



SENORES JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

PONENTE: DR. ALI VICENTE LOZADA PRADO:

Causa No. 689-22-EP

Dres.: MERCEDES ALMEIDA VILLACRES; JORGE ANTONIO VALDIVIESO GUILCAPI; Y, HERNAN MANUEL BARROS NOROÑA, en nuestras calidades de Jueces Provinciales de la Corte de Justicia de Napo, en relación a la acción extraordinaria de protección constitucional No. 689-22-EP, presentada por los ciudadanos Juan Bernardo Dávalos Salazar y Gerardo Arturo Romo Flores; muy respetuosamente comparecemos, ante ustedes señores Magistrados Constitucionales; y, dentro del término concedido por su autoridad, acorde a lo dispuesto por el Art. 48 de la Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional; tenemos a bien emitir informe debidamente motivado, en los siguientes términos:

1.- Los señores: Juan Bernardo Dávalos Salazar, y Gerardo Arturo Romo Flores, por separado y en su orden, han presentado demandas, que se les asigne: “A” y “B”, respectivamente; que contiene la acción extraordinaria de protección, en contra de las sentencias de primera, segunda instancia y casación, dictadas dentro de la causa penal por el delito de peculado No. 15281-2016-00444, siendo los antecedentes procesales:

1.1.- La demanda “A”, sostiene la vulneración del derecho:

i.- Al debido proceso en las garantías establecidas en el Art. 76, numerales 3 y 5; esto es, de no ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no está tipificado en la ley como infracción penal.

ii.- La seguridad jurídica reconocida por el Art. 82 de la Constitución de la República; se habría vulnerado en la sentencia la aplicación de una norma que no existía de forma expresa y no estaba vigente en el momento que se habría cometido la infracción penal.

1.2.- La demanda “B”, sostiene la vulneración del derecho:

CORTE PROVINCIAL DE NAPO

Barrio Plan de Salud, calles Alejandro Pazos y Machala, Complejo Judicial de Tena.

(06) 2998-900 Ext. 63014

www.funclonjudicial-napo.gob.ec

i.- A la tutela judicial efectiva; establecido en el Art.75 de la Constitución de la República; y,

ii.- Al debido proceso en la garantía del derecho a la defensa; determinado en el Art. 76, numeral 7, literales a y h *Ibídem*.

2.- Inicio del proceso penal:

2.1.- Informe con indicios de responsabilidad penal. - Con orden de trabajo No. DR8-DPN-AE-0045-2015, del 01 de septiembre 2009 hasta el 28 de febrero 2013 el Dr. Marco Gallegos Director Regional de la Contraloría General del Estado, dispone a la Ing. Wilma Sánchez Mazo, que realice un examen especial a los gastos de bienes y servicios en el periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 2009 y 28 de febrero de 2013, determinó que en el contrato de servicios de lavandería, suscrito el 23 de marzo de 2012, entre el Hospital José María Velasco Ibarra, representado por su Gerente General, el doctor Mario Gallo Sandoval, y Lavanderías Ecuatorianas C.A. (LAVECA), representada por el economista Juan Dávalos, se modificó la forma de pago inicialmente establecida en el proyecto de contrato adjunto a los pliegos precontractuales, estableciendo un anticipo del 40% del presupuesto referencial (298.609,00 USD), y, pactando el pago de un monto mensual fijo, equivalente a U.S.D. 18.663,16. Como consecuencia de estas modificaciones, la empresa contratista recibió el pago de 24 planillas por el valor de USD. 31.105,20; es decir, un monto superior al contenido en el tenor literal del contrato, generándose un pago en exceso de USD. 225.931,80, en razón de que la contratista solamente entregó un total de 85.980 kilos de indumentaria lavada, que tenía que ser cancelada por un valor de 0,90 ctvs. el kilo.

2.2.- Audiencia de Formulación de cargos. – La Fiscalía de Napo, decidió formular cargos en contra de Benito Flemin Cordovilla Vargas; Cristina Maritza Leguisamo Uzhca y Mónica Elizabeth Mesías Ninacuri; posteriormente vinculó a los señores Mario Augusto Gallo Sandoval, Juan Bernardo Dávalos Salazar, este último, en ese entonces, en su calidad de Gerente Lavanderías Ecuatorianas C.A. (LAVECA), por el delito del Art. 278 inciso 1° del COIP.

En el transcurso de la instrucción fiscal, se han presentado acusaciones particulares en contra de los procesados referidos en líneas anteriores. Mediante esta acusación particular, se le incorpora al proceso, al señor Gerente de Lavanderías Ecuatorianas C.A. (LAVECA), a pedido del acusador a fin de que se ejerza el legítimo derecho a la defensa.

2.3.- Audiencia Preparatoria a Juicio. - El Fiscal de Napo Ab. Jorge Orquera, emite dictamen acusatorio en contra de los procesados: Mario Augusto Gallo Sandoval, Juan Bernardo Dávalos Salazar, Cristina Maritza Leguisamo Uzhca, Mónica Elizabeth Mesías Ninacuri y Benito Flemin Cordovilla Vargas; como autores del delito de peculado.

El Dr. Mario Fonseca Vallejo, Juez de la Unidad Judicial Penal de Tena, visto el dictamen acusatorio, llama a juicio a todos los procesados como autores del delito de peculado, tipificado y reprimido por el Art. 278 del Código Orgánico Integral Penal (COIP).

2.4.- Juzgamiento y Sentencia. - El Tribunal de Garantías Penales de Napo, en la respectiva audiencia de juicio, con la presencia de los sujetos procesales, testigos y peritos conforme lo dispone el Art. 612 del COIP, ha declarado la culpabilidad de los procesados: Mario Augusto Gallo Sandoval y Juan Bernardo Dávalos Salazar, en calidad de autores; y a la procesada Cristina Maritza Leguisamo Uzhca como cómplice del delito de peculado tipificado en el Art. 278 del COIP, por lo que se les impone la pena de ocho y cuatro años de privación de la libertad, en su orden a los autores y cómplice; por principio de favorabilidad, que es la pena prevista en el Código Penal que estuvo vigente al tiempo de los hechos; y, ratifica el estado de inocencia de los procesados Mónica Mesías Ninacuri y Benito Cordovilla Vargas, por falta de prueba. Además el pago de la reparación integral, la Fiscalía ha fijado en \$248.840,68 más IVA el valor que ha quedado pendiente por devengarse por parte de la empresa LAVECA y \$225.931,80 más IVA como pago en exceso, por lo que se dispone solidariamente a los procesados Mario Augusto Gallo Sandoval, Juan Bernardo Dávalos Salazar y Cristina Maritza Leguisamo Ushca y a la empresa Lavanderías Ecuatorianas LAVECA, la devolución inmediata de dichos valores a las arcas del Hospital José María Velasco Ibarra de la ciudad de Tena. Sin perjuicio de ello una vez ejecutoriada la sentencia, se dispone que la Contraloría General del Estado realice una actualización de dicha cuantificación de los valores efectivamente recibidos por la empresa LAVECA, en donde se fijará los intereses generados por la recepción indebida e ilegítima de recursos públicos hasta la fecha de pago total.

El artículo 610 del Código Orgánico Integral Penal, establece que:

“...Principios. - En el juicio regirán, especialmente los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción en la actuación probatoria. Asimismo, en su desarrollo se observarán los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física de la o el juzgador y presencia obligatoria de la persona procesada y de la o el defensor público o privado, con las salvedades del juzgamiento en ausencia previstas en la Constitución...”

Por consiguiente, es en la etapa del juicio en la que se decide la situación jurídica del procesado, una vez que se hayan acreditado las pruebas inculpatorias o exculpatorias aportadas por las partes procesales. En virtud de aquello, en dicha etapa del juicio, es en la que tiene lugar el juicio de desvalor de su estado de inocencia del acusado, para atribuirle la comisión de la infracción consumada y determinar el grado de culpabilidad.

2.5.- Audiencia de Apelación y Resolución. - Se atendió y resolvió los recursos de apelación interpuestos por los sentenciados, mediante la resolución oral y posteriormente la sentencia escrita debidamente motivada, que obran en el proceso, en la parte resolutive expresamos:

“..1.- Rechazar los recursos de Apelación interpuestos por las personas sentenciadas: Cristina Maritza Leguisamo Uzhca y Mario Augusto Gallo Sandoval y Juan Bernardo Dávalos Salazar; y, el señor Fiscal Abg. Jorge Antonio Orquera Falconí; 2.- De oficio, por las atenuantes observadas, y que no fueron consideradas por el a-quo, esto es, las señaladas en el Art. 29 numerales: 5, 6, y 7 del Código Penal, vigente a la fecha del cometimiento de la infracción, en aplicación de lo que determina el inciso 4 y 6 del Art. 72 Ibídem, se modifica la pena impuesta de ocho años a cuatro años de reclusión mayor ordinaria a los procesados Mario Augusto Gallo Sandoval y Juan Bernardo Dávalos Salazar; y, de cuatro a dos años de prisión correccional, a la procesada Cristina Maritza Leguisamo Uzhca, 3.- En lo demás se confirma la sentencia venida en grado; apartándonos del contenido del literal b), numeral 7.23 del considerando Séptimo de la sentencia. 4.- Así mismo de la revisión del proceso se establece que Fiscalía General del Estado no ha realizado una investigación objetiva respecto de otras personas que también pudieron haber estado involucradas en la comisión del delito de forma presunta esto es respecto del Ing. Rolando Charvet, quien participó por designación de la señora Ministra de Salud Pública encargada, Karina Vance Mafla, según memorando MSP - SDM-102012- 0091- M de fecha 15 de febrero del 2012, que obra a fs. 83 del proceso; de igual manera fiscalía no ha considerado la presunta responsabilidad de Mérida Pérez, José Palma, Antony Hidalgo, Zoraida Cabrera, quienes integraron conjuntamente con el Dr. Rodrigo Solano, jurídico de la Coordinación de Salud Zonal 2, la comisión de lavandería mediante memorando 0159-GSI, ciudadanos para quienes este Tribunal dispone se oficie a Fiscalía, a fin de que se proceda con la correspondiente investigación, para determinar presuntas responsabilidades en el

cometimiento del delito que fuere tipificado por el Tribunal de Garantías Penales, con observancia del principio de celeridad procesal y tutela judicial efectiva de los derechos..”.

2.6.- Audiencia de Casación y Resolución. - Los procesados sentenciados interpusieron recurso de casación; el mismo que fue aprendido y resuelto por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia; que en el considerando Séptimo emite su decisión en la que expresan:

“(…) SÉPTIMO: DECISIÓN. En mérito de lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 656 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal, por unanimidad: declara improcedente los recursos de casación interpuestos por el señor JUAN BERNARDO DÁVALOS SALAZAR y MARITZA LEGUISAMO UZHCA, procesado y procesada respectivamente, en razón de que los cargos casacionales admitidos carecen de sustento. Devuélvase el expediente al tribunal de origen para los fines legales pertinentes (...).”.

3.- Demanda “A”:

Respecto a la vulneración de derechos referidos en la demanda “A”, cabe señalar que en la sentencia dictada por el Tribunal de Apelación de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Napo, es debidamente argumentada y motivada, pues con el contenido de los considerandos: Primero “Competencia”; Segundo “Validez Procesal”; Tercero “Antecedentes Procesales”; Quinto “Consideraciones y Análisis Jurídico de la Sala”; numerales 5.1.” Bien Jurídico Protegido”; 5.2. “Delito de Peculado: definición y sus características”; esto implica que la decisión se encuentre fundamentada en principios y normas constitucionales, referentes tanto a la competencia como a la naturaleza del procedimiento penal.

El accionante tiene un criterio totalmente equivocado sobre el debido proceso en las garantías establecidas en el Art. 76, numerales 3 y 5; esto es, de no ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no está tipificado en la ley como infracción penal; en nuestra sentencia en el considerando Quinto, numerales: 5.6.; 5.6.1.; 5.6.1.3.; 5.6.1.4.; 5.6.1.5.; y 5.6.1.6, expresamos:

“(…) 5.6.- Este Tribunal de Apelación, en lo que respecta a la tipicidad del delito de Peculado, previsto en el inciso primero del artículo 257 del Código Penal y subsumido en el 287 del Código Orgánico Integral Penal que en concreto se refiere a los elementos de dicho delito, esto es los constitutivos del tipo objetivo, tenemos: 5.6.1.- Sujetos activos o autores del hecho, en el presente caso son las personas naturales procesadas: 5.6.1.3.- Juan Bernardo Dávalos Salazar; que suscribió el contrato tenía conocimiento que la cantidad de lencería hospitalaria a procesarse era muy inferior a la proyectada; eso lo conoció de acuerdo a la documentación que consta y a los testimonios de las auditoras de Contraloría, se ha establecido que LAVECA, hizo una visita al hospital previo a presentar su oferta, la misma que la presentó por 98 centavos de dólar por c/kilo; pese a tener conocimiento de esto, el Econ. Juan Dávalos al momento de suscribir el contrato, decide plasmar su voluntad de fijar un valor superior al cual había ofertado y por el cual ganó la licitación de 98 centavos y lo fija en 99 centavos de dólar. Con lo cual se establece el dolo, en virtud del conocimiento y la voluntad de la persona procesada. No enerva ni destruye la actuación del procesado, las alegaciones y argumentos sostenidos por la defensa técnica en el día de celebración de la audiencia de apelación; respecto a otras alegaciones sostenidas, que son hechos posteriores al cometimiento del delito de peculado, no influyen en la determinación de la situación jurídica del procesado referida en numerales anteriores. Respecto al procesado Juan Bernardo Dávalos Salazar, en su calidad de Gerente de la Compañía Lavanderías Ecuatorianas C.A. (LAVECA); suscribió el contrato, y desde un inicio tuvo conocimiento que existía un incremento desmedido e injustificable en el requerimiento del HJMVI para el servicio de lavandería; posteriormente entregó las facturas que no detallaban los kilos lavados, sino únicamente se señalaba “servicio lavado-contrato firmado 23-032012, valor unitario de \$ 31.105,20”; guardó silencio por varios meses, generándose el conocimiento y la consentimiento del sujeto activo; pues, para que a una persona pueda atribuírsele un resultado lesivo, o que ponga en peligro un bien jurídico, a título de dolo, debe conocer los elementos objetivos del tipo penal, además, debe consentir en ese resultado, es decir, debe aspirar que el mismo se verifique por medio de su acción; como se indicó en líneas anteriores. Es aplicable, para la situación jurídica del procesado que nos ocupa, el inciso segundo del Art. 233 de nuestra Constitución de la República, vigente desde el 20 de octubre de 2018, nos advierte: “(…) Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes de los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por el delito de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencias de la persona acusada. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas (…)”. 5.6.1.4- Sujeto pasivo o titular del bien jurídico, que, en el caso del delito de peculado, son todos los ecuatorianos representados por el Estado, pues producto del mismo se identifican dos consecuencias negativas, como es la disposición arbitraria-pérdida de dinero (recursos-especies valoradas) para la Administración Pública, y la pérdida de confianza en el sistema Estatal y su accionar a través de sus funcionarios. En la especie, como ofendido es el Hospital José María Velasco Ibarra de la ciudad de Tena, provincia de Napo. 5.6.1.5.- Respecto al objeto del tipo, es decir la cosa sobre la que recayó el daño del acto, en la especie, son los recursos públicos o bienes del Estado. 5.6.1.6.- En lo que dice relación a la conducta tenemos que la misma está determinada por el verbo rector, que en el caso del delito de peculado atento lo que dispone el primer inciso del Art 257 del Código Penal y Art. 287 del COIP, es abusar (…)”.

Más adelante no referimos a la concepción del delito de peculado, en los numerales 5.6.1.5.; 5.7.; 5.8.; 5.8.1.; al sostener:

“(…) 5.6.1.5.- Respecto al objeto del tipo, es decir la cosa sobre la que recayó el daño del acto, en la especie, son los recursos públicos o bienes del Estado. 5.6.1.6.- En lo que dice relación a la conducta tenemos que la misma está determinada por el verbo rector, que en el caso del delito de peculado atento lo que dispone el primer inciso del Art 257 del Código Penal y Art. 287 del COIP, es abusar. 5.7.- Concepción del peculado. Este Tribunal de Apelación considera recurrir a la doctrina, respecto de la concepción del delito de peculado; el connotado tratadista Francisco Carrara, en su obra Programa de Derecho Criminal, Volumen VII, Parte Especial, pág. 10 señala

que: “(...) peculado se constituye en el abuso y en la violación de la confianza pública depositada en el servidor público, es una falta de cumplimiento normal de los deberes que oficialmente debe hacer una persona cuando custodia los bienes públicos que se le han confiado (...)”. Además, la jurisprudencia reafirma la orientación tradicional, mencionando que la esencia del peculado radica en el abuso y violación de la confianza pública depositada en el funcionario, en cuanto este traiciona el normal cumplimiento de los deberes oficiales relacionados con la custodia de los bienes que se le confían; así lo menciona también, el eminente maestro ecuatoriano Cueva Carrión, en su obra “Peculado”, Tomo I, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2007, pág. 81: “Lo esencial en el delito de peculado no radica en la sustracción, distracción, malversación o cambio de vínculo de los bienes públicos, sino ante todo y sobre todo, en faltar a la fidelidad que todo servidor público tiene para con los bienes que están a su cargo y responsabilidad. Quien maneja fondos o bienes públicos tiene el deber ineludible de cuidarlos, protegerlos, darles el uso normal para el que están destinados y administrarlos con esmero, cuidado y responsabilidad; por lo tanto, si actúa en sentido contrario, debe responder administrativa, civil o penalmente”. En este sentido, Carlos Creus en su obra Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II, pág. 248, sostiene que: “(...) el delito de peculado tutela “la regularidad del cumplimiento de las actividades patrimoniales del Estado, sea con relación a sus bienes propios, sea con relación a bienes privados sobre los cuales aquél haya asumido una especial función de tutela, por la naturaleza de las instituciones a las que pertenecen o por las especiales circunstancias en que se encuentran. Los tipos no protegen específicamente la propiedad de esos bienes (eso queda para los delitos contra la propiedad), sino la seguridad de su afectación a los fines para los cuales se los ha reunido o creado”. En consecuencia, la conducta consiste en abusar de dineros, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo. La disposición arbitraria, debe entenderse como una forma de abuso que consiste en distraer los bienes de los fines a los que estaban legítimamente destinados para darlos un empleo ilegítimo y perjudicial para la institución. Es el momento oportuno de establecer en conformidad a los medios probatorios presentados en la audiencia oral de Juzgamiento, si en realidad la conducta de los procesados, vulneró el bien jurídico protegido, que es la persona sobre la que recayó el daño o los efectos del acto realizado por el sujeto activo; según el tipo penal, la víctima del delito es la sociedad en su conjunto, representada por el Estado, pues producto del mismo se identifican dos consecuencias negativas como es la pérdida de dinero para la Administración Pública, y la pérdida de confianza en el sistema estatal y su accionar a través de sus funcionarios. 5.8.- El Dolo. - En razón de lo anotado, se concluye que la conducta que describe el artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal protege varios bienes jurídicos, inherentes a la correcta administración de los recursos públicos, por tal razón, se sanciona a los servidores que optan por transgredir la confianza que el conglomerado social depositó en ellos para el ejercicio de esas funciones. En los elementos del tipo subjetivo, se debe indicar que el delito de peculado es eminentemente doloso. Respecto al alcance del dolo, el artículo 26 del COIP; establece que: “Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño...” El tratadista Luis Cueva Carrión, en su Obra Titulada Peculado Tomo I, nos enseña respecto del Dolo: “De que la acción en el peculado debe ser dolosa; entre nosotros, como en otros países, no existe el peculado culposo ¿Qué es el dolo? el Art. 29 del Código Civil lo define así: “El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro”. Nuestra ex Corte Suprema de Justicia ha dicho que es: “la deliberada intención de causar daño”. El dolo es la voluntad del agente para obtener un resultado ilícito mediante el acto ejecutado; es querer y obtener un resultado delictivo”. “El dolo es conocimiento y querer de la realización del hecho (...) es voluntad de realización, luego solo es dolo la voluntad realizada”, dice Juan Bustos

Ramírez que: “se define el dolo como conciencia del hecho y resolución al hecho”; por lo tanto, el dolo tiene dos aspectos: uno intelectual y otro volitivo. Para referirse al primero, nuestra jurisprudencia utiliza la expresión “a sabiendas”: “El verbo rector del delito abusar, implica que el funcionario público, a sabiendas, adopta una conducta impropia respecto del patrimonio público, y a través de mecanismos predeterminados por la norma, como son el desfalco, la disposición arbitraria u otra conducta semejante, obtiene el resultado concreto, consiste en traspasar, sin justa causa, es decir ilícitamente, los recursos económicos o bienes del Estado a su patrimonio personal o a la de un tercero, que no necesariamente debe ser servidor público”. (obra citada Pág. 183). Más adelante el indicado tratadista, nos dice lo siguiente: “(...) Para que el dolo se configure plenamente, se requiere: “a) El conocimiento de las circunstancias de hecho ya existentes; b) La previsión del resultado, y c) La previsión del curso de la acción (de la conexión causal). Por lo tanto, para la existencia del delito de peculado se requiere: que el servidor público conozca la calidad de los bienes, la relación que lo une con ellos y que tenga la voluntad de abusar para obtener el resultado deseado, esto es, el cambio de la posesión actual de los bienes hacia la posesión de los bienes particular de él o de un tercero. El peculado es una figura típica, esencialmente dolosa, que, para su realización, exige el abuso de los recursos públicos en unos casos y, en otros, de los privados; por lo tanto, si la acción no es dolosa, la conducta no se adecua al tipo y, en consecuencia, no existe el delito de peculado”. (Obra cita Pág. 184). Juan Bustos Ramírez, en la indicada obra, dice: “(...) En forma concreta, nuestra Corte Suprema de Justicia ha dicho que existe dolo cuando un sujeto no deposita los fondos públicos, debe entenderse que no los deposita en forma oportuna. El texto de su opinión es el siguiente: “lo cual por afirmación del propio recurrente demuestra su conducta dolosa al no haber depositado los fondos públicos como jurídicamente tenía la obligación ineludible de hacer (...)”. (Obra cita Pág. 185). 5.8.1.- Las personas procesadas que recibieron sentencia condenatoria, en su accionar obraron con dolo, ya que, en la especie, se atentó contra normas expresas que prohíben el mal manejo de los recursos públicos y que sanciona el delito de peculado, con lo cual por esta acción dolosa se ha lesionado naturalmente el bien jurídico, esto es los recursos públicos o bienes del Estado. Cabe mencionar que aquellos (sentenciados condenatoriamente) no introdujeron prueba de descargo, frente a los hallazgos encontrados por la Contraloría General del Estado, en su informe especial No. DR8-DPN-AE-0045-2015 y sus respectivos anexos; así como el informe pericial presentados por la Ing. Diana Lalama Ríos, Perito Contable, al proceso de contratación pública para la externalización del servicio de lavandería en el Hospital José María Velasco Ibarra en el año 2012; se estima que en la especie se encuentra justificado tanto la materialidad de la infracción como la responsabilidad de las personas procesadas y hoy recurrentes: Cristina Maritza Leguisamo Uzhca y Mario Augusto Gallo Sandoval y Juan Bernardo Dávalos Salazar. Las características detalladas en los considerandos anteriores nos permiten convencernos que, en la especie, existe el dolo por parte de los susodichos recurrentes, en el cometimiento del ilícito objeto de este enjuiciamiento penal (...)”.

Sobre calificar a Dávalos como sujeto activo de la infracción, la doctora Paulina Garcés Cevallos, delegada de la Fiscal General del Estado, en la audiencia de casación, en ejercicio del contradictorio, manifestó en lo principal lo siguiente:

“(...) Respecto a lo manifestado por el defensor técnico del señor Juan Bernardo Dávalos Salazar, quien centró la gran mayoría de su argumentación en temas netamente fácticos, indica lo siguiente: Si se revisa el libro de apuntes de Derecho Penal del doctor Andrés Pérez Borja de

1929 o 1931, en ese entonces, cuando se habla del delito de peculado se resalta la correspondencia entre el peculado y los participantes que no son calificados, y que la intervención de los particulares dentro del delito de peculado es real y efectiva, por cuanto son o pueden ser beneficiarios del producto del delito, este criterio fue adoptado por la entonces Corte Suprema y se mantiene hasta hoy. No es de extrañar que un particular pueda ser parte del delito de peculado. La propia Constitución, en la parte final del artículo 233, dice que estas normas, que tienen relación con el servidor público y los delitos contra la administración pública, también se aplican o extienden a quienes participen aun cuando no tengan las calidades antes señaladas, esto es, que aun cuando no sea funcionario público. No es un error de derecho que uno de los sujetos activos del delito no sea calificado, solo es necesario que uno sea calificado, tal como lo dice la Corte Nacional en innúmeras sentencias sobre el peculado. Por tanto, el que la sentencia señale al señor Juan Bernardo Dávalos Salazar como sujeto activo del delito de peculado, no rompe ni contraviene ninguna norma de derecho pues la propia Constitución así lo establece (...).”.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, comparten sobre la adecuación de la conducta del señor Juan Dávalos Salazar a la tipicidad subjetiva del delito de peculado, en la sentencia del tribunal Ad-quem, esto es, al dolo, ello se explica especialmente en los siguientes considerandos:

“(...) 5.5.8.- Es importante hacer notar que mes a mes a partir de la suscripción del contrato en las cantidades que se fijaba y se informaba al Hospital, la empresa de lavandería no establecía montos de kilos de ropa lavada, o se haya indicado valores superiores a la USD. 10.000 kilos; se observa también que, pese a este informe presentado y adjuntado a la facturación, dichas facturas se les emite por un monto fijo de USD. 31.105,20 dólares que sumado el IVA daba un total de USD. 34.837,82 considerando el 12% del impuesto al valor agregado. 5.5.9.- Estas especificaciones respecto de la facturación así como también de la cantidad de ropa procesada por la lavandería es recogida por la Contraloría General del Estado mediante el examen especial a gastos de bienes y servicios y denuncias presentadas en el Hospital José María Velasco Ibarra, en el periodo comprendido entre el 1 de septiembre del 2009 y el 28 de noviembre del 2013, en donde se efectúa el análisis de los pagos realizados por concepto de servicios de lavandería, verificándose en el mismo que con su total, según la factura, se preestablece la suma USD. 31.105,20 en diez facturas emitidas por la Lavanderías Ecuatorianas; de las cuales, en base al costo por kilo preestablecido, tanto en la fase precontractual como contractual, esto es la cantidad 0.99 centavos de dólares, cantidad no ofertada, se verifica una diferencia pagada en exceso en los siguientes montos USD. 21.789,30; USD 21.474,48; USD 21.646,74; USD 21.147,78; USD 22.182,33; USD 23.144,62; USD 23.669,31; USD 23.097,09; USD 24.009,87; y, USD 23.770,29; dando un total de pagos en exceso de USD. 225.931,80, estas diferencias que fueron facturadas por la empresa adjudicada con licitación, nacen tanto de los pliegos elaborados en fase precontractual, así como también del contrato mismo como se ha hecho referencia por este tribunal en líneas anteriores, y cuyos documentos constan dentro del proceso. 5.5.10.- Es importante hacer notar que Lavanderías Ecuatorianas, dentro de la elaboración del proceso de contratación y de la documentación que obra de fs. 130 y 132 *Ibíd.*, que hace referencia a la sección preguntas, en la pregunta 8 indica, existe una contradicción en los precios, por un lado, hay un estudio 1.058 kilos diarios que dan un estimado de 31.434 mensuales, pero luego de hacer

una inspección del área de lavandería, dice la empresa “pudimos constatar que se lava entre 230 y 400 kilos diarios siendo una media de 300 kilos días lo que daría 9000 kilos mensuales a un costo 0.99 centavos por kilo daría \$ 8.910 mensuales y no los \$ 31.434 como se hace referencia”, solicitan explicación respecto de la pregunta efectuada; bajo este entender. 5.5.11.-Consideramos que Lavanderías Ecuatorianas efectivamente realizó una inspección del área de lavandería, en donde se constató de forma directa que existía una gran diferencia entre los kilos que se procesaba para lavado en el HJMVI de Tena, con el valor establecido tanto en los pliegos efectuados en la fase precontractual, así como también con el contrato mismo suscrito por el Gerente del Hospital y el representante legal de Lavanderías Ecuatorianas. 5.5.12.- Así mismo es importante dejar establecido que dentro de los pliegos y la licitación de bienes y servicios se fija como un precio fuera de los parámetros reales que manejaba el Hospital en una cantidad de USD. 754.426,54, sin tomar en consideración que como referencia existía documentación del año 2011, estos es, de un año atrás a la elaboración de dichos pliegos en donde se verifica que el total de kilos por ropa en el año 2011 meses: julio era de 6.277 Kg., agosto 6.921 Kg., septiembre 6.673 Kg., octubre 5.932 Kg., noviembre 5.357 Kg., y diciembre 7073 kilos; es decir en ningún caso en el año 2011 los kilos de ropa superaba los 10.000 kilos; por lo tanto no se entiende la razón por la cual, tanto en la licitación de servicios, como en la fase precontractual y contractual, se fijó un monto por la cantidad de \$ 754.726 estimando de forma mensualizados como kilos de ropa a lavarse la cantidad de 31.200 kilos, fijándose como monto a ser pagado la cantidad de USD. 31.434,44 dólares americanos; el haberse fijado una suma sobrevalorada tanto en la etapa precontractual como en la contractual, trajo como consecuencia que se le entregue el 40% de anticipo, de dicha cantidad fijada esto es superando las sumas previstas en la documentación que debió haber sido considerada por el Hospital José María Velasco Ibarra al momento de realizar los pliegos así como la licitación y el contrato en sí conforme se analizó en líneas anteriores en este fallo; por otra parte, se determina que como valor de anticipo se entregó USD. 298.609 dólares, amortizados USD. 49.768,32 y la suma de no amortizado de USD. 488.490,68. 5.5.13.- Se verifica un sobre valor al momento de establecer la cantidad por la cual debió haberse fijado el servicio de lavandería, por un monto muy superior al que debió haberse prestablecido y a consecuencia de ello se entregó como anticipo una cantidad que superaba en 300% al valor real del que debió haber sido cancelado por los servicios de lavandería; es así que a pesar de ello se procede a realizar facturaciones por parte de Lavanderías Ecuatorianas por valores que si bien es cierto constaba en el contrato, eran totalmente superiores a los montos realizado, que las mismas lavanderías informaban al hospital, que como ya se dijo, no superaba los 10.000 kilos de ropa lavada mensual (...).”

Concluyendo, la referida sala Especializada, en:

“(...) En la especie se verifica que, justipreciados los elementos probatorios, los integrantes del Tribunal de apelación fijaron como hecho cierto el aprovechamiento económico de dineros públicos, mediante la emisión de facturas, cuyos montos excedían exorbitantemente el monto que en realidad debía cancelarse, y el pago de un anticipo, que superó en demasía el monto que debía cancelarse por el servicio brindado. Es decir, el contratista estuvo consiente que el pago que recibía era excesivo, pues, incluso evidenció este particular en la fase precontractual del proceso de contratación pública, sin embargo, a pesar de conocer dicho perjuicio, adecuó su conducta al cobro de dichos montos excesivos, insistimos, conociendo que la emisión de sus facturas representaba un beneficio excesivo en perjuicio del Estado ecuatoriano (...).”

Respecto a la garantía del debido proceso contempla al principio de favorabilidad, que aplicamos en la sentencia impugnada, la Corte Constitucional en la Sentencia No. 3393-17-EP /21-22 de septiembre de 2021-CASO No.3393-17-EP; párrafo 40, ha señalado:

“(...) 40. Por su parte, el artículo 76 de la Constitución que reconoce las garantías del debido proceso contempla al principio de favorabilidad y a la motivación en los siguientes términos: Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1...) 5.- En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora (...)”.

4.- Demanda “B”:

Con relación al contenido de la demanda “B”, cabe señalar que el debido proceso es un derecho constitucional que permite determinar los derechos y obligaciones del ciudadano conforme una serie de reglas y garantías que tienen por objeto disminuir al máximo la imprevisibilidad, discrecionalidad y los abusos por parte del poder público.

Respecto al campo jurisdiccional, que nos compete, cabe señalar que la garantía constitucional referida en líneas anteriores, impone a los jueces de cualquier nivel, el deber de expresar en las decisiones judiciales de forma coherente y lógica los motivos de hecho y de derecho que sustenta lo decidido demostrando la pertinencia de la aplicación de las normas utilizadas y que la argumentación efectuada corresponde a los elementos facticos y jurídicos del caso.

Respecto al derecho de defensa la Corte Constitucional en la Sentencia No. 363-15-EP/21; de fecha 02 de junio de 2021; Caso No. 363-15-EP; párrafo 29, ha expresado:

“(...) 29. La Corte ha sostenido que el derecho a la defensa traduce para las personas, la posibilidad real de argumentar en favor de sus derechos, intereses y posiciones dentro de un proceso llevado en su contra. En consecuencia, el derecho a la defensa configura, además de un derecho subjetivo de las partes procesales, una dimensión estructural del proceso en sí mismo, en la medida en que el proceso judicial descansa sobre una relación binaria de afirmación y negación, compuesta precisamente por la interacción entre la pretensión del accionante y la oposición del accionado, es decir, su defensa (...)”.

El derecho a la defensa se lo desarrolla principalmente entre los literales a) y c) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución que establecen:

"... 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".

Así, se observa que el derecho a la defensa supone iguales condiciones y oportunidades de las partes involucradas en el proceso para ser debidamente escuchados; como ha sucedido en la causa penal de acción pública No. 15281-2016-00444, pues al citarse al representante legal de la Compañía Lavanderías Ecuatorianas C.A. (LAVECA); con una de las acusaciones particulares que se dedujeron, se le incorporó al proceso penal, a fin de que ejerza el derecho de defensa, por lo que no existe vulneración alguna.

En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional al señalar que:

"(...) se vulnera el derecho a la defensa de un sujeto procesal cuando existe indefensión; esto es, cuando se le impide comparecer al proceso o a una diligencia determinante del mismo, a efectos de justificar sus pretensiones; o, cuando pese a haber comparecido, no ha contado con el tiempo suficiente para preparar una defensa técnica adecuada; y además cuando, en razón de un acto u omisión, el sujeto procesal no ha podido hacer uso de los mecanismos de defensa que le faculta la ley, en aras de justificar sus pretensiones, como por ejemplo, presentar pruebas, impugnar una resolución, etc. De modo que esta indefensión, deviene en un proceso injusto y en una decisión con serio riesgo de ser parcializada y no corresponder con los derechos y principios constitucionales (...)". (Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1084-14-EP/20 de 26 de agosto de 2020, párr. 24)

Respecto a la tutela judicial, que expresa se vulneró en la sentencia del tribunal Ad-quem; no existe tal vulneración, pues al ser citado con la acusación particular deducida en su contra, tuvo acceso a la administración de justicia, al debido proceso y a la ejecutoriedad de la ejecución; vale referirnos a la Sentencia No. 3393-17-EP /21; de 22 de septiembre de 2021; Caso No.3393-17-EP; párrafos 38 y 39, ha señalado:

"(...) 38. La Constitución reconoce que: Art. 75.- 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. 39. Con relación al derecho a la tutela judicial efectiva, la Corte Constitucional ha sido consistente en sostener que éste se encuentra compuesto por tres elementos: i) el derecho al acceso a la administración de justicia; ii) el derecho a un debido proceso judicial; y iii) el derecho a la ejecutoriedad de la decisión¹⁴. Además, ha señalado que el derecho de acceso a la administración de justicia se concreta en el derecho de acción y el derecho de obtener una respuesta a las pretensiones planteadas. La alegación del accionante relacionada con la presunta falta de aplicación del

principio de favorabilidad se relaciona con el primer elemento, en los términos expresados en este párrafo (...)”.

La sentencia objeto de la acción extraordinaria de protección, está compuesta de tres secciones: 1) Encabezamiento o parte expositiva; se señala la fecha y ciudad en la que se dicta, las partes intervinientes; se hace constar las peticiones o alegaciones presentadas por los sujetos procesales; 2) Parte Considerativa, se expresan los fundamentos de hecho y de derecho de los argumentos de las partes, los cuales utiliza el tribunal para resolver el objeto del proceso en relación con las normas consideradas aplicables al caso; y, 3) Parte resolutive, contiene la decisión o fallo de condena y/o ratificación del estado de inocencia de los procesados: y dentro de esas secciones cumplimos con los requisitos que exige el Art. 622 del Código Orgánico Integral Penal.

En la sentencia consideramos que en el caso el fundamento fáctico reclamado se explica que el acto cumple con la categoría de la pertinencia a la norma jurídica invocada por lo tanto se cumple el requisito de razonabilidad, el mismo que está directamente relacionado con la normativa legal y constitucional; por lo que se ha considerado que se cumplió con la categoría de pertinencia por ende no hay violación de derecho constitucional alguno.

Lo expuesto, es una mera síntesis de las pretensiones del demandante y las razones que legales y constitucionales que sustentan la Sentencia motivo de la acción extraordinaria de protección; la cual se encuentra ampliamente explicada en base a la Constitución de la República y con todos los parámetros que exige el debido proceso; esto es tiene base legal, es concordante, coordinada, lógica, sencilla, entendible; por lo que, el tribunal de Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Napo; ha dado cumplimiento a lo dispuesto por los señores Magistrados Constitucionales que forman parte de la sala de Admisión de la Corte Constitucional, Sala, en el auto de 8 de julio de 2022; solicitando se digne desechar las acciones extraordinarias de protección deducidas por los señores Juan Bernardo Dávalos Salazar y Gerardo Arturo Romo Flores. Señalamos nuestros correos electrónicos para notificaciones que nos correspondan mercedes.almeida@funcionjudicial.gob.ec hernan.barros@funcionjudicial.gob.ec y jorge.valdivieso@funcionjudicial.gob.ec

Atentamente,



Dr. Hernán M. Barros Noroña
JUEZ PONENTE

Dra. Mercedes Almeida Villacrés
JUEZ PROVINCIAL

Dr. Jorge Valdivieso Guilcapi
JUEZ PROVINCIAL

CORTE PROVINCIAL DE NAPO

Barrio Plan de Salud, calles Alejandro Pazos y Machala, Complejo Judicial de Tena.

(06) 2998-900 Ext. 63014

www.funclonjudicial-napo.gob.ec

Justicia independiente, ética y transparente