actuar en contrario significa evidentemente el desprestigiar y deslegitimar a la administración pública y al rol del Estado en su conjunto, poniendo en inminente riesgo, duda y peligro la integridad y la idoneidad jurídica y política de todo un sistema de organización social estructurado en justificación ideológica al ejercicio y asunción del poder, lo que como es lógico, resquebraja la confianza y la credibilidad ciudadanas sobre las instituciones en general. De lo expuesto, podemos entonces deducir y concluir que la inspiración jurídica de los presupuestos que informan el delito de peculado, no está tanto vinculada con la existencia o no de un perjuicio patrimonial para el Estado, sino que en estricto sentido jurídico se orienta fundamentalmente a proteger, relieves y tutelar los deberes de fidelidad y lealtad que se supone deben caracterizar a las actuaciones de todo servidor o funcionario del Estado, o del encargado de un servicio o manejo de recursos públicos aun cuando no tenga las calidades antes referidas, en el propósito político de legitimar, transparentar y democratizar el ejercicio del poder, y el desarrollo idóneo de funciones y actividades de naturaleza o implicación públicas; de tal suerte que, la adecuación de una conducta a la hipótesis de este delito no está ni puede estar subordinada a la presencia de un resultado material o tangible de perjuicio, sino que en

esencia se requiere de la concurrencia de actos que revelen abuso, arbitrariedad y fraude, y que constituyan una afectación ostensible al prestigio, confiabilidad y funcionalidad de todo el andamiaje estatal desplegado con el fin de prestar servicios públicos idóneos, apropiados y suficientes, y servir eficazmente a la ciudadanía. Se advierte entonces con claridad meridiana, que establecidos los hechos que fueron objeto de la instrucción fiscal iniciada por el doctor Guillermo Mosquera Soto y acogida por el doctor Armando Bermeo Castillo Presidente de la ex -Corte Suprema de Justicia y ratificada por la Segunda Sala de lo Penal de la EX - Corte Suprema de Justicia incurrieron en un evidente error de apreciación o de abstracción respecto al alcance de los esquemas ideológicos que informan el contenido de los elementos y presupuestos del tipo penal del peculado, en relación con las bases teleológicas del ordenamiento jurídico insitas en las normas relacionadas, en lo genérico, con los delitos contra la administración pública, y en lo específico, con las tesis y postulados consagrados en el artículo 257 del Código Penal, norma que resultó evidentemente quebrantada por la actividad intelectual del Juzgador al momento de realizar la calificación jurídica de los hechos previamente establecidos, mediante contravención expresa de su texto; como asimismo se quebrantó la disposición del artículo 76, numeral 7, literal 1) de la Constitución, pues tanto la Fiscalía General como el Ex - Presidente de la Corte sin mayores elementos de convicción y en evidente ánimo de persecución penal, por motivos que no son jurídicos, exhibió una motivación insuficiente, y sobre todo, impertinente al tratamiento jurídico que debía aplicarse a los hechos y conductas en juzgamiento, y no adecuada a la real y auténtica temática ideológica que informa la tesis y presupuestos del tipo penal del peculado. Al efecto, debe señalarse que es obligación de los operadores de justicia en cualquier grado que este sea motivar sus resoluciones lo que en el caso de la Fiscalía al formular su acusación y solicitar también la orden de prisión en contra de los imputados, éstos, así como el Ex - Presidente de la Corte Suprema al acoger tales pedidos, violaron el principio de motivación que a decir de Fernando Díaz Cantón, citado por Julio B. Maier, la motivación es: **"la exteriorización por parte del juez o tribunal de la justificación racional de determinada conclusión jurídica"**<sup>1</sup>. De lo dicho se puede concluir que no existe motivación si no se ha expresado en la resolución o sentencia el por qué de determinado razonamiento judicial, esto es, cuando el razonamiento no ha sido exteriorizado por el juzgador. Por ello, en nuestro derecho positivo la falta de motivación se refiere tanto a la ausencia de expresión de la motivación como a la de explicación de los fundamentos de hecho y de derecho en que se basa una resolución sea judicial o administrativa. La necesidad de exteriorización de los motivos de la decisión, sobre la propia dinámica de formación de la motivación, obliga a quien adopta una decisión a operar desde el principio con unos parámetros de racionalidad expresa y de conciencia autocrítica mucho más exigentes, pues no es lo mismo resolver conforme a una corazonada que hacerlo con criterios técnicos e idóneos, para que surtan los efectos deseados y en respeto de la ley y la Constitución. Fernando de la Rúa, al definir lo que es motivación, señala lo

siguiente: *"La motivación de la sentencia constituye un elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya su decisión"*<sup>2</sup>. Por su parte, Muñoz Sabate señala sobre la motivación: *"... es una necesidad y obligación que ha sido puesta en relación con la tutela judicial efectiva... efectivamente es un derecho-deber de las decisiones judiciales. Deber porque vincula, ineludiblemente a los órganos judiciales y derecho, de carácter público y naturaleza subjetiva, porque son titulares de la misma todos los ciudadanos que acceden a los tribunales con el fin de recabar la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos... de esta manera la motivación se concreta como criterio diferenciador entre racionalidad y arbitrariedad"*<sup>3</sup>. Desde la perspectiva del ámbito psicológico, Sergi Guash Fernández sostiene: *"... la motivación del latín motus designa a aquellos factores o determinantes internos más que externos al sujeto que desde dentro le incitan a una acción. Así, cuando un órgano jurisdiccional entra en la apreciación de las pruebas debe, no solo establecer adecuadamente la estructura interna de la decisión, sino también el aspecto justificativo de la misma"*<sup>4</sup>. El Dr. Alfonso Zambrano Pasquel dice: *"La fundamentación de las resoluciones judiciales, para ser tal, requiere la concurrencia de dos condiciones. Por un lado, debe consignarse expresamente el material probatorio en el qrr se fundan las conclusiones a que se arriba describiendo el contenido de cada elemento de prueba. Por otro, es preciso que éstos sean meritados, tratando de demostrar su ligazón racional con las firmas o negaciones simultáneamente para que pueda considerarse que la sentencia se encuentra motivada. Cualquiera de ellos que falte (tanto el descriptivo como el intelectivo) la privará de la respectiva fundamentación"*<sup>5</sup>. Con acertado conocimiento anota el profesor Jorge Zavala Baquerizo: *"La motivación constituye un juicio lógico que se desarrolla alrededor de la pretensión. El juez al momento de sentenciar debe exponer, a las partes y a la sociedad, las razones que han tenido para resolver en la forma constante en la parte dispositiva de la sentencia... Para estimar o desestimar la pretensión punitiva, el juez debe ponerla en relación con el derecho objetivo... Pero, además, en el caso que el juez estimare la pretensión punitiva, la motivación o parte lógica de la sentencia debe comprender también las causas de la calidad y de la cantidad de la pena, es decir, las razones por las cuales se impone el máximo o no se admite la variación o, en su defecto, se atenúa la pena. Por otro lado, si se estima la pretensión, se debe incorporar en la motivación el fundamento para establecer la calidad de la pena, o en su caso, la razón para que proceda la imposición de ciertas medidas de seguridad proyectadas inclusive para el tiempo posterior al de la ejecución de la condena"*<sup>6</sup>. Por otra

<sup>2</sup> Fernando De la Rúa, *Teoría general del proceso...*p. 146

<sup>3</sup> Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, *Gaceta Judicial* serie XVII, NO 2, 2000, p. 365

<sup>4</sup> Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, *Gaceta Judicial...*p.364.

<sup>5</sup> Projusticia, *Debido proceso y razonamiento judicial, Convenio BIRF-4066-EC, Quito*, Editorial Javier Simancas, 1998, p. 77.

<sup>6</sup> Jorge Zavala Baquerizo, *El Proceso Penal*, Guayaquil, Edino, 1990, pp. 234-235.

<sup>1</sup> Julio Maier B. J., *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 1996, p. 59.

parte, no debemos olvidar que el peculado consiste en la acción de apropiarse o distraer en provecho propio o ajeno el dinero o las cosas muebles poseídas por razón de cargo o servicio, y perteneciente a la administración pública. 'Apropiarse' una cosa significa disponer de ella como si fuera el propietario (uti dominus (como el dueño)... Tanto la apropiación como la distracción deben estar acompañadas de la finalidad de provecho. La Ley habla de este elemento solo a propósito de la distracción, porque en la apropiación está implícito; el que hace suya una cosa, ya, por eso mismo, es un aprovechador... nos hallamos aquí en presencia, no de una condición de punibilidad, como opina Manzini, ni tampoco de un simple requisito subjetivo, si bien de ello deba tenerse en cuenta en el dolo. El provecho entra a formar parte, como elemento esencial, del concepto de acción; y precisamente constituye su dirección objetiva al identificarse con el destino distinto del uso legítimo... 'provecho' es cualquier ventaja material o moral, patrimonial o no patrimonial. Se resuelve en alguna ventaja personal de que comete peculado. El provecho debe ser del que comete peculado o de otros. Refiriéndose al delito de peculado, la doctrina es lo suficientemente clara, y al efecto Francisco J. Ferreira D., en su obra "Delitos contra la Administración Pública", tercera edición, Editorial Temis S.A., Santa Fé de Bogotá, 1995, pág. 14, respecto al peculado dice: "... el peculado es el delito que comete el funcionario encargado de administrar bienes, ya de propiedad del Estado o de los particulares, pero puestos bajo administración estatal, apropiándose de ellos o usándolos indebidamente.". Raúl Goldestein, en su Diccionario de Derecho Penal y Criminología, segunda edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1983, pág. 522, dice: "*La sustracción de caudales o efectos públicos por parte del funcionario público al que le fueran confiados, constituye el delito de peculado, incluido entre los ejemplos de la malversación de caudales públicos... Sujeto activo es el funcionario público a quien le haya sido confiada por razón de su cargo la administración, percepción o custodia de caudales o efectos. Por equiparación pueden serlo los particulares a quienes por determinados títulos esos bienes les hubieren sido confiados.- El objeto sobre el cual recae el delito debe serlo el caudal o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada en razón del cargo. No basta la simple tenencia de esas cosas, ya que se requiere la facultad de disponer de ellas... El peculado es un delito de daño, para su comisión es imprescindible que los bienes y efectos públicos salgan del patrimonio del Estado e ingresen en el del funcionario". También en el Compendio de Setenta Años de Jurisprudencia, en la pág. 385 se señala: "*Los elementos constitutivos de este delito (PECULADO), son los siguientes: a) sujeto activo que sólo puede ser "un empleado público o la persona encargada de un servicio público", en cuyo poder se encontraren los bienes en virtud o razón de su cargo; b) El objeto material existente, según los términos de la ley: dineros públicos o privados, efectos que lo representen, piezas, títulos o documentos o efectos mobiliarios, que como dicho, que en razón del cargo estuvieren en poder del empleado público o encargado del servicio público; c) La conducta que estriba en "abusar" de tales bienes ya consista el abuso, en desfalco, malversación de fondos, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante, de forma que radique siempre en actos de apropiación o distracción que dice la doctrina, contenidos en beneficio**

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

*el sentido anterior se reduce a una cuestión eminentemente subjetiva que alcanza la concreción del tipo penal situándose más allá del tipo objetivo y que acorde con el tipo se debe tener presente pero que no precisa alcanzar. En efecto, la intención es retomada por el legislador en diversos tipos, los cuales aluden a eventos futuros, refiriéndose a la intención no como dolo, sino a nivel de la certeza, la duda o el desconocimiento ... El dolo directo (dolus directus) constituye una de las manifestaciones del dolo al revestir la producción de un resultado típico con la conciencia de que se quebranta un deber jurídico en pleno conocimiento de dicha circunstancia y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere. Lo cual se traduce en la concurrencia en el autor del conocimiento de lo que va a realizar en relación con el tipo y en especial la previsibilidad de la producción de un resultado típico, siendo el conocimiento el aspecto central. La manera como el legislador acostumbra designar el dolo directo es mediante la idea de "conociendo" o "a sabiendas".*

**ELEMENTOS DEL DOLO:** A. *El conocimiento:* El conocimiento de lo que se pretende hacer es uno de los elementos exigidos por el dolo, pero cuáles son las características de dicho conocimiento. En principio, debe ser actual, es decir, en el momento mismo en que el autor despliega su comportamiento y debe referirse a los elementos del tipo objetivo que está concretando. Empero, no todos los elementos del tipo objetivo son factibles de conocer de una misma manera, por ejemplo, los normativos exigen de una valoración jurídico-social incluso requieren de un conocimiento técnico: por ejemplo un título de crédito, el servicio público, las armas de uso exclusivo del ejército y fuerzas armadas, ameritan una reflexión jurídica y una respuesta de la ley, siendo distinto el conocimiento que puede tener una persona con instrucción jurídica en comparación con quien adolezca de ésta: sin embargo, la exigencia de la ley es el conocimiento simple que se pueda tener de dichos conceptos ... Por otra parte, los elementos descriptivos requieren la percepción de los sentidos por ejemplo las lesiones que se infieren a una persona durante una riña suponen el conocimiento de la violencia que se está ejerciendo para dañar al oponente. En relación con el conocimiento, éste puede anularse con motivo del error sea sobre los presupuestos o bien sobre los elementos del tipo, con las posibilidades de ser vencible o bien invencible, el primero existe en aquellos casos en que el sujeto activo no tiene la posibilidad de conocer la realidad típica objetiva no valorativa a pesar de ponerse en juego el cuidado posible y adecuado para no caer en una falsa apreciación, en tanto el vencible aparece cuando el sujeto por no haber desplegado el cuidado posible y adecuado produce la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Los efectos del error son diversos así, tratándose del invencible, no existe el dolo ni la culpa y para el caso del segundo se elimina la posibilidad del dolo pero no de la culpa. B. *Querer:* En materia de voluntad, vale la pena recordar la idea respecto de la libertad de voluntad que se origina en la libertad individual del ser humano, su aparición en la concreción del tipo, por ejemplo, el que desea dañar el patrimonio de otra persona y lo logra. En el sentido anterior la voluntad es una definición del sujeto activo sobre un objeto conocido y puede presentarse de manera deliberada o indeliberada. Pero en cuáles casos puede afirmarse que el sujeto quiere realizar su

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

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

imputados no hay dolo directo, pues ni quisieron ni previeron el resultado y en el caso concreto del Ing. Gallardo Zavala en ningún momento puso en peligro ni lesionó con su actuar ningún bien jurídico tutelado por la ley, y peor aún que haya tenido la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo del delito, su actuar se construyó a las funciones para la cual fue designado en su calidad de Vicepresidente del Banco del Pacífico, es decir, que el elemento volitivo y cognitivo estuvieron ausentes en el fin de querer causar un daño patrimonial al Estado y peor aún faltar a la fidelidad y confianza depositadas en él, pues su conducta se ajustó al accionar propio de su función y lo único que se representó es por el contrario en el cuidado, buen uso y manejo de los fondos públicos, así como en la fidelidad, por lo que vuelve atípico el hecho imputado y por lo mismo no se le puede formular ningún juicio de reproche en su contra, así como tampoco se lo puede hacer en contra de los demás imputados, pues ellos actuaron en apego estricto de sus funciones en calidad de vocales del Directorio y cuyas funciones eran las de velar por el correcto funcionamiento de la institución Bancaria, como en efecto así aconteció, pues de no haber actuado como lo hicieron hubiere llevado a la quiebra la institución bancaria, tal es verdad lo dicho que hasta los actuales momentos existe el Banco del Pacífico; C) **Son presupuestos de la autoría.**- Se reputan autores los que han perpetrado la infracción, sea de una manera directa e inmediata, sea aconsejando o instigando a otro para que la cometa, cuando el consejo ha determinado la perpetración del delito; los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución; los que han determinado la perpetración del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas, imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo; los que han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción; y los que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el acto punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin. Se trata, en fin, de supuestos en que la persona realiza la ejecución de propia mano, sin necesidad de otras personas. Como bien se ha afirmado, en estos casos el dominio de la acción es indudable, en tanto el sujeto haya actuado con dolo y se den los elementos del tipo. Expresado en palabras de Jakobs, el ejecutar el hecho de propia mano es condición suficiente -supuestos los elementos de la autoría específicos del delito- de la responsabilidad plena (autoría, dominio del hecho), pero en la mayoría de los casos no es además condición necesaria. En tanto que son coautores los que toman parte en la ejecución del hecho. Según Jakobs, existe coautoría cuando *"según el plan de los intervinientes se distribuyen las aportaciones necesarias para la ejecución; sea en todos los estadios del delito, sea entre los distintos estadios, de manera que personas no participantes de la ejecución codeterminan la configuración de ésta o el que se lleve o no a cabo"*. Así pues, los elementos de la coautoría serían según este criterio dos: la decisión común del hecho y la intervención en la comisión a título de autor. No hay duda de que el coautor es un autor, de modo que le corresponden todas las características del autor. Por eso debe tener el codominio del hecho y las calidades exigidas para el autor, en los delitos especiales, así como los elementos subjetivos del tipo que se requieren en el tipo penal como es el caso

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

*no sólo se fundamenta en la infracción de deber, sino que habría un requisito más. En palabras de Gracia Martín, “por lo menos en la producción de un resultado y, cuando así se requiera por el tipo, en que ese resultado derive de una concreta modalidad de acción. Como consecuencia lógica no podría tampoco distinguirse entre delito consumado y tentativa, ya que la infracción al deber es lo que constituye lo injusto de tales delitos. Sin duda la crítica más fuerte estaría en la contraposición con un Estado de Derecho, debido a la vaguedad de los deberes. Así Martín afirma que en los delitos de funcionarios, no habría más remedio que referir la infracción del deber a vagos y genéricos conceptos como deber de fidelidad deber de obediencia, deber de subordinación, etcétera. La crítica de Gracia Martín se sintetiza en sus palabras: “en los delitos especiales puede afirmarse y no hay que desconocer el hecho de que la infracción de un deber es un elemento del tipo. Pero, contrariamente a lo que se sostiene por un amplio sector doctrinario, inspirándose en Roxin, creo que la lesión de un deber extrapenal formalizado o no- puede ser a lo sumo indicio de la tipicidad de lo injusto especial. Por ende se trataría de una tautología. Que el funcionario que revela secretos que haya tenido por su cargo infringe, obligaciones que tenía por su rango y jerarquía está fuera de duda, ya que esta violación es de gravedad. Pero no se explica la esencia del delito especial. Por ende, para esta posición hay que buscar la esencia de estos delitos en otro lugar. Gracia Martín afirma que el autor calificado se encuentra en una relación especial con el bien jurídico protegido. Explica este autor que existen bienes jurídicos primarios cuya agresión está al alcance de cualquier persona. Por el contrario, hay otros bienes jurídicos que no se encuentran a disposición de cualquiera, y que cumplen sus funciones en estructuras cerradas, limitadas, a las que no tienen acceso todos los individuos sino sólo los habilitados...”. De lo expuesto, se colige claramente que ninguno de los presupuestos establecidos anteriormente, tanto por la norma penal como por la doctrina mayoritariamente aceptada en el concierto jurídico se cumplen en el caso, materia de juzgamiento, pues nunca hubo concierto para cometer el delito de peculado ni otro tipo penal por parte de los procesados, ya que su actuar estuvo encaminado a encontrar una salida para la sobrevivencia del Banco del Pacífico cuya prosecución comercial por la quiebra financiera en que había incurrido era inviable, es decir, que en el caso sublite no solamente que no se ha comprobado, conforme a derecho, la materialidad y existencia de la infracción acusada, sino que, como consecuencia lógica de aquello, tampoco hay autores y peor cómplice por los motivos que quedan analizados; D) Derecho de defensa y presunción de inocencia.- El Art. 76, numeral 7 de la Constitución de la República reconoce entre otros derechos, los siguientes: “a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento; b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa; c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones; d) Los procedimientos serán público salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento; e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto; f) Ser asistido gratuitamente*

por una traductora o traductor o intérprete, sino comprende o no hable el idioma en el que se sustancia el procedimiento g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor; h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra; i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto; j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo; k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en las resoluciones no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados; m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos". La norma constitucional citada extiende la protección constitucional a cualquier procedimiento, y es reconocida como requisito esencial para el desarrollo de cualquier proceso, pues se trata de defender un derecho o interés legítimo frente a la expectativa de una decisión estatal sobre él, sea porque se pretende algo o porque, al contrario, hay oposición a dicha pretensión, impidiendo que una acción no prospere. Para el proceso penal, además, la Constitución ha previsto garantías muy específicas, como las consagradas en el Art. 77. Cabe advertir sobre las dimensiones del derecho de defensa: a) como derecho subjetivo, y b) como garantía del debido proceso. Respecto a la primera dimensión, se lo ve como un derecho fundamental que pertenece a todas las partes en el proceso, cuyas notas características son la "irrenunciabilidad" y la "inalienabilidad". En cuanto a su segunda dimensión, de carácter **objetivo** institucional, la defensa constituye un verdadero requisito para la validez del proceso, siempre necesaria, aun al margen o por sobre la voluntad de la parte, para la validez del proceso. El derecho de defensa tutelado por el texto constitucional, en su Art. 76.7, es aplicable desde el inicio del proceso y durante toda su sustanciación. Ello significa que basta que una persona sea citada con la respectiva demanda (acto que caracteriza el derecho de acción), para que haga uso del legítimo derecho consagrado en el Código Político. En el ámbito penal, al haber una imputación nace el derecho de defensa; lo que importa fundamentalmente es reconocer que el sujeto pasivo de la imputación tiene, en cuanto a la posibilidad procesal, el derecho de acceder al proceso o investigación preliminar, a ser oído por la autoridad en todas las instancias en que se desenvuelva la causa. Al respecto, Hernando Londoño Jiménez señala: "*Es un derecho inviolable en las diversas etapas del proceso. En el sumario (INSTRUCCIÓN FISCAL) y en el juicio, el acusado, como principal protagonista del proceso penal, está severamente protegido y escudado en la inviolabilidad*

*de su pleno derecho a defenderse dentro de los lineamientos legales del estatuto procesal... Se procura, ante todo, que quien va a ser sujeto de la relación procesal pueda empezar a ejercer su defensa mediante la indagación en calidad de procesado, desde el mismo momento en que ha tenido noticia del proceso en su contra. Constituye igualmente una garantía orientada a no permitir que a espaldas de un acusado se levante una investigación penal que solo se deje trascender en una etapa avanzada de ella, cuando al inculcado le resulte más difícil ejercer su derecho de defensa... otra fundamental garantía orientada a la protección del derecho de defensa, es la ninguna obligación del procesado a declarar sobre la imputación que le hace. Puede negarse a ello, sin que la autoridad respectiva pueda constreñirlo en ningún sentido a hacerlo... Pero un momento culminante del proceso, en el cual debe estar firmemente protegido el derecho de defensa, es cuando. Se profiere contra el acusado el auto de proceder, que si, como debe ser, está sujeto a todos los requisitos sustanciales y formales, mediante dicho auto el acusado podrá conocer qué testigos sirvieron para la inculcación, el contenido de sus declaraciones, los graves indicios que en concepto del juez sirvieron para el enjuiciamiento. Conocerá, además, el análisis de las pruebas que demuestren el cuerpo del delito y aquellas en que se funda la imputación hecha, lo mismo que la calificación genérica del hecho con las circunstancias conocidas que lo especifiquen, los agravantes o atenuantes...".<sup>7</sup> Es evidente que el imputado tiene derecho a ser parte en cualquier estado del proceso y de esta forma contestar la pretensión punitiva, la cual debe preceder al acto de defensa y serie debidamente notificada, así como el derecho potestativo a que la sentencia se dicte luego de haber tenido la oportunidad de expresar lo que tiene que decir al finalizar la actividad procesal, todo ello en salvaguarda y respeto de la Constitución, la ley y el debido proceso. La finalidad del derecho de defensa del imputado es hacer valer con eficacia el derecho a la libertad, la necesidad de contradicción efectiva exige reconocer un cúmulo de garantías procesales que limiten la actividad de la acusación y del órgano jurisdiccional. Los Arts. 14.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y 84.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconocen los siguientes derechos, además del derecho a ser informado detalladamente de los cargos y de defenderse asistido por un defensor sea- de elección o proporcionado por el Estado-: a) designación de un intérprete en caso de que no se comprenda el idioma, y b) contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de la defensa. Los demás derechos instrumentados en los convenios internacionales guardan relación con el debido proceso (derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, a la no autoincriminación y a utilizar la prueba pertinente), en cuanto garantía genérica, y el derecho al recurso en cuanto garantía específica. El derecho de defensa en el ámbito penal incorpora dos principios fundamentales: el de contradicción, de carácter estructural y el de igualdad, y el acusatorio, vinculado al objeto del proceso al igual que los*

<sup>7</sup> Hernando Londoño Jiménez, *Derecho procesal penal*, Santa Fé de Bogotá, Editorial Temis, 3era. ed., 1993, pp. 13-16.

de legalidad y oportunidad. Es obvio que el derecho de defensa guarda relación con la presunción de inocencia; al respecto, el Art. 8.2 de la Convención Americana establece que *"toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad"*. Por lo tanto, es necesario demostrar la culpabilidad de la persona con apoyo de pruebas fehacientes debidamente controvertidas, dentro de un esquema que asegure plenitud de las garantías procesales sobre la imparcialidad del juzgador y la íntegra observancia de las reglas predeterminadas en la ley para la indagación y esclarecimiento de los hechos, la práctica, discusión y valoración de las pruebas y la determinación de responsabilidades y sanciones. En este sentido, la simple actuación probatoria a cargo del fiscal no basta para desvirtuar la presunción de inocencia, ya que tal situación solo es posible si las acciones que lleva a cabo el Estado garantizan el pleno ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si la prueba se produce sin que pueda ser conocida o controvertida por parte del imputado, no puede servir como fundamento de ningún pronunciamiento judicial condenatorio. En efecto, el derecho a la presunción de inocencia, que acompaña a toda persona por mandato constitucional hasta el momento en que se le condene en virtud de una sentencia en firme, se vulnera si no se comunica oportunamente la existencia de una investigación preliminar a la persona involucrada en los hechos, de modo que ésta pueda ejercer su derecho de defensa, conociendo y presentando las pruebas respectivas. La inocencia como valor individual comprende su defensa permanente, que no puede diferirse a un momento lejano luego de que el Estado, sin conocimiento del imputado y por largo tiempo, haya acumulado en su contra un acervo probatorio que sorprenda y haga difícil su defensa. Una de las situaciones que afecta con mayor frecuencia la presunción de inocencia es la prolongación excesiva de la prisión preventiva. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que esta situación, además de lesionar el derecho a la libertad personal, transgrede también el derecho a la presunción de inocencia, del cual goza toda persona que se encuentre involucrada en un proceso de investigación penal, como sucede en la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso Tibi vs. Ecuador, con fecha 7 de septiembre del 2004. La obligación del fiscal es actuar en el juicio con absoluta objetividad, extendiendo la investigación no sólo a las circunstancias de cargo, sino también a las que sirvan para descargo del procesado. Es decir, que se debe analizar todas y cada una de las pruebas aportadas en el juicio con el fin de que el procesado no pierda su derecho constitucional de defensa, pues así lo dispone el Art. 83 del Código de Procedimiento Penal. La Fiscalía actúa de manera directa en lograr el esclarecimiento de los hechos, por lo tanto si la defensa alega alguna circunstancia favorable, el fiscal deberá investigarla; **E) La tutela judicial efectiva.** La garantía de la tutela judicial efectiva, es un mecanismo que tiene el ciudadano para acceder al órgano jurisdiccional y hacer valer sus derechos, es decir, a ejercitar su acción, desde cualquier ámbito jurídico, así pues, cuando el justiciable invoca la tutela judicial es para que la judicatura tome conocimiento del reclamo o petición que éste formula o para que lo resuelto en definitiva por ésta, pueda en efecto, llevarse a ejecución. Las garantías jurisdiccionales se refieren a las acciones que tiene la persona humana para proteger los derechos fundamentales, para poder determinar la constitucionalidad

o no de los actos de autoridad pública y las normas del ordenamiento jurídico. Entre las garantías jurisdiccionales están las del debido proceso, consagradas en el Art. 76 de la Carta Magna. El Poder Judicial, encargado de administrar justicia y solucionar las diferentes controversias que se dan entre los particulares, tiene que cumplir su papel a través de un proceso que garantice los derechos humanos, que busque la realización del derecho, con un proceso técnico. Este proceso es el camino al que se acude cuando se ve vulnerado un derecho; el titular de éste tiene una acción para plantearla ante un órgano judicial respectivo. Efectivamente, es el órgano judicial quien debe cumplir con un debido proceso, que significa una verdadera tutela judicial o protección procesal, es decir, el deber del Estado de otorgar tutela jurídica se ha de dar en el transcurso del proceso, desde el planteamiento de la acción hasta la sentencia o resolución de fondo, que no necesariamente a de ser a favor de quien incoó la acción, esto es, de quien formula la ACUSACIÓN FISCAL. Así pues, la tutela judicial efectiva garantiza la legalidad absoluta durante todo el proceso y no únicamente el acceso al órgano jurisdiccional precautelando el derecho al debido proceso y a una justicia sin dilataciones. La Carta Magna, en el Art. 75, señala que: *"Toda Persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley"*. Toda persona tiene facultad de recurrir ante los órganos jurisdiccionales del Estado, para obtener la protección de sus derechos o para hacer valer cualquier otra pretensión. De esta manera se asegura la tranquilidad social, se evita que las personas hagan justicia por sus propias manos ya que cuentan con una instancia o proceso, previamente determinados por la ley, por medio de la cual pueden resolver sus controversias. En este caso, se hace evidente la violación de la Constitución y la ley por cuanto al solicitar la Fiscalía General la prisión preventiva en contra de los imputados y aceptar dicho pedido el ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia se les coartó el derecho a la defensa del cual gozaban por imperio de la Constitución, de manera concreta en el caso del Ing. Jorge Gallardo que encontrándose en los Estados Unidos de Norteamérica, se dictó una orden de prisión preventiva en su contra, es decir, evitando que retorne al país para que ejercite su derecho a la defensa, pues debe quedar en claro que la orden de prisión es con el fin de que comparezca el imputado a la audiencia de juicio, y al dictarla a sabiendas de que estaba en el exterior, es lógico pensar que se lo hizo con el afán protetivo de evitar su regreso y de que ejerza su legítimo derecho a la defensa, tomando en cuenta adicionalmente que entre el inicio de la indagación previa y el inicio de la instrucción fiscal, transcurrieron cuatro días hábiles, evidenciándose que la fiscalía actuó con una inusitada y sospechosa rapidez, dando origen a que los procesados impugnen tales actuaciones, manifestando públicamente, así como en la audiencia de juicio, de que habían sido objeto de una persecución política; **F) La prueba.** Las garantías referentes a la prueba o mejor la caracterización del derecho a la prueba, debe aplicarse en todo tipo de procesos. En todos ellos, partiendo del artículo 76.4 de la Carta Magna en vigencia y del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, las garantías probatorias son las mismas, esto es, que la prueba para que tenga vigor debe ser

presentada en la audiencia de juicio, lo que en el caso que nos ocupa la prueba testimonial como documental aportada por la Fiscalía General del Estado no ha logrado destruir la presunción de inocencia de la cual gozan los imputados; **G) Del fideicomiso**, finalmente, es necesario establecer qué es el fideicomiso y cuál es la naturaleza para su constitución. Para el efecto, es importante tener presente el concepto de fideicomiso y al respecto la enciclopedia libre Wikipedia: señala: *" En la ley común los sistemas jurídicos, un fideicomiso es una relación donde la propiedad (incluidos los inmuebles, tangibles e intangibles) es administrado por una persona (o personas u organizaciones) para el beneficio de otro. Un fideicomiso es creado por un fideicomitente (o feoffor a los usos), que encomienda todos o algunos de sus bienes a las personas de su elección (los custodios o señor feudal a los usos). Los custodios tienen el título legal de los bienes fideicomitados (o corpus confianza), pero están obligados a mantener la propiedad en beneficio de uno o más individuos u organizaciones (el beneficiario, cestui o fideicomisario), por lo general se especifica por el fideicomitente, que tienen título equitativo, Los fideicomisarios deben una fiduciaria obligación de los beneficiarios, que son los "beneficiarios finales" los propietarios de los bienes fideicomitados ... La confianza se rige por los términos del documento de fideicomiso, que suele ser escrita y, ocasionalmente, establecidos en el acta la forma. También se regirá por la legislación local. El fiduciario tiene la obligación de administrar el fideicomiso de acuerdo tanto con los términos del documento de fideicomiso y la ley que rige..."*. Es de señalar que esta modalidad en el ámbito mercantil es muy usada en los EEUU y conocido con el **Programa de Alivio para Activos en Problemas**, comúnmente conocido como **TARP**, es un programa del gobierno de los Estados Unidos para comprar activos y patrimonio de las instituciones financieras para fortalecer su sector financiero que fue firmada en ley por el presidente de EE.UU. George W. Bush, el 3 de octubre 2008. En pocas palabras, esto permite al Tesoro comprar activos ilíquidos y difíciles de valor de los Bancos y otras instituciones financieras. Los activos específicos pueden ser obligaciones de deuda colateralizada, que se vendían en un mercado en auge hasta 2007, cuando fueron alcanzados por la generalización de las ejecuciones hipotecarias de los préstamos subyacentes. Idealmente, si la ayuda del gobierno en beneficio a las instituciones financieras ayuda y recuperar su antigua fuerza, el gobierno también será capaz de beneficiarse de su recuperación. **SÉPTIMO: ELEMENTOS FÁCTICOS DE LA EXISTENCIA O NO DE LA ACCIÓN U OMISION PUNIBLE.- 7.1.- DE LA DENUNCIA.-** El día jueves 4 de octubre del 2001, la Superintendencia de Bancos, mediante Oficio DNAJ-2001-152 suscrito por el doctor Jorge Ortiz Barriga, Asesor Jurídico de dicha institución, presenta una denuncia a la Dra. Mariana Yépez, Ministra Fiscal General del Estado, sobre presuntas infracciones financieras cometidas por funcionarios y por miembros del Directorio del Banco del Pacífico, misma que es ampliada en escrito de 8 del mismo mes y año, motivo por el cual se abre una indagación previa y que se cierra el 10 de octubre del 2001, abriéndose inmediatamente la correspondiente instrucción fiscal, en la que se solicita la prisión preventiva, entre otros del ingeniero Jorge Gallardo Zavala. Esta instrucción es acogida por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, dictándose la prisión preventiva solicitada, en

circunstancias que el procesado Jorge Gallardo Zavala, se encontraba en Washington en reuniones oficiales en el FMI, en su calidad de Ministro de Economía y Finanzas. **7.2.- DE LA PRIMERA ACUSACIÓN.-** La denuncia en lo fundamental hace mención que *"A la fecha en que Filanbanco S.A. se constituyó como accionista del Banco del Pacífico S.A. y en razón de que las pérdidas acumuladas del período de enero a septiembre de 1999 por 407.498 millones de sucres no fueron asumidas por los ex accionistas, la inversión de Filanbanco S.A. y por ende del Estado se vio reducida por ese mismo valor, aspectos que pongo en su conocimiento a fin de determinar las responsabilidades que correspondan"*. El mismo texto consta no solamente en la acusación fiscal de fecha 18 de febrero del 2002, sino también en el auto de llamamiento a juicio que emitiera el Dr. Armando Bermeo Castillo en su calidad de Presidente de la Corte Suprema de Justicia el 22 de julio del 2002, como en el auto confirmatorio de fecha 9 de junio del 2003, dictado por la Segunda Sala de lo Penal de la misma Corte. El principal procesado Jorge Gallardo Zavala, en mérito a desvirtuar dicha acusación, en su testimonio rendido con juramento dentro del juicio, así como de los documentos públicos entregados como prueba de descargo, ha demostrado: **a)** que desde la aprobación de la constitución del fideicomiso el 9 de noviembre de 1999 por parte de la Junta General de Accionistas, hasta la constitución del mismo en octubre del 2000, jamás se manejaron fondos; **b)** que los ajustes ordenados por la Superintendencia de Bancos fueron castigados en contra del patrimonio de los ex accionistas y ninguna provisión de la cartera provino de la capitalización de los créditos subordinados por parte de Filanbanco, en razón de que las pérdidas acumuladas de enero a septiembre de 1999 fueron contabilizadas el 21 de octubre de 1999, antes de que se produjera la capitalización de los créditos subordinados que Filanbanco le concediera a Banco del Pacífico, hecho que aconteció el 26 de octubre de 1999; **c)** que las pérdidas acumuladas de enero a septiembre de 1999 en el Banco del Pacífico, fueron revertidas mediante Oficio N° INBGF-2000-0038 de 10 de enero del 2000 por orden de la Superintendencia de Bancos; es decir que dichas pérdidas fueron absorbidas por la corrección monetaria a los estados financieros del Banco del Pacífico al cierre del ejercicio económico de 1999, dejando, por lo tanto, el patrimonio del Banco sin alteración alguna; **d)** que habiéndose castigado las pérdidas en contra del patrimonio de los ex accionistas del Banco del Pacífico, no existió por este hecho ningún perjuicio al Estado ecuatoriano **7.3.- SEGUNDA ACUSACIÓN.-** La segunda acusación fiscal es de que cartera aportada al fideicomiso fue distinta a la que dispuso la Junta General de Accionistas el 9 de noviembre de 1999, cuando resolvió su constitución; esto es, que debía ser con calificación E, cortada al 16 de octubre de 1999 y no al 30 de junio del 2000 y que con ello se pretendía beneficiar a los ex accionistas de Filanbanco. Al efecto, en la instrucción fiscal de fecha 10 de octubre del 2001, refiriéndose a la actuación del Ing. Jorge Gallardo Zavala, se dice: *"En calidad de Presidente Ejecutivo del Banco del Pacífico S.A., al suscribir el mencionado instrumento, lo hizo sin observar la Resolución de la Junta General de Accionistas celebrada el 9 de noviembre de 1999, en cuanto a los activos que debieron entregar al fideicomiso, sustituyéndolos (a los activos castigados) por la cartera con las respectivas garantías, castigadas o provisionadas al 100% al 30 de junio del 2000, modificando de este modo*

la valoración económica de los bienes, con aquellos castigados o provisionados hasta el 16 de octubre de 1999, ocasionando con este procedimiento un perjuicio para el Banco del Pacífico...". El Dr. Armando Bermeo Castillo, entonces Presidente de la Corte Suprema de Justicia, al dictar el auto de llamamiento a juicio, sustenta su imputación por cuanto según expresa, *"la administración del Banco transfirió activos distintos y por un monto superior al que correspondía"*. Para enervar esta acusación, el procesado Ing. Jorge Gallardo Zavala, manifestó lo siguiente: **a)** que en primer lugar lo que resolvió la Junta de Accionistas del Banco del Pacífico fue la siguiente: *"Que los activos a ser transferidos en primer lugar, sean aquellos cuya calificación de riesgo hubiere dado lugar a una existencia de provisiones del 100%, y en caso de no ser éstos suficientes para cubrir un valor igual al de las cuentas patrimoniales castigadas a octubre de 1999, para completar el valor faltante se transfieran al fideicomiso aquellos activos cuya provisión requerida haya sido inferior al 100%"*. El declarante hace la siguiente pregunta...¿Qué hubiera pasado si se constituía el fideicomiso con cartera calificada 16 de octubre de 1999? Y que para responder a esta pregunta va a referirse al informe AGI-012- 2001 de fecha 21 de febrero del 2001 suscrita por el Ec. Roberto Ordóñez Puente, Auditor Interno del Banco del Pacífico, quien dice que de un total de USD 78' 133,008 de cartera analizada al 18 de octubre de 1999, únicamente tenían una provisión de USD 55' 010,643.55, por lo cual, de acuerdo a la resolución de la Junta General Extraordinaria de Accionistas había que incorporar activos adicionales por USD 28' 122,325,05, por lo que el fideicomiso debía haber ascendido a USD 106' 255,344.02, lo que hubiera sido un atraco y que, por consiguiente, para evitar esta situación, se tomó la última calificación de activos de riesgo disponible al 30 de junio del 2000, incorporando solamente cartera calificada E que tenía provisiones iguales al 100% de su valor; **b)** que como la Junta Bancaria recién aprobó el fideicomiso el 1° de septiembre del 2000 y como la calificación de activos se debe hacer trimestralmente de acuerdo a las regulaciones de dicho organismo, el Banco del Pacífico había calificado sus activos de riesgo al cierre del mes de diciembre de 1999, al cierre del mes de marzo del 2000, y al cierre del mes de junio del 2000, que era la última calificación de activos; por lo tanto, los activos de riesgo al 16 de octubre de 1999 y que habían sido calificados al cierre del mes de septiembre de ese mismo año, sufrieron tres calificaciones más, por lo que era evidente que su calificación debía de variar, de tal manera que, como ya ha expresado, que si se hubiera tenido que tomar cartera con calificación al 16 de octubre de 1999, se hubiera tenido que tomar más cartera para cumplir con la resolución de la Junta General Extraordinaria de accionistas, por lo que se hizo lo correcto, incorporar cartera calificada al 30 de junio del 2000; **c)** dice el Ing. Gallardo que otro argumento utilizado por la Fiscalía es de que el valor económico de la cartera era mayor por las garantías, indicando que de conformidad con las regulaciones de la Junta Bancaria, así como por las normas internacionales vigentes, en la calificación de las garantías en riesgo no se toman en cuenta las garantías sino la morosidad, lo que desvirtúa las conclusiones de jueces y fiscales que utilizaron el concepto del valor económico para insinuar que la cartera que se aportó al fideicomiso era de buena calidad para beneficiar a los ex accionistas, sin tomar en cuenta de que toda la cartera aportada era con

calificación E; es decir, pérdida total y de ellas, solamente el 29.6% tenían garantías reales, por lo que, cuando se realizó la transferencia de esa cartera al fideicomiso, el patrimonio del Banco no sufrió alteración alguna. Agrega el ingeniero Gallardo que, tanto es así, que a septiembre del 2005; esto es, cinco años después, la recuperación del capital ascendía a USD 6'625,462.99, por lo cual, el Banco del Pacífico todavía no ha recuperado el total de los USD 8'836,968 que le hubiere correspondido del fideicomiso y que así mismo, toda la cartera al cierre del mes de septiembre del 2005, se encontraba calificada de E, pérdida total y que se encontraban con demandas judiciales; **d)** que así mismo desvirtúa lo expresado por el Dr. Ortiz Barriga, quien en su declaración rendida el 7 de diciembre del 2001, manifiesta *"que ningún sujeto de crédito registra calificación E (pérdida) al 18 de octubre de 1999, siendo transferida por lo mismo (al fideicomiso) una buena cartera"*. Que según el informe del Auditor Interno del Banco del Pacífico, ya antes referido, la cartera que se iba a incorporar al fideicomiso, tenía la siguiente calificación: 20.8% calificada E; 44.4% calificada D; 28.9% calificada C; por lo cual la cartera sub estándar ascendía a 94.1%, la calificada B o riesgo potencial 2.6% y la calificada como A o normal 3.3%. **7.4.- TERCERA ACUSACION.-** Esta se refiere a que el monto del fideicomiso debía ser inferior; esto es que, los ex accionistas debían ser beneficiarios únicamente de USD 20'705,944 y no de USD 80'502,532, acusación que aparecía como un gran atraco a los intereses del Estado ecuatoriano. Al respecto el Ing. Jorge Gallardo Zavala, expone: **a)** que el Superintendente de Bancos, así como el Director de Asuntos Jurídicos de esta institución, en Oficios idénticos SB-2001-0856, SB-2001-0857 y DNAJ-2001-152, de fecha 4 de octubre del 2001 y que tienen como sustento los informes elaborados por el Ing. Alejandro Maldonado y Rodrigo López, alteran deliberadamente los cálculos del monto del fideicomiso. Que estas cifras fueron tomadas sin ningún análisis tanto por el Ministerio Público, así como por parte de la Corte Suprema de Justicia, para hacer aparecer como que se ha cometido un gran atraco y para reforzar las acusaciones de un delito que nunca existió, presenta a esta Sala un cuadro en el que se puede observar que según Oficio INBGF-99-3566 al 16 de octubre de 1999, el patrimonio de los ex accionistas ascendía a USD 80'502,532, cifra que establecía el monto del fideicomiso. Que a renglón seguido de aquella cantidad se deduce USD 25'479,853 que corresponde a las pérdidas acumuladas de enero a septiembre de 1999, quedando un saldo de USD 55'022,679, cifra que resulta de restar dichas pérdidas acumuladas del total del patrimonio de los ex accionistas, que bien a ésta se podría llamar la primera contabilización; **b)** que como el monto total castigado era de USD 89'339,586 y el monto el patrimonio total de los accionistas era de USD 80'502,532, existía un saldo de USD 8'836,968 no cubierto por el patrimonio de los ex accionistas; **c)** que a este monto no cubierto por los ex accionistas, le vuelven a sumar el valor de USD 25'479,853 que corresponde a las pérdidas acumuladas de enero a septiembre de 1999, cantidad que ya había sido restado del patrimonio total de los accionistas, en la denominada primera liquidación, por lo que sumado a USD 8'836,968 que corresponde al valor no cubierto por los accionistas, da un total de 34'316,821 que supuestamente es el valor que debe ser restado del patrimonio de los accionistas, quedándoles únicamente un saldo a favor de USD

20'705,944; **d)** que se acudió a la mentira, a la alteración de los cálculos, a la invención de cifras para llamar la atención de los jueces y de la opinión pública, señalando que no solamente toman en consideración para los cálculos las pérdidas acumuladas de enero a septiembre de 1999 que ya fueron compensada por la corrección monetaria de ese ejercicio económico, *sino que la restan dos veces del patrimonio de los ex accionistas, para llegar deliberadamente a una cifra menor* (las negrillas son de la Sala); **e)** agrega el Ing. Gallardo Zavala que va a demostrar cómo a partir de la instrucción fiscal que dice *"...debieron haberse transferido al fideicomiso activos por USD 55'022,765 y no por USD 78 133,009, de los cuales el Banco del Pacífico debió ser beneficiario del saldo no cubierto por el patrimonio de los ex accionistas; esto es, USD 34'316,009 y no por USD 8'836,968. Por lo que el valor neto de los activos castigados o provisionados en su totalidad que les corresponde a los ex accionistas asciende a la suma de USD 20'705,944"*, esta equivocada cita de cálculos y cifras forjadas, aparecen nuevamente en el dictamen fiscal acusatorio, en el auto de llamamiento a juicio, así como en su confirmación, acusaciones falsas para inventar un delito inexistente y hacerle aparecer como responsable de peculado bancario, delito que nunca se ha producido y peor comprobado; **f)** se dice también que como a los ex accionistas únicamente les correspondía USD 20 '706,944, debían incorporarse al fideicomiso, otras inversiones como la del Banco de Colombia, las obligaciones convertibles del Banco del Pacífico de Colombia, los ajustes del valor patrimonial proporcional, el diferencial cambiario de una operación de leaseback, una inversión de papeles del Banco del Tugurahua que no son otra cosa que figuras contables; es decir, estos activos son de difícil recuperación y no viables en su transferencia y que con ello no solamente se forjó la cifra del fideicomiso restando dos veces, la misma cantidad, del patrimonio de los ex accionistas, sino que toda mala fe, se hace un listado de activos y asientos contables que deberían haber constituido el fideicomiso, cuya transferencia al mismo no era viable. **7.5.-** La acusación en contra de CARLOS GONZALO HIDALGO TERÁN se refiere a que como Gerente de Filanbanco compareció a la suscripción del Convenio de Asociación entre el Banco del Pacífico y Continental, ocurrido el 26 de octubre de 1999, sin contar con la autorización expresa del Directorio de Filanbanco, habiéndose en la cláusula sexta de tal Convenio, a asumir los pasivos ocultos o contingentes no contabilizados de cualquier naturaleza del Banco del Pacífico, hecho que se concretó cuando se convirtió en el único accionista, asumiendo las pérdidas del ejercicio económico con corte a septiembre de 1999 por el monto de 407.498 millones de sucres, valor que al haberse constituido el fideicomiso 93BP no se consideró como reembolsable al Banco del Pacífico y que aquello significa, según la acusación fiscal, una disposición de valores de Filanbanco en perjuicio del Estado. Toma la palabra el Dr. Enrique Echeverría, quien a nombre de su defendido Carlos Gonzalo Hidalgo Terán manifiesta; **a)** que a la Junta de Accionistas, único acto al que asistió el señor Gonzalo Hidalgo Terán, es legal de acuerdo al artículo 147 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, así como la Resolución de la Junta Bancaria, misma que, negaron la apelación del Banco del Pacífico sobre la validez de la misma; **b)** que en agosto de 1999 la crisis bancaria era de tal magnitud que obligó al Estado a usar a Filanbanco para otorgar préstamos

subordinados, no solamente al Banco del Pacífico, sino a la Previsora, Banco Popular, a COFIEC, éstos que por ser precedentes no provocaron juicios penales, tan solo pusieron los ojos en los préstamos subordinados al Banco del Pacífico por parte de Filanbanco, valores que según lo establecido en el proceso fueron cancelados con los respectivos intereses; **c)** al Banco del Pacífico se le dio un préstamo subordinado y así permaneció por noventa días hasta que luego autorizado por la Superintendencia de Bancos, los préstamos subordinados se convirtieron en capital del Banco del Pacífico, por lo que al ignorarse el hecho de que en tres meses que el préstamo permaneció como subordinado generó intereses a favor de Filanbanco por un total de USD 1 '767,913 en aquel entonces a una cotización de más de 12 mil sucres por dólar; **d)** el argumento del anterior Presidente de la Corte Suprema de Justicia es de que Filanbanco de todas maneras asumió pérdidas del Banco del Pacífico por un valor de 407.498 millones de sucres, lo cual es errado, pues no se consideró que las acciones que recibió Filanbanco del Banco del Pacífico se traspasaron a la par por decisión adoptada por la misma AGD, y que en último término no existió tal pérdida. no se afectó en nada a Filanbanco, cuyas acciones pasaron a la AGD, luego ésta se transfirió al Banco Central del Ecuador, convirtiéndose el Pacífico en el tercer Banco del Ecuador, cuyo patrimonio vale más que el valor de su capital; **e)** agrega que las Juntas General de accionistas de Filanbanco de aquella época fueron conocidas y autorizadas por la Superintendencia de Bancos sin objeción alguna, al cabo de los años asoma la acusación de que mi cliente ha asistido sin autorización del directorio, pero ya se presentó el documento en que se advierte que si hay autorización para que vaya a las reuniones. Finalmente solicita que al no existir dolo en las acciones del señor Carlos Gonzalo Hidalgo Terán en sentencia se dicte su inocencia. **7.6.-** En cuanto a la acusación al señor FRANCISCO KOSAYA SIMON, Presidente del Directorio del Banco del Pacífico, así como a los demás miembros de dicho organismo, la Fiscalía se refiere a que aquellos no cumplieron con lo dispuesto por la Junta General Extraordinaria de Accionistas del Banco del Pacífico, celebrada el 9 de noviembre de 1999, en el sentido de que se les encargaba que controlen la transferencia de activos que debía realizarse por la constitución del Fideicomiso 93BP. Al respecto interviene el doctor Alejandro Vanegas a nombre del referido acusado y quien en lo principal manifiesta: **a)** que es lamentable que en este juicio se haya presentado un informe mutilado del acta de dicha sesión, para cuyo efecto da lectura al numeral 7 de la misma acta y que consta como anexo 2 de la prueba documental, de la cual se desprende que no era el Directorio del Banco del Pacífico el que debía preocuparse de la transferencia de activos al fideicomiso, sino el señor Gustavo Heinert Insúa y que lo que se disponía al Directorio era lo siguiente: "el directorio del Banco del Pacífico queda expresamente autorizado para reglamentar con sujeción a la ley en cuanto fuere necesario la presente resolución..."; es decir, queda facultado para reglamentar la resolución, no el fideicomiso y que este solo hecho desvirtúa la acusación; **b)** que el señor Fiscal se refirió a la versión de Gonzalo Mejía, Presidente del Banco del Pacífico y a quien no le llamó a declarar, porque cuando rindió su versión mintió. Que este sujeto es el que contrató al auditor Roberto Ordóñez Puentes para que realice, de manera ágil el informe del 2001, materia de esta injustificada acción penal, pues fue el señor Mejía quien

recibió el informe el 17 de abril del 2001, ocultando al señor Kosaya Simon, a quien le presentó recién el 6 de noviembre del 2001, siete meses después, entonces cómo podía el Presidente del Directorio, ni el Directorio conocer del contenido del informe contable, prueba que consta como número 13; **c)** que el señor Fiscal se olvidó mencionar que el economista Leopoldo Báez declara que el responsable de administrar, controlar y verificar la calidad de la cartera era el directorio del fideicomiso y no el directorio del Banco del Pacífico; **d)** indica el doctor Vanegas *que han pasado diez años para poder determinar que el presunto y no probado perjuicio ocasionado es de un valor de ciento ochenta mil dólares* (las negrillas son nuestras) mismos que Filanfondos cobró al Banco del Pacífico cuyo accionista es el banco Central del Ecuador, y la razón por la que se eligió a Filanfondos es porque no se podía causar ningún perjuicio, pues no existe posibilidad de que se cause perjuicio entre dos instituciones del Estado; **e)** se refiere a la defensa del ingeniero Gallardo y reprueba el hecho de que se le haya pretendido acusarlo de un delito que jamás cometió, cuando lo que debía haberse hecho es reconocerse que gracias a su acción se impidió el cierre de una institución financiera que como el Banco del Pacífico es de gran prestigio y servicio a la ciudad de Guayaquil y el Ecuador y que hoy día está valorada en más de mil setecientos millones de dólares por las decisiones que se tomaron previo a la dolarización. **7.7.-** En cuanto a los demás imputados como son ELI RODRIGO LANIADO DE WIND, MIGUEL LUIS MACÍAS HURTADO, WILSON EDUARDO CORREA CALDERÓN, ALEJANDRO ALBERTO PONCE ENRÍQUEZ y JOSE VICENTE CABEZAS CANDEL, representados por el doctores Juan Andrade el primero de los nombrados; por el doctor Ramiro Aguilar, el segundo; y, los tres últimos por la doctora Gilda Benitez, con pequeñas variaciones, se refieren a los mismos puntos de defensa manifestado por el defensor de Francisco Kosaya Simón, siendo irrelevante volver a puntualizarlos, dejando constancia únicamente la cita que hace el defensor de Eli Rodrigo Laniado de Wind, quien manifiesta *"que en los nueve años la Fiscalía lo que debió hacer es disponer que se haga una auditoría o un examen técnico a fin de que se determine lo que pasó"*. **7.8.-** Igualmente es necesario analizar las pruebas de cargo presentados por la Fiscalía General del Estado; en primer lugar, los testigos de cargo, en especial el rendido por el **doctor Jorge Ortiz Barriga** que en síntesis al contestar las preguntas tanto de la acusación como la defensa, en lo esencial señaló: "Pregunta: Qué errores encontró en la constitución del fideicomiso. Responde el testigo: No hice otra cosa que transcribir informes emitidos por los señores Intendente de Supervisión de Instituciones Financieras e Intendente Nacional Jurídico, voceros de la Superintendencia de Bancos, y cumplí haciendo conocer a la Fiscalía del Estado los indicios que pudieran demostrar la comisión de errores financieros. Lo que puedo decir en relación a las irregularidades es que conocí de préstamos subordinados que otorgó Filanbanco al Banco del Pacífico y como consecuencia de estos sobregiros que no fueron pagados por las acciones que tenían los accionistas, se capitalizaron y pasaron a ser de propiedad del Banco el Pacífico y por ende de Filanbanco, cuyo único accionista era el Estado, es decir, que luego de la constitución de este fideicomiso y al haberse demostrado que al patrimonio autónomo del fideicomiso se transfirieron activos diferentes, se perjudicó al Banco del Pacífico y por ende a Filanbanco y al Estado. El

señor Presidente de la Sala, pregunta: Detectó irregularidades de carácter financiero. Responde el testigo: Yo no, quienes detectaron y me hicieron conocer fueron los intendentes de Supervisión de Instituciones Financieras e Intendente Nacional Jurídico. Pregunta: Se encontró algún indicio de responsabilidad penal. Responde el testigo: En mi informe no se habla ni del delito ni de persona alguna a quien se pudiera imputar la comisión del delito, de los exámenes de auditoría se detectaron infracciones...". Del testimonio de la referencia se infiere que el referido funcionario jamás realizó una investigación directa a la constitución del Fideicomiso Mercantil 93-BP, sobre los castigos provisionados con cierre del 18 de octubre del 1999, por un monto igual al valor de sus cuentas provisionadas y suscritos mediante contrato con fecha 3 de octubre del 2000, ante el Notario Público de Guayaquil, esto es, entre el Banco del Pacífico como su constituyente y los beneficiarios Banco del Pacífico y ex accionistas de la empresa Filanfondos S.A., como fiduciaria; igualmente del testimonio rendido por el doctor **Rodrigo Francisco López Espinoza**, quien en lo fundamental señaló: "... Pregunta: Hizo un estudio del fideicomiso mercantil. Contesta el testigo: Se presentó un informe. Pregunta: Indique si suscribió este informe emitido en oficio de 4 de octubre de 2001. Responde: El documento que se me pone a la vista lo suscribí. Pregunta: Indique los puntos principales referentes a este informe. Responde el testigo: Han pasado muchos años, no tengo elementos como para recrear lo que está en el informe, me ratifico en él. El doctor Aguilar, pregunta: Quien firmó ese documento. Responde el testigo: Miguel Dávila, Alejandro Maldonado y quien habla, Intendente Jurídico. Pregunta:Cuál era su especialidad como Intendente Nacional Jurídico... Pregunta: En aquella época cuál era su relación de jerarquía con el doctor Jorge Ortiz. Contesta el testigo: No recuerdo si a la fecha de presentar el informe tenía línea directa de reporte. Pregunta: El doctor Ortiz dijo que usted preparó los documentos que se presentaron a la Fiscalía General. Contesta el testigo: No recuerdo. Pregunta: Ordinariamente era usual que la Intendencia Nacional Jurídica generara un documento para que Procuración lo firmara. Responde el testigo: No era usual, la Superintendencia tenía la obligación de hacer conocer a la Fiscalía de cualquier hecho relevante, y en ese contexto se dio la noticia a la Fiscalía. Pregunta: Recuerda haber entregado a la Procuración Judicial un documento donde solo debía firmarlo y remitirlo a la Fiscalía. Responde el testigo: No recuerdo. Pregunta: En lo que usted recuerde existe expresamente que en la constitución de fideicomiso haya indicios de constitución de un delito de peculado. Contesta el testigo: No mencionamos que en la constitución del fideicomiso haya indicios de peculado. Pregunta; Ustedes cuestionaron la legalidad de la constitución del fideicomiso. El testigo dice: No. Pregunta: Dónde era su observación. Dice el testigo: Respecto de los activos que se transfirieron los cuales eran distintos a los que dispuso la Junta General de Accionistas que debían ser con calificación E). Pregunta: Sabe cada cuanto se hace la calificación. Responde el testigo: No tengo ese dato. Pregunta: Quién tenía la responsabilidad dentro del banco de determinar que activos se transferirían al fideicomiso. Responde el testigo: No recuerdo la estructura orgánica del Banco. Pregunta: Se revisó el estatuto para hacer el informe. Responde el testigo: No recuerdo. Interviene el doctor Vanegas quien pregunta: De qué personas vinculadas al Banco del Pacífico se transfirió al fideicomiso esa cartera

del banco para causar un perjuicio. Responde el testigo: No recuerdo el nombre de los deudores del Banco del Pacífico cuya cartera fue transferida. Pregunta: En su informe se establece alguna responsabilidad al Directorio del Banco del Pacífico. Responde el testigo: El informe describe un hallazgo, un hecho, no determina responsabilidades porque no es competente para hacerlo. Pregunta: Entre las funciones del Directorio estaba transferir algún tipo de cartera. El testigo contesta: No recuerdo. Pregunta: Hizo un estudio del fideicomiso. Responde el testigo: Sí. Pregunta: Conoce la relación de la Compañía Amazonas Cía. de Seguros, Enrique Gómez, Ana María Borero, Santiago Serrano Puig con Banco del Pacífico o Filanbanco. El testigo dice: No recuerdo. Continuando con el trámite, la doctora Gilda Benítez interviene y pregunta: Dentro del proyecto que realizó pudo detectar en forma directa que los señores Correa, Ponce o Cabezas, fueron quienes dieron consentimiento directo para esa transferencia. Responde el testigo: No recuerdo. Toma la palabra el doctor Andrade quien pregunta: La Junta General del 18 de noviembre de 1999 decidió la constitución del fideicomiso, en dicha junta se determinó que el Directorio se encargara de regular la comisión del fideicomiso y la persona que debía encargarse de la transferencia de los activos, recuerda si algún miembro del directorio participó directa o indirectamente en la transferencia de los activos del fideicomiso. Contesta el testigo: No recuerdo. Pregunta: Quién hizo la transferencia de los activos. Responde el testigo: No recuerdo"; asimismo del Testimonio del **ingeniero Guillermo Maldonado García** quien en lo pertinente al contestar el interrogatorio del Fiscal, señaló: "... Pregunta: Realizó el estudio de Filanfondos. Responde el testigo: Fue un equipo el que realizó el trabajo. Pregunta: Reconozca el documento que se le pone a la vista. Responde el testigo: Si lo suscribí. Pregunta: Indique lo principal del estudio que realizó. Responde el testigo: El equipo de trabajo fue el que realizó el informe, ha pasado tanto tiempo que no recuerdo los hechos. Me ratifico en el oficio. Pregunta: Indique las personas que estaban involucradas. Responde el testigo: No recuerdo las personas que estaban involucradas. Pregunta: Indique si la cartera era distinta a la entregada por los accionistas. Responde el testigo: Me ratifico en el informe. El doctor Aguilar toma la palabra y pregunta: Qué cargo desempeñaba. Contesta el testigo: Intendente de Bancos. Pregunta: Revisó los documentos. Contesta el testigo: Sí. Pregunta: Conocía que el economista Pedro Delgado ordenó revertir las pérdidas y ganancias. Responde el testigo: Me ratifico en el informe. Pregunta: Previo el informe técnico hizo el informe de la cartera. Responde el testigo: Me ratifico en el informe. Pregunta: Conocía si el Banco del Pacífico tenía que revertir capital. Contesta el testigo: Me ratifico en el informe. Pregunta: Expresó en alguna parte que se hubieran encontrado en la constitución del fideicomiso indicios de la comisión del delito de peculado. El testigo dice: No. Pregunta: Usted dijo que el doctor Macías Hurtado haya tenido participación en la comisión del delito de peculado. Responde el testigo: Me ratifico en el informe. Toma la palabra la doctora Gilda Benítez, quien solicita que se dé lectura del Art. 134 del Código de Procedimiento Penal y acto seguido pregunta: Determine las personas y calidades de autores y partícipes de esta infracción Responde el testigo: No recuerdo. Pregunta: Alejandro Ponce, José Cabezas y Wilson Correa firmaron el fideicomiso. Responde el testigo: No recuerdo. Pregunta: Estaban en condición de firmar el fideicomiso. El testigo

dice: No recuerdo. Interviene el doctor Echeverría, quien pregunta: Diga si el fideicomiso se constituyó con Filanbanco o con Filanfondos. Contesta el testigo: No recuerdo. El doctor Andrade, toma la palabra y pregunta: Diga si usted suscribió este informe. Responde el testigo: Sí. Pregunta: Por qué razón suscribió el informe. Responde el testigo: Fue mi autoría. Pregunta: Revisó la contabilidad del Banco del Pacífico. Responde el testigo: No. Pregunta: Quién realizó. Contesta el testigo: El equipo de trabajo. Pregunta: Usted se basó en datos proporcionados por terceros. Contesta el testigo: Se hizo en base del estudio que hizo el equipo de trabajo. Pregunta: Pudo determinar algún tipo de responsabilidad de las personas hoy encausadas. Responde el testigo: En realidad no". Las aseveraciones de los testigos antes referidos no son suficientes para que este Tribunal, pueda concluir que existió el tipo penal de peculado que arguye la Fiscalía General del Estado, por lo que, este Tribunal desestima los aludidos testimonios. Por otro lado, los testimonios de **Leopoldo Báez, José Eduardo Carmigniani, Fidel Enrique Miranda Rodríguez, Galo Roberto Ordóñez Puente, Carlos Hidalgo, Ángel Rodrigo Dávila Castillo, Lourdes María Baquerizo Blum, Rosa María Herrera Delgado, Jorge Guzmán Ortega, Isabel María González García**; en nada coadyuvaron a la tesis de la fiscalía, más bien reafirmaron que la Constitución del Fideicomiso Mercantil entre Filanfondos y el Banco del Pacífico S.A., se constituyó para transferir activos provisionados al cien por ciento con calificación E, cuyo primer beneficiario era el propio Banco del Pacífico debido a que los castigos ordenados por la Superintendencia de Bancos excedieron en ocho millones treinta y siete mil cero cincuenta y cuatro al patrimonio de los ex accionistas, y que en su constitución no se ocasionó ningún perjuicio al capital que Filanbanco tenía en el Banco del Pacífico, que en definitiva era del Estado. **7.9.-** Del examen de las pruebas testimoniales, documentales, así como de las alegaciones tanto de la Fiscalía General del Estado, así como de cada uno de los procesados, personalmente o por intermedio de sus defensores, se ha podido establecer lo siguiente: **a)** que los ex accionistas del Banco del Pacífico si asumieron las pérdidas acumuladas de enero a septiembre de 1999 por el valor de 407.498 millones de sucres; **b)** que la Superintendencia de Bancos, mediante Oficio INBGF- 2000-0038 de fecha 10 de enero del 2000, dispuso que las pérdidas acumuladas de enero a septiembre de 1999, fueran reversadas ya que habían sido absorbidas por la corrección monetaria a los estados financieros del Banco del Pacífico al cierre del ejercicio económico del 2009, dejando el patrimonio del Banco sin alteración, corroborándose que las pérdidas si fueron asumidas por los ex accionistas; **c)** que la cartera aportada al fideicomiso por parte de los ex accionistas del Banco del Pacífico, era en su totalidad con calificación E, tanto es así que cinco años después; esto es, en el año 2005, únicamente se habían cobrado algo más 6' 625,462.99 millones de dólares y el resto se encontraba en demandas judiciales, valor con el que ni siquiera el Banco del Pacífico pudo recuperar el valor de USD 8 '835,968 que le hubiera correspondido del fideicomiso; **d)** que el monto del fideicomiso fue el que se debía aportar por parte de los ex accionistas y no menor como dice la Fiscalía General del Estado, ya que el patrimonio de los ex accionistas de conformidad con el informe emitido por la Superintendencia de Bancos mediante Oficio INBGF-99-3566 fue de USD 80' 502.523; **e)** Que a este valor se

descontaron por dos veces la cantidad de USD 25 479,853, al que se sumo la cantidad de USD 8' 836,968 que es el valor no cubierto por los accionistas, quedando un saldo patrimonial de los ex accionistas de USD 20 '705,944, que es el resultado de los informes malicioso, falsos y errados suscritos por el Superintendente de Bancos de Bancos, Director Nacional Jurídico e Intendente Nacional de Instituciones Financieras e Intendente de Nacional Jurídico, en sendos oficios similares números SB-2001-0856; SB-2001-0857; SB-2001.0858 y el DNAJ-2001-152, todos suscritos el 4 de octubre del 2001 y que han servido de sustento a las acusaciones en este proceso; f) que el encargado de supervisar el traspaso de activos al fideicomiso, fue el señor Heinert Insúa y de administrar la Junta de Accionistas del Fideicomiso y que, por lo tanto el Directorio del Banco del Pacífico no tuvo responsabilidad ni injerencia en el traspaso de dichos activos; g) que tanto la integración del fideicomiso, así como su disolución son actos previstos en las cláusulas de constitución del mismo, así como en la Ley de Mercado de Valores y por lo tanto actos legítimos; h) que hasta el 2 de julio del 2001 se habían transferido al fideicomiso cartera por USD 63' 521,158, cartera que es devuelto al Banco del Pacífico con fecha 18 de diciembre del 2001, fecha de disolución del fideicomiso, por lo que el referido Banco recuperó su cartera que era de mala calidad, sin que, por lo tanto haya sufrido detrimento a su patrimonio por la constitución del fideicomiso. **7.10.-** Finalmente, luego de que la Fiscalía General del Estado, acuso a los procesados de faltantes millonarios en sures y dólares, en su acusación final les imputó el hecho de que luego de la disolución del fideicomiso no se devolvió al Banco del Pacífico la cantidad de USD 180.000 por parte sus administrador. Para tener elementos de juicio sobre esta imputación, es necesario transcribir algunas cláusulas de la constitución del Fideicomiso referentes a la recaudación de valores y al pago de honorarios y gastos de administración: del Contrato de Fideicomiso Mercantil, suscrito en Guayaquil, el 3 de octubre del 2000, otorgado por el Banco del Pacífico S.A. como constituyente y la compañía FILANFONDOS S.A. administradora de fondos y fideicomisos como "La Fiduciaria" y que para objeto de fundamentar esta Resolución se transcribe lo atinente al caso: **"CLAUSULA DECIMA CUARTA: DE LAS ATRIBUCIONES DEL DIRECTORIO.- El Directorio del fideicomiso tendrá las siguientes atribuciones: UNO.- Definir las políticas de recuperación judiciales y extra judiciales de la cartera fideicomitada; DOS.- Definir los mecanismos de cobro y recaudo, así como y sin que sea limitativo, las políticas de reestructuración, reprogramación, daciones en pago, y en general todas aquellas resoluciones que sea necesario adoptar para el pago de lo adeudado por parte de los deudores de la cartera fideicomitada; TRES.- Enmarcado en la finalidad del presente fideicomiso y en lo aprobado por la Junta General de accionistas del banco del Pacífico S.A. de fecha nueve de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, resolver sobre el destino de la cartera fideicomitada; CUARTA.- Escoger y designar a los profesionales del derecho o Estudios Jurídicos que se encargarán de las gestiones judiciales y extrajudiciales de cobro de la cartera fideicomitada. La gestión de recuperación que se encargue, deberá incluir necesariamente los gastos en que el fideicomitente que suscribe este contrato, haya tenido que incurrir tanto hasta la fecha de traspaso de la cartera al presente**

**fideicomiso, lo cual puede ser corroborado de la certificación adjunta, como los que se incurra dentro de la vigencia del mismo; CINCO.- Fijar y reformar la tabla de honorarios profesionales de los abogados que se designen, con arreglo a lo dispuesto en el numeral anterior, en base a los resultados dentro de la recuperación de la cartera, procurando evitar anticipos de honorarios; SEIS.- Definir la mecánica de asignación de la cartera fideicomitada entre los abogados y estudios de abogados que designe el Directorio para ejecutar la cobranza, y, disponer que la Fiduciaria en representación del Fideicomiso, celebre los contratos correspondientes de peculado con dichos profesionales o Estudios de abogados conforme a las instrucciones expresas que imparta el Directorio; SIETE.- Sin perjuicio de lo señalado en los numerales uno, dos y tres de ésta cláusula, determinar entre las políticas de cobro y administración de la cartera fideicomitada, si fuere del caso, y sin que sea limitativo: plazos de reestructuración, tasas, formas de pago, vigencia de los avalúos, peritos avaluadores, compañías de seguros idóneas para la protección de las garantías o activos recibidos por el Fideicomiso, condonaciones, daciones, siempre que este sea un medio para viabilizar la recuperación de la cartera transferida al patrimonio del presente fideicomiso y no un mecanismo para retardar la ejecución de los deudores o dilatar la recuperación de lo adeudado, que iría en incumplimiento de la finalidad o propósito de la constitución de este Fideicomiso; OCHO.- Designar Comisiones o Subcomisiones que actuarán bajo responsabilidad del Directorio y que podrán estar integradas por un Director y las personas que este organismo designe, que podrá tener entre sus funciones y sin que sea limitado a ello, supervisar la gestión de los abogados externos, aprobar excepciones a la política de crédito y recuperación fijada por el Directorio, y cualquier otra actividad que el Directorio resuelva delegar bajo su responsabilidad, apara viabilizar la, recuperación de la cartera. Quedando aclarado que ningún miembro y/o comisiones y/o subcomisiones que se formen, tendrá derecho a cobrar honorario, remuneración, dieta o expendio alguno; NUEVE.- Definir las políticas y procedimientos para la venta de activos muebles o inmuebles que se reciban como dación en pago, a efectos de viabilizar la recuperación de los valores a favor de los beneficiarios; DIEZ.- Determinar el procedimiento a seguir para la custodia de los activos recibidos en el Fideicomiso; ONCE.- Autorizar reformas al presente fideicomiso, siempre y cuando que las mismas se mantengan enmarcadas en la finalidad que se persigue con la constitución del mismo, para cuyo perfeccionamiento se requerirá la firma de las partes que intervienen en el presente contrato, dada la naturaleza irrevocable del fideicomiso mercantil; DOCE.- Sustituir la Fiduciaria, debiendo para ello notificarla con sesenta días de anticipación y pagar los honorarios y gastos devengados hasta dicha fecha de terminación de la relación contractual con la Fiduciaria; así como designar a quien será su reemplazante, que deberá encontrarse entre las ,Sociedades Administradoras de Fideicomisos, inscritas en el registro de Mercado de Valores a la fecha de designación del reemplazo: TRECE.- Ampliar, si fuere necesario para su perfeccionamiento legal, los plazos establecidos en la cláusula octava, numerales Ocho.dos.uno.uno, Ocho.Dos.Uno.Dos y Ochos. Dos.Unos. Tres; CATORCE.- Resolver sobre el retiro de la cartera a cobrarse asignada a los Estudios de Abogados o**

profesionales que a juicio del Directorio, no se encuentren desempeñando con diligencia su gestión; conforme a resultado, y reasignarla a nuevos profesionales del derecho. Para el efecto deberá instruir a la Fiduciaria para que dé por terminado los contratos suscritos y solicite la entrega de la cartera cuya recuperación les hubiere sido encomendada; QUINCE.- Definir la periodicidad o los plazos en los que la Fiduciaria entregará a los beneficiarios el producto de recuperación de la cartera; DIECISÉIS.- dado que la resolución de Junta General de Accionistas de nueve de Noviembre de mil novecientos noventa y nueve, fue que el producto de la recuperación de la cartera sea entregada a los ex accionistas del Banco del Pacífico S.A., al dieciocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve, en acciones del capital del Banco del Pacífico S.A., para lo cual es necesario que exista una emisión de acciones pública de parte del Banco del Pacífico S.A., o la decisión de sus propietarios de vender las que representan el capital del banco del pacífico S.A., actualmente,; corresponderá al directorio en representación de los ex accionistas definir el tiempo que esperará la Fiduciaria para entregar lo recaudado en acciones.- SI no fuere posible entregara lo recaudado en acciones, en el plazo que defina el Directorio donde están representados los ex accionistas, por cuanto como se ha señalado en el inciso anterior, tal entrega en acciones está supeditada a que la Institución haga una nueva emisión de acciones que se ponga a disposición del público o a que los propietarios del actual capital accionario quiera vender sus acciones, el Directorio definirá la forma y periodicidad en que se entregará a los ex accionistas, una vez pagado el Banco del Pacífico S.A., el producto de lo recaudado; DIECISIETE. Pedir reportes o informes a la Fiduciaria, de entre aquellos contemplados en el presente contrato; DIECIOCHO.- Supervisar que se haya cumplido con el perfeccionamiento legal de los traspasos de la cartera fideicomitida, en el término y plazos señalados en los numerales Ocho. Dos. Uno. Uno, y Ocho. Dos. Uno. Tres de la cláusula octava o en un lapso mayor si así se hubiere acordado por el Directorio; DIECINUEVE.- dar instrucciones a la Fiduciaria sobre la cancelación de obligaciones o liberaciones de garantías, una vez que las obligaciones de crédito hayan sido pagadas en su totalidad por el deudor o deudores respectivos; VEINTE.- Solicitar a la Fiduciaria que asistan a la próxima sesión del Directorio. del profesional o profesionales que se encuentre ejecutando la cobranza de la cartera fideicomitida, a efectos que se rindan personalmente cuentas sobre su gestión. Si fuere del caso a juicio del Directorio, ésta solicitud podrá ser extendida al Auditor Externo; VEINTIUNO.- Reformar los términos del presente fideicomiso, siempre que tales reformas estén acordadas con la finalidad para la cual ha sido constituido y con lo resuelto por la Junta General de accionistas del nueve de noviembre de mil novecientos noventa y nueve; VEINTIDOS.- Resolver sobre cualquier asunto que no se hubiere previsto en este contrato, siempre acorde con la finalidad para lo cual ha sido constituido; VEINTITRES.- Resolver hasta la tercera sesión ordinaria de Directorio contadas a partir de la suscripción de este contrato, la periodicidad con la que devolverán al Banco del Pacífico S.A., con cargo a las recuperaciones que se hagan de la cartera fideicomitida, todos los egresos de dinero que tenga que hacer durante la vigencia del mismo, ya sea como por el pago de honorarios derivados de este contrato o de las contrataciones que se hicieren, honorarios o

gastos de abogados externos, que ameriten pagos por adelantado, egresos de dinero que deberán ser asumidos en partes proporcionales por todos los beneficiarios de este fideicomiso, incluido el Banco del Pacífico S.A., en proporción a la cuota o porcentaje que les corresponda a cada uno en el patrimonio autónomo, a la fecha en que se produzcan tales contrataciones; VEINTICUATRO.- Resolver la periodicidad o forma con la que se devolverán al Banco del Pacífico S.A., con cargo a las recuperaciones que se hagan de la cartera fideicomitida respectiva que los causó, recuperaciones que deberán incluirlos, todos los egresos de dinero que el Banco del Pacífico S.A., haya tenido que hacer hasta la fecha de traspaso de la cartera al presente fideicomiso, a título de honorarios de abogados o en general cualquier gasto que haya tenido que anticipar el Banco del Pacífico S.A., dentro de la gestión de recuperación de las operaciones de que se trate, que constan cuantificados en certificación adjunta; VEINTICINCO.- Aprobar el procedimiento para la selección y contratación de la firma de auditoría externa; que deberá ser de una de las autorizadas por la superintendencia de bancos para auditar el sistema financiero. Asimismo, será su obligación determinar y escoger a la Firma cuya oferta hubiere sido elegida, como la mejor en atención a los parámetros previamente aprobados. El Directorio se hará igualmente responsable como si éste mismo hubiere aprobado y designado, si transcurridas tres sesiones ordinarias sin resolver respecto a la contratación del Auditor Externo, el fiduciario se ve obligado a contratar a la Firma Auditora que hubiere presentado la oferta de servicios con el costo más bajo. CLAUSULA DÉCIMA NOVENA.- DECLARACIONES ESPECIALES: El fideicomiso declara que para todos los efectos, el presente contrato por su propia naturaleza; es irrevocable, lo que impide que el Fideicomitente indique unilateralmente cambio de instrucciones o solicite la devolución o restitución de los bienes fideicomitados, sin que se hubiere dado cumplimiento a las finalidades del presente contrato o sin que existiere resolución del directorio del Fideicomiso autorizando tales reformas.- CLAUSULA VIGÉSIMA VIGENCIA: El presente Fideicomiso se entenderá vigente hasta el cumplimiento de su objeto, teniendo como limitante el plazo establecido en la Ley de Mercado de Valores.- CLAUSULA VIGÉSIMA PRIMERA.- TERMINACIÓN ANTICIPADA: El fideicomiso podrá terminar anticipadamente por las siguientes causas: VEINTIUNO. UNO. Por resolución unánime del Directorio del Fideicomiso; VEINTIUNO. DOS. Por cumplimiento de la finalidad establecida en el presente acto constitutivo; VEINTIUNO. TRES. Por imposibilidad física absoluta de cumplir con el contrato por caso fortuito o fuerza mayor, en los términos establecidos en el Código civil; VEINTIUNO. CUATRO. A criterio de la Fiduciaria, en caso de incumplimiento del Fideicomiso de cualquiera de las obligaciones señaladas en el presente contrato, para lo cual, la Fiduciaria notificará a los Directores de la decisión a efectos de que el Directorio en un plazo de quince días siguientes. Designe a la Fiduciaria a la cual se traspasará la administración del presente fideicomiso, La Fiduciaria la traspasará a su criterio, a cualesquiera de las sociedades administradoras de Fideicomisos que a esa fecha se encuentren inscritas en el registro de Mercado de Valores.- CLAUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA.- RENUNCIA DE LA FIDUCIARIA: Sin perjuicio de lo previsto en la Ley de Mercado de Valores, LA

*FIDUCIARIA podrá renunciar a sus funciones, sin necesidad de autorización de la Superintendencia de Compañías, conforme expresamente acepten las partes si ha criterio de la fiduciaria no pudiere seguir prestando sus servicios a los beneficiarios y por las demás causales establecidas en la Ley, en cuyo caso optará la misma mecánica de decisión del directorio del fideicomiso establecida en el numeral Veinte. Cuatro de la Cláusula anterior.- CLAUSULA VIGÉSIMA TERCERA.- LA FIDUCIARIA: LA FIDUCIARIA solo podrá ser sustituida por las siguientes causales: Uno) Por renuncia de la FIDUCIARIA, al tenor de lo dispuesto en la cláusula vigésima segunda. Dos) Por dolo o culpa leve de la fiduciaria en la administración del presente fideicomiso, debidamente comprobada mediante sentencia ejecutoriada o laudo arbitral. Tres) Por liquidación forzosa de la Fiduciaria. Cuatro) Por resolución del Directorio del Fideicomiso.- En todo caso, la nueva Fiduciaria deberá ser designada por el Directorio del fideicomiso, con arreglo a lo pactado en el numeral veinte. Cuatro de la cláusula vigésima de este contrato. CLAUSULA VIGESIMA CUARTA: LIQUIDACIÓN DEL FIDEICOMISO.- A la terminación del presente contrato, la Fiduciaria procederá a la liquidación del Fideicomiso, que tendrá la duración necesaria para ese fin, dejando constancia de lo siguiente: VEINTICUATRO. UNO. El pago de gastos fiscales relativos a los bienes fideicomitados.- VEINTICUATRO. DOS. El pago de los honorarios de la Fiduciaria que se hubieren causado, dentro de los cinco días siguientes a la presentación de la factura correspondiente, en el domicilio señalado por el Fideicomitente.- VEINTICUATRO. TRES. El pago de todos los gastos y honorarios de administración, terminación, liquidación y conservación de los bienes fideicomitados, y, cualquier otro, que hayan sido contratados o ejecutados por la Fiduciaria.- VEINTICUATRO. CUATRO. La Fiduciaria rendirá cuenta final de su gestión al Fideicomitente y al Directorio, y le informará sobre; el estado del patrimonio autónomo enviando la comunicación correspondiente Dichas cuentas se entenderán aprobadas si no son objetos dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación.- VEINTICUATRO. CINCO. Luego de transcurridos los días señalados en el numeral precedente, la Fiduciaria suscribirá la escritura de terminación del Fideicomiso y procederá a realizar todos los actos y contratos que fueren necesarios para el perfeccionamiento de dicho documento". De la lectura de aquellas cláusulas y en especial de la vigésima tercera y vigésima cuarta queda establecido que de los valores recaudados por el cobro de la cartera fideicomitada, deberá descontar los valores por pago de honorarios profesionales y demás gastos administrativos que demanden dicha operación de cobro, de lo que se infiere que no es nada extraño que al momento de la disolución del fideicomiso, los administradores de Filanfondos no hayan entregado USD 180.000, circunstancia ésta que no puede originar ninguna acción u omisión punible y peor aún que aquella retención sea imputable a la voluntad y conciencia de los imputados. 7.11.- Se hace necesario, consignar lo previsto en el Art. 65 del Código de Procedimiento Penal, en lo pertinente señala: "...Es obligación del Fiscal, actuar con absoluta objetividad, extendiendo la investigación no sólo a las circunstancias de cargo, sino también a las que sirvan para descargo del imputado.". Al efecto cabe recordar lo que señala el profesor alemán de Frankfurt Roxin, que la*

función del Fiscal no es la de acusar por acusar, sino la de "DESCUBRIR LA VERDAD PROCESAL". Por su lado, el Art. 79, ibidem señala: "*Las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales de garantías penales correspondientes, salvo el caso de las pruebas testimoniales urgentes, que serán practicadas por los jueces de garantías penales. Las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción Fiscal alcanzarán el valor de prueba una vez que sean presentadas y valoradas en la etapa del juicio.*" 7.12 También es propicia la oportunidad para hacer nuestro del criterio sostenido por la Corte Constitucional en la Sentencia No. 0025-09-CN CASO: 0025-09-CN, que en lo pertinente expresa: "...*El papel de Juez como queda indicado, el juez es un sujeto procesal, vale decir, el sujeto principal del proceso penal, debiendo señalarse además que este sujeto procesal puede ser a su vez unipersonal (juez penal) o pluripersonal (tribunal penal). El juez es el titular del órgano jurisdiccional penal que tiene, como lo dice el tratadista Clara Olmedo, "el poder de dirección y decisión en los procesos penales", y acorde al Código de Procedimiento Penal corresponde el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Cabe señalar, en este orden de cosas y atribuciones, que la función de juez penal, en el marco del Código de Procedimiento Penal vigente, de sus reformas ha sido subestimada por las actuaciones del Ministerio Público actuaciones que como las ahora consultadas, son cuestionadas constitucionalmente, ya que el Ministerio Público, sin ser parte de la Función Judicial ha asumido ciertas tareas de iniciación, dirección y hasta "decisión" en la sustanciación del proceso penal, como ocurre en el caso sub Judice, lo cual provoca una suerte de indefensión jurídica para aquella persona que se encuentra indagada, procesada, y sometida a un órgano extra judicial que es la Fiscalía, sin que, como en el caso de las disposiciones consultadas sobre su constitucionalidad, el juez penal quien ahora incluso tiene la denominación de "juez de garantías penales" tenga fuerza suficiente y/o verdadera capacidad decisoria para evitar potenciales atropellos, que en la práctica, cometen fiscales y policía en la sustanciación de las primeras etapas del proceso penal como son la indagación previa y la instrucción fiscal... Por otro lado, entre las características de los órganos jurisdiccionales están la "independencia" y la "imparcialidad" que son imposiciones constitucionales que, como en el presente caso sometido a consulta constitucional, al examinar las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, particularmente las introducidas mediante reformas y que son objeto de esta acción constitucional, no se cumplen toda vez que la independencia está violentada por la intervención del Ministerio Público (Fiscalía) dentro del proceso penal en aspectos de pura y neta "decisión"... Esta Corte, partiendo del análisis desde la Constitución y, sobre todo del artículo citado, repara en: a) Si bien es cierto que la Fiscalía es quien "dirigirá" la investigación pre procesal y procesal, ello no implica la facultad de "decidir" en el proceso penal, facultad que es exclusiva de los jueces de garantías penales. b) De otro lado, la Fiscalía, como parte del proceso penal que es, al "ejercer" la acción pública durante el proceso, lo hará con sujeción a principios, sobre todo a aquel de la "mínima intervención penal" esto, debido precisamente a su condición de ser parte procesal. c) Finalmente, la Fiscalía, en el evento de haber encontrado méritos deberá acusar, ejercicio y posición que lo hace en virtud,*

precisamente, de ser una parte procesal; de allí que, homologando a la parte "privada" en un proceso penal, quien formulará su acusación particular, tendríamos que su actuación obedece a una posición similar a la del acusador particular; es por ello que la "acusación" se la debe presentar y/o someter a consideración del "juez competente" que es el juez de garantías penales quien es el único legal y constitucionalmente que tiene la capacidad decisoria en el proceso penal al ser el garante de los derechos del procesado y del ofendido ... De ahí que, resulta ilógico que si la acción penal tiene por finalidad estimular al órgano competente para la iniciación del correspondiente proceso penal por la comisión de un delito, al ser este órgano competente el fiscal, sea el mismo quien se estimule para iniciar dicho proceso ... Las actividades y funciones del fiscal que quedan precisadas, además de aquellas de ser el autorizado legalmente a iniciar el proceso penal, de sustanciar la primera etapa del mismo, esto es la instrucción fiscal; conllevan a que esta parte procesal, el fiscal, acorde al Código de Procedimiento Penal sea quien investigue preprocesal y procesalmente la comisión de delitos, quien ejerza la acción penal, quien actúe como parte procesal; y, quien, además, cual juez inicie el proceso penal y sustancie la primera etapa del mismo, restándole únicamente la decisión final sobre la responsabilidad de los justiciables, lo cual es contrario a lo señalado por la Constitución. De allí que se provoca una peligrosa confusión en una misma persona, esto es, el fiscal quien, por un lado, actúa como "parte" y, por otra, actúa como "juez" autorizado legalmente -no constitucionalmente-; dicha confusión de juez y parte resulta ser uno de los graves atentados a la seguridad jurídica, violentando además los principios de independencia e imparcialidad del órgano jurisdiccional penal, que a su vez son principios y garantías fundamentales del debido proceso penal reconocidas por la Constitución. Por otro lado, cabe señalar que la intervención del fiscal durante el desarrollo del proceso penal es la de la "parte activa" del proceso, esto es, exhibiendo la pretensión punitiva, actuando así en cada una de las etapas del proceso. El señalarse que dentro de las funciones del fiscal, quien como queda indicado es "parte procesal" en todas las etapas del proceso penal, está la de actuar con "absoluta objetividad" resulta una ingenuidad al pretender creer que el fiscal puede ser una parte imparcial del proceso penal cuando es el acusador; de ahí que, varios autores han señalado que "el que es parte no puede ser imparcial. Si es parte es porque ha adoptado una posición clara frente a un problema determinado." En el proceso penal, el juez es el único que debe y tiene que ser imparcial, mientras que el fiscal, al exhibir una pretensión punitiva, no puede ser ni psicológica ni mentalmente imparcial, ya que es de la naturaleza humana que se reconozca como correcta su posición frente al problema concreto respecto del cual ha tomado partido, es decir, que adopte una posición definida y quien ha adoptado tal posición no puede ser objetivo. En palabras del maestro Carnelutti se puede afirmar que "Es inconcebible la naturaleza de parte con una posición neutral"... es necesario recalcar que el fiscal al ser parte activa en el proceso penal, pues exhibe persigue, su pretensión es punitiva frente a la parte pasiva; debido a ello emite su dictamen acusatorio, incluso puede insistir en su acusación, pese a la carencia o deficiencia que puedan tener sus evidencias. Una vez identificado el rol y

carácter del fiscal, se puede llegar a entender y/o concebir con precisión que el sujeto procesal definido como juez, es el único llamado a tomar las "decisiones y resoluciones" pertinentes y por lo mismo no puede verse obligado a actuar haciendo simple eco de la "decisión del fiscal"; en consecuencia, el Juez debe ser el único quien verdaderamente dicte el auto de llamamiento a juicio, pues es en este momento, en dónde se visibiliza plenamente su capacidad decisoria y sobre todo su deber como garante del proceso penal y del respeto a los derechos humanos del procesado y del ofendido, como un verdadero juez de garantías penales, cuyo actuar no puede estar subordinado a la acusación tomada, entendiéndose posición asumida, por una parte procesal como es el fiscal". Es inconcebible y sorprendente que el ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia, doctor Armando Bermeo Castillo, sin tener los suficientes elementos de convicción haya dictado auto de llamamiento a juicio en contra de los imputados, y más aún los Magistrados de la Segunda Sala de la Corte Penal de la entonces Corte Suprema de Justicia, doctores Milton Moreno Aguirre, Arturo Donoso Castellón y Jorge Andrade Lara, hayan confirmado dicho auto De igual manera también es reprochable la actuación del Ministerio Público, hoy Fiscalía General del Estado que durante la tramitación de la Instrucción Fiscal haya impedido el derecho a la defensa de los imputados, violando con ello las leyes y Constitución de la República vigentes a la fecha y ratificadas en la Constitución de la República de Montecristi, iniciando una meteórica indagación previa de cuatro días para luego dar inicio a la instrucción fiscal, sin contar con los elementos de juicio suficientes, solicitando órdenes de prisión, cuando algunos procesados se encontraban fuera del país y que, por lo tanto, mal podían ejercer legítimo derecho a la defensa. 7.13.- De lo expuesto y al no haberse comprobado la materialidad ni la existencia del delito de peculado bancario por el cual han sido procesados todos los imputados en esta causa, no cabe atribuirles ningún juicio de reproche, aún más cuando la acusación se sustenta en informes falsos, forjados y malintencionados que sirvieron de antecedentes para la instauración de este proceso penal Así mismo se hace, evidente que al formular la acusación, el señor Fiscal General Subrogante del Estado, en la audiencia de juicio en el caso de los imputados llamados en calidad de cómplices no individualizó en forma concreta cuales son los cargos que se les imputa a cada uno de ellos sino que lo hizo de una forma genérica y lacónica, utilizando falacias, además de que, los argumentos tanto jurídicos como los elementos fácticos para formularles el juicio de reproche, no son unívocos, claros, concisos y concordantes para poderles atribuir un juicio de reproche y consecuentemente emitir una condena. **OCTAVO: RESOLUCION.-** A lo expuesto se debe tener presente el presupuesto jurídico del Art. 304-A (304.1) el cual dispone que: "si no estuviere comprobada la existencia del delito o la responsabilidad del procesado, o existiere duda sobre tales hechos, o el procesado hubiere acreditado su inocencia dictará sentencia absolutoria", subsidiariamente al no haber la certeza de la infracción no hay delito y al no haber delito no puede haber un culpable.- El Art. 76 numera 4 de la Constitución de la República en concordancia con el Art. 4 del Código Penal, determina que la ley se aplicará en el sentido más favorable al encausado. Actuar fuera de este principio se convierte en un hecho que lesiona no sólo los intereses del recurrente sino los de la propia Constitución y Ley, ya que no se puede so pretexto

de defender los intereses del Estado, actuar al margen de la Constitución y la Ley, violentando sus principios y disposiciones. Esta Sala considera que era obligación del representante de la Fiscalía General del Estado, sobre quien recae el ejercicio de la acción penal y el impulso de la misma en la sustanciación del juicio penal, probar su hipótesis de adecuación normativa, empezando por los elementos objetivos del tipo, en especial, el verbo rector del tipo penal acusado, que en el caso es el de "abusar". Este Tribunal considera que las falencias enunciadas, en las que han incurrido la fiscalía que no actuó con absoluta objetividad, cuando jurídicamente está obligada a establecer, demostrar los asertos que conllevan el motivo de la acusación, básicamente violan el derecho a la defensa que se consagra en la Constitución en el artículo 76.7, en concordancia con el derecho de las personas a reclamar de los órganos jurisdiccionales la tutela efectiva de sus derechos e intereses consignado en el artículo 75 y 76 numeral primero del mismo cuerpo constitucional, consecuente y consistente con el artículo 10, 11 numeral 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada el 10 de diciembre de 1948, artículos XVIII, XXVI, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre adoptada el 30 de marzo de 1948, artículos 8 numeral 1, 2, letra f) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita el 22 de noviembre de 1969, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrito el 4 de abril de 1968, Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos suscrita el 26 de julio del 2002, por cuanto los imputados al no haberseles permitido que se defendían en la etapa de instrucción fiscal y haberse dictado una orden de prisión preventiva prematura a sabiendas que uno de los imputados se encontraba fuera del país y no poder alegar y sustentar con puntualidad y certeza argumentos que apoyen su tesis de inocencia. Además de ello, y en este mismo sentido, El Estado, promueve la acusación oficial a través del Fiscal (titular de la acción), quien por obvias razones tiene la obligación de las cargas probatorias dinámicas en base del principio de oportunidad o de oficialidad, ya que se encuentra en mejores condiciones procesales que los imputados, quienes no están obligados a probar su inocencia, pues esta se presume, incluido en la doctrina de las mencionadas cargas en razón de expresas garantías constitucionales como son la presunción de inocencia y el derecho a una defensa técnica. La Fiscalía tiene la obligación jurídica y doctrinariamente colaborar con el esclarecimiento de la verdad jurídica dentro del proceso penal acusatorio, por lo que no puede sustraerse al deber de suministrar todas las pruebas, sin retaceos, tanto más que en cerca de nueve años, no solicitó, ni practicó ninguna prueba nueva para fundamentar correctamente su acusación. No puede permitirse a la acusación oficial que goza de todo el peso del aparato estatal omitir diligencias básicas para establecer la verdad procesal y que en el presente caso no aporte una sola prueba de cargo contundente que permita al juzgador formularse un mínimo de convicción de la culpabilidad y responsabilidad de los imputados de un hecho que se persigue oficialmente como en el presente caso. El juicio oral se caracteriza por la construcción de un relato, en que cada uno de los actores va aportando un trozo de su historia, pero con el señalamiento de datos, no conjeturas, la verdad que se busca es la jurídica no la histórica. El derecho de igualdad procesal, justamente encuentra su balance ideal entre la presunción de inocencia

y esta última aseveración, esto es, la paridad de condiciones respecto de quien ejerce la acción pública y quien debe soportar la imputación, circunstancias que forman parte de un debido proceso constitucional que este Tribunal defiende. El aseguramiento de la efectividad de la acusación pública que en este caso no fue respetuosa del debido proceso, exigen a este Tribunal una actitud comprometida con las garantías constitucionales, y esta actuación en este sentido, no debe ser percibida como atentatoria del principio de imparcialidad, sino como una reafirmación de éste, pues de no ser así, se verificaría una complicidad en el desequilibrio del proceso favorable a la acusación oficial.- También se debe dejar constancia que examinada la conducta de: Miguel Rodrigo Dávila, Ex Superintendente de Bancos; Jorge Rodrigo Ortiz Barriga, Ex Director Nacional de Asuntos Judiciales de la Superintendencia de Bancos, Alejandro Maldonado García, Ex Intendente de Supervisión de Instituciones Financieras de la Superintendencia de Bancos y Rodrigo Francisco López Espinoza, Ex Intendente Nacional Jurídico de la Superintendencia de Banco todos ellos dijeron que nunca tuvieron acceso directo a las fuentes que era la contabilidad del Banco del Pacífico, entonces como podían opinar y hacer informes acusatorios, y al contestar a los interrogatorios formulados por los abogados defensores de los imputados sus respuestas fueron evasivas y se limitaron a conocer su firma impuesta en los documentos suscritos por ellos y nada más, por lo que se desprende que incurrieron en falta de acuciosidad y responsabilidad en el ejercicio de sus funciones, ya que sus informes contienen datos inexactos, falsos y alterados que han tratado de inducir a engaño a este órgano judicial de administración de justicia, motivo por el cual y al amparo de lo previsto en el Art.137 del Código de Procedimiento Penal, así como en los artículos 296 y 339 en concordancia con el 354 del Código Penal, se dispone su enjuiciamiento penal, disponiendo oficiar en este sentido, a la Fiscalía General del Estado, independientemente de las acciones legales que pudieran tomar los perjudicados. De igual manera, se observa severamente la conducta del Dr. Armando Bermeo Castillo, ex - Presidente de la Corte Suprema de Justicia, por haber dictado un auto de llamamiento a juicio sin haber observado el debido proceso que les asistía a los imputados y haber dictado una orden de prisión ilegal. Por las razones expuestas y con fundamento en los artículos 75, 76 numeral primero, 86, 169, 172 de la Constitución de la República del Ecuador, Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos señalados el artículo 5 del Código Orgánico de la Función Judicial vigente, y en cumplimiento con lo dispuesto en los artículos 304 A, 309 y 311 del Código de Procedimiento Penal, esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, a falta de prueba de la existencia material de la infracción acusada y de evidencia alguna de la participación en el presunto delito de peculado que se les atribuía a los procesados, ratificando el estado de inocencia de los mismos, **ABSUELVE al ingeniero Jorge Emilio Gallardo Zavala, Carlos Gonzalo Hidalgo Terán; Francisco Kozhaya Simon; Eli Rodrigo Laniado de Wind; Miguel Luis Macías Hurtado; Wilson Eduardo Correa Calderón, Alejandro Alberto Ponce Enríquez y José Vicente Cabezas Candel;** cuyos

generales de ley obran de autos, disponiéndose se cancelen todas las medidas cautelares que pesan en contra de aquellos. El actuario de la Sala envíe los oficios correspondientes.- Notifíquese.-

Fdo.) Dr. Hernán Ulloa Parada. Dr. Luis Moyano Alarcón, Dr. Milton Peñarreta Alvarez, Jueces Nacionales.

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

Certifico que las ciento once (111) que anteceden son iguales a su original Quito 11 de enero del 2011.

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

---

No. 223-2010

**En el Juicio Penal No. 365-2006, seguido en contra de JUAN HUNGUMI TUNGUI CAPAIRA, como autor del delito tipificado en el Art. 512 del Código Penal y sancionado con el Art. 513 ibidem.**

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

Quito, abril 14 del 2010.- Las 08h50.

**VISTOS:** Avocamos conocimiento de esta causa los doctores Luis Abarca Galeas, Máximo Ortega Ordóñez y Luis Quiroz Erazo en calidad de Jueces y Conjuez respectivamente. El sentenciado Juan Hungumi Tungui Capaira, interpone recurso de revisión del fallo condenatorio expedido en su contra por el Tribunal Penal de Morona Santiago, por encontrarlo autor del delito tipificado en el Art. 512 del Código Penal y sancionado con el Art. 513 ibidem imponiéndole la pena de doce años de reclusión mayor extraordinaria. Concedido el mismo, ha correspondido su conocimiento a la Segunda Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, quien para resolver considera.- **PRIMERO:** Que es competente para conocer y resolver este recurso de revisión, en virtud del Art. 184 de la Constitución de la República del Ecuador, vigente a partir del 20 de octubre de 2008, publicada en el Registro Oficial No. 449; por lo dispuesto en los literales a) y b) del numeral 4 de la Sentencia Interpretativa: 001-08-SI-CC, de fecha 28 de noviembre de 2008, dictada por la Corte Constitucional de la República, publicada en el Registro Oficial No. 479, de 2 de diciembre de 2008; por el Art. 349 del

Código de Procedimiento Penal y por sorteo legal realizado, el 25 de mayo de 2006. **SEGUNDO:** Que el sentenciado Juan Hungumi Tungui Capaira, interpone recurso de revisión del fallo, fundamentándolo en las causales 3 y 6 del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal que especifican que la revisión procede cuando se demostrase que "3.-[...] la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados; [...] 6.- Cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho, la existencia del delito a que se refiere la sentencia" conforme se desprende del trámite de proceso se niega la solicitud de prueba por extemporánea, en cuanto respecta al numeral 6 del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, como no es necesario, de conformidad al inciso último de esta misma disposición, de nuevas pruebas, la Sala procede analizar a su respecto la sentencia referida y las pruebas obradas en el proceso. **TERCERO:** El señor Ministro Fiscal General del Estado, de conformidad con lo que establece el Art. 365 del Código de Procedimiento Penal, emite su dictamen y en lo fundamental manifiesta: "En el término de prueba que sustenta la causal 3 invocada en su escrito de fundamentación, pese a que el texto legal demanda la presencia de nuevos datos o indicios que antes no pudieron ser probados. En cuanto a la causal sexta, del examen del proceso se establece que el juzgador declara probada la existencia de la infracción con las siguientes pruebas: a) el testimonio del perito médico doctor Wagner Conrado Solís Basáñez, quien practicó el examen ginecológico a la menor Marcia Mónica Warush Tsapac, el 19 de mayo del 2004, a las 11h30, quien manifestó haber sido violada por el esposo de su hermana Elena, encontrando desfloramiento himeneal completo, a las 1, 5 y 11 según las manecillas del reloj, edema, enrojecimiento y dolor de la vulva; erosión y edema en labios mayores y menores, sangrado leve al tacto; en región anal sangrado al tacto, erosión a nivel de mucosa de esfínter anal 6, 7, 11, 1 según manecilla del reloj, dolor intenso y espasmo moderado de esfínter anal, excoriación en región glútea, excoriación de 3 cm de largo y 1 cm de ancho en región perineal izquierda; b) con el testimonio de la doctora Zoila María Once Condo, quien dice haber atendido a la menor, que venía acompañada de su hermana Elena; que al pretender examinarla ésta no se lo permitió, y apenas pudo revisar la parte posterior, observando equimosis en región perianal izquierda, ano dilatado y excoriaciones a nivel perianal; afirma que no revisó la vagina de la menor; y, c) con la partida de nacimiento de la menor incorporada al juicio de la que se advierte que la niña Marcia Mónica Warush Tspack, nació el 23 de marzo de 1994, y a la fecha en que sucedió el hecho esto es 18 de mayo del 2004, la menor tenía 10 años 1 mes y 7 días. [...] En consecuencia, es mi criterio, que el recurso de revisión interpuesto por el reo, es improcedente, y debe ser rechazado. **QUINTO:** El recurso de revisión tiene la virtualidad extraordinaria de dejar sin efecto la cosa juzgada en atención a los casos y modos previstos taxativamente en el Art. 360 del Código de Procedimiento Penal; en la especie, el sentenciado no ha presentado nueva prueba que demuestre la causal 3 del mentado Código Adjetivo

Penal y en relación a la causal 6, al revisar esta Sala minuciosamente el proceso establece que el acervo probatorio recaudado a lo largo de la causa ha sido valorado conforme a las reglas de la sana crítica.- En consecuencia al no encontrarse demostradas las causales que motivaron el recurso de revisión resulta inadmisibles el mismo.- Por las consideraciones que anteceden, esta Segunda Sala de lo Penal, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**; declara improcedente el recurso de revisión interpuesto por el recurrente JUAN HUNGUMI TUNGUI CAPAIRA .-Devuélvase el proceso al Tribunal de origen para los fines de Ley.- Notifíquese y cúmplase.

Fdo.) Dres. Luis Abarca Galeas, Máximo Ortega Ordóñez, Jueces Nacionales, Luis Quiroz Erazo, Conjuéz.

Certifico. f.) Dr. Honorato Jara Vicuña, Secretario Relator.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- Segunda Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original.

Quito, 1-07-2011.

Certifico:

f.) El Secretario Relator.

El REGISTRO OFICIAL no se responsabiliza por los errores ortográficos, gramaticales, de fondo y/o de forma que contengan los documentos publicados, dichos documentos remitidos por las diferentes instituciones para su promulgación, son transcritos fielmente a sus originales, los mismos que se encuentran archivados y son nuestro respaldo.



**REGISTRO OFICIAL**  
ORGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

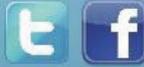
# Suscríbase



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

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

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



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