

Caso No.1051-21-EP

**Voto de Mayoría de los Jueces Constitucionales
Ramiro Avila Santamaría y Carmen Corral Ponce**

SALA DE ADMISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR.- Quito D.M., 05 de agosto de 2021.

VISTOS.- El Tribunal de la Sala de Admisión conformado por los jueces constitucionales Ramiro Avila Santamaría, Carmen Corral Ponce y Agustín Grijalva Jiménez, de conformidad con el sorteo realizado por el Pleno de la Corte Constitucional en sesión del 07 de julio de 2021, **avoca** conocimiento de la causa **No. 1051-21-EP, Acción Extraordinaria de Protección;** y, al respecto realiza las siguientes consideraciones:

I

Antecedentes Procesales

1. El 13 de julio de 2000, Galo Pico Mantilla, presidente de la Corte Suprema de Justicia de ese entonces, dictó auto cabeza de proceso en contra del doctor Jamil Mahuad Witt, ex Presidente de la República del Ecuador y otros, por la presunta comisión del delito de peculado, tipificado y sancionado en el artículo 257 del Código Penal, vigente al momento que sucedieron los hechos, y dictó la medida cautelar de prisión preventiva y el embargo de sus bienes.¹
2. El 10 de diciembre de 2001, el referido juzgador declaró abierta la etapa del plenario por el delito anteriormente señalado, inciso primero del Código Penal en contra del doctor Jamil Mahuad Witt, ex Presidente de la República y de la economista Ana Lucia Armijos, ex Ministra de Finanzas y Crédito Público. Además, ratificó las medidas cautelares dictadas en su contra. De esta decisión los procesados interpusieron recursos de apelación.
3. El 6 de junio de 2006, con voto de mayoría, la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de ese entonces, revocó el auto de llamamiento a juicio y dictó sobreseimiento provisional del proceso y del sindicado, doctor Jamil Mahuad Witt, y sobreseimiento definitivo en favor de la economista Ana Lucia Armijos.
4. El 13 de julio de 2007, Jaime Velasco Dávila, Presidente de la Corte Suprema de ese entonces, dictó auto de reapertura del sumario, dejando sin efecto el auto de sobreseimiento provisional emitido en favor del doctor Mahuad y disponiendo que se abra la causa a prueba.
5. El 27 de diciembre de 2011, Enrique Pacheco Jaramillo, conjuez nacional, dictó auto de apertura a plenario en contra del doctor Jamil Mahuad Witt, por el delito de peculado tipificado y sancionado en el artículo 257, inciso primero, del Código Penal (en adelante

¹ La causa fue sustanciada al amparo del Código de Procedimiento Penal de 1983.

Caso No.1051-21-EP

CP)², y ordenó la prisión preventiva del procesado y el embargo de sus bienes. De esta decisión, se interpusieron recursos de apelación y nulidad.

6. El 20 de marzo de 2012, el Tribunal de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia confirmó el auto impugnado. El 30 de marzo de 2012, se desestimó el pedido de nulidad del referido auto.
7. El 29 de mayo de 2014, Ximena Vintimilla Moscoso, Jueza Nacional³, dictó sentencia en la que declaró la culpabilidad del procesado Jamil Mahuad Witt, en calidad de autor del delito de peculado, tipificado y sancionado en el artículo 257, inciso primero del CP, vigente al momento que sucedieron los hechos. En tal virtud, le impuso la pena de 12 años de reclusión mayor ordinaria, sin atenuantes. Inconforme con esta decisión, el procesado interpuso los recursos de nulidad y apelación.
8. El 17 de mayo de 2017, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia resolvió aceptar parcialmente el recurso de apelación en la parte correspondiente al *quantum* de la pena impuesta en la sentencia de 29 de mayo del 2014, esto es de doce años de reclusión mayor ordinaria, a ocho años de reclusión mayor ordinaria, al haber adecuado su conducta a los presupuestos jurídicos de los artículos 257, inciso primero, y 42 del Código Penal.⁴ De esta sentencia se solicitó aclaración y ampliación.
9. El 5 de junio de 2017, se negaron los pedidos de ampliación y aclaración. El doctor Jamil Mahuad Witt interpuso el recurso de casación.
10. El 14 de octubre de 2020, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia (en calidad de Tribunal de casación), con voto de mayoría, declaró improcedente el recurso de casación interpuesto al no haber justificado, conforme a derecho, sus argumentaciones y sin que pueda evidenciarse algún error de derecho que pueda ser corregido de acuerdo a la facultad oficiosa de ese

² Art. 257, inciso primero CP: “ *Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años, los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público que hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. La pena será de ocho a doce años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional*”.

³ El 31 de mayo de 2012, mediante sorteo correspondió el conocimiento de la etapa plenaria a la Jueza Nacional doctora Ximena Vintimilla Moscoso.

⁴ El Tribunal de apelación, consideró que en la reforma realizada en el año 1979, (R.O. No. 36, de 01 de octubre de 1979), se derogaron las reformas del año 1978 y se restablecieron las penas anteriores de reclusión mayor ordinaria de 4 a 8 años para el peculado en general y de 8 a 12 años si afecta a la defensa nacional.

Caso No.1051-21-EP

Tribunal. De esta sentencia el procesado solicitó aclaración. El 6 de enero de 2021, el Tribunal negó el pedido de aclaración propuesto.

11. Finalmente, el 27 de enero de 2021, Patricio Vivanco Riofrío y Mario Prado Mora, procuradores judiciales del doctor Jamil Mahuad Witt (en adelante “los accionantes”), presentaron acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia de casación de fecha 14 de octubre de 2020, así como del auto de fecha 06 de enero de 2021, que negó el pedido de aclaración.

II Oportunidad

12. El **27 de enero de 2021**, los accionantes presentaron acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia que resolvió el recurso de casación dictada el **14 de octubre de 2021** y del auto de aclaración de **06 de enero de 2021**, emitidos por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia. En tal sentido, la presente acción ha sido presentada dentro del término exigido por el artículo 60 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en concordancia con los artículos 62 numeral 6 del mismo cuerpo legal y 46 de la Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.

III Requisitos

13. En el contenido de la demanda de acción extraordinaria de protección consta el cumplimiento de los requisitos determinados en los artículos 59 y 61 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC).

IV Pretensión y fundamentos

14. Los accionantes consideran que las decisiones impugnadas vulneran los derechos constitucionales al debido proceso respecto a la garantía de toda autoridad judicial de garantizar las normas y derechos de las partes; a la prohibición de que una persona sea sancionada por actos que, en el momento en que se produzcan, no estén tipificados como delito, a la motivación; y a la seguridad jurídica contemplados en los artículos 76 numerales 1, 3 y 7 literal 1), y 82 de la Constitución.
15. Para sustentar las presuntas vulneraciones, los accionantes exponen los antecedentes que dieron origen al proceso penal, así como las diferentes etapas procesales. En cuanto al derecho al debido proceso en la garantía de motivación, los accionantes indican que la Sala no motivó su sentencia ya que no explicaron “(...) cómo los supuestos de la norma - el

Caso No.1051-21-EP

inciso primero del artículo 257 del Código Penal, correspondían a los antecedentes de hecho enunciados en la propia sentencia (...)"; así refieren:

(...) la sentencia que desechó el recurso de casación habla mucho sobre el delito de peculado, pero no explica cómo los supuestos de la norma que lo tipifica como delito, el artículo 257 del Código Penal vigente en 1999, se aplican al caso concreto de la expedición del decreto 685 suscrito por el doctor Jamil Mahuad Witt en su condición de Presidente de la República. Por eso pedimos a la Sala que se nos hiciera saber cuál de los varios supuestos del artículo 257 del Código Penal era el que se consideraba aplicable al caso que nos ocupa. (...) La Sala, lejos de aprovechar esta oportunidad para subsanar los graves errores de motivación de la sentencia, persistió en ellos y mantuvo la falta absoluta de explicación sobre cómo el tipo penal de peculado se aplica a la expedición del Decreto 685 decidida por el del expresidente Jamil Mahuad Witt. Se limitaron los jueces a sostener que lo que existe es peculado, "que siempre ha tenido y tiene como verbo nuclear el 'abusar' de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos, documentos que estén en su poder en virtud o en razón de su cargo; por lo tanto, encontramos, que la conducta antijurídica continúa penalizada ". En otras palabras, dijeron que el presidente Mahuad cometió el delito de peculado porque el Código Penal dice que el peculado es un delito.

16. En este mismo sentido, los accionantes manifiestan:

No se discute aquí si algo está probado o no, si la prueba se ha valorado adecuadamente o si es o no correcto lo que el juez considera a partir de ello. Partimos de dos bases fundamentales que acaban siendo las premisas del silogismo: una norma y los hechos que el juez considera probados, con independencia de que acierte o no en esa consideración, que la compartamos o no; lo importante es que se muestre cómo, eso que el juez cree, empata con la norma que invoca.

17. Adicionalmente, exponen que la sentencia carece de lógica, puesto que la figura de malversación habría sido eliminada dentro del tipo penal de peculado, sin embargo, para los "*(...) jueces resulta irrelevante que se haya suprimido la palabra malversación del tipo penal de peculado porque igual ellos lo incluyen en el concepto general de abuso, según dicen. La lógica más elemental exige que los textos normativos tengan un sentido, y si hay uno que suprime la palabra malversación, no puede interpretarse como un mandato sin consecuencias prácticas ni pretenderse que la malversación sigue existiendo como delito*".

18. Los accionantes consideran que la vulneración al debido proceso en la garantía contenida en el artículo 76 numeral 3⁵ de la Constitución, se dio en virtud de que la sentencia de casación

⁵ Constitución, Art. 76 numeral 3.- "*Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a*

Caso No.1051-21-EP

“(…) para sustentar que la malversación sí está dentro del catálogo de delitos previstos en la legislación ecuatoriana, invocó reiteradamente (apartados 2.5.8.3., 2.5.8.5, 2.5.8.6) los Arts. 17 y 22 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, sosteniendo, entre otros asuntos, que según esta Convención, peculado y malversación son sinónimos”; además, que las normas convencionales habrían entrado en vigencia para el Ecuador el 14 de diciembre de 2005, es decir, fueron empleadas retroactivamente, por lo que habría sido condenado bajo supuestos inexistentes en el ordenamiento jurídico.

19. Sobre la presunta vulneración a la garantía vinculada al cumplimiento por parte de toda autoridad judicial de garantizar las normas y derechos de las partes, los accionantes exponen que, pese a que la Constitución Política de la República del Ecuador (1998) le confirió a la Contraloría General del Estado *“(…) por medio del artículo 212, la potestad exclusiva para determinar (...) indicios de responsabilidad penal”* (resaltado del texto original) previo al inicio del proceso penal, se instruyó el sumario sin este requisito de procedibilidad constitucional, situación que no habría sido contemplada por la Sala Penal.
20. Respecto a la presunta afectación a la seguridad jurídica los accionantes manifiestan que la vulneración a la motivación generó que la sentencia sea *“discrecional y arbitraria”*; esto debido a que no se contó con el informe previo de la Contraloría General del Estado que responsabilice al señor Mahuad y se lo condenó por el delito de peculado; además, la sentencia impugnada considera que *“(…) la malversación sí está dentro del catálogo de delitos previstos en la legislación ecuatoriana porque peculado y malversación son sinónimos en los Arts. 17 y 22 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada por la Asamblea General de la Naciones (...)”*.
21. En atención a lo mencionado, los accionantes solicitan se acepte su demanda, se declare la vulneración a sus derechos constitucionales y se disponga que un nuevo tribunal de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia conozca y resuelva su recurso de casación.

V
Admisibilidad

22. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en sus artículos 58 y 62 establece los requisitos de admisibilidad para la acción extraordinaria de protección. Cabe indicar que la acción extraordinaria de protección tiene por objeto garantizar la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, mediante el control que realiza la Corte Constitucional a la actividad de los jueces en su labor jurisdiccional, por lo que, este tipo de acción no representa una instancia dentro del procedimiento ordinario. De la revisión de la demanda y de los documentos que la acompañan, se desprende lo siguiente:

una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.”

Caso No.1051-21-EP

23. El artículo 62 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional determina como una de las causales para que la demanda sea admitida es: “1. *Que exista un argumento claro sobre el derecho violado y la relación directa e inmediata, por acción u omisión de la autoridad judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso*”; concomitantemente con el presupuesto legal, la sentencia No. 1967-14-EP/20, de 13 de febrero de 2020, determinó que una forma de analizar la existencia de un argumento claro, consiste en la verificación de los siguientes elementos: la afirmación de que un derecho fundamental se vulneró (la tesis), el señalamiento de la acción u omisión judicial de la autoridad judicial que habría ocasionado la vulneración (la base fáctica) y una justificación que muestre porqué la acción u omisión acusada vulnera el derecho fundamental en forma directa e inmediata (la justificación jurídica).
24. En el presente asunto, este Tribunal considera que la demanda planteada cumple con los requisitos para ser admitida, tal como se expone a continuación.
25. Los accionantes refieren la vulneración a la garantía de motivación (tesis), debido a que, la Sala Penal en su sentencia no explica cómo los supuestos contenidos en el tipo penal de peculado corresponden a los antecedentes de hecho determinados en el caso en concreto (base fáctica), lo que genera que la decisión no sea congruente (justificación jurídica), por tanto, la acción de la administración de justicia vulneraría sus derechos constitucionales; es decir, la demanda cumple con el requisito determinado en el numeral 1 del artículo 62 de la LOGJCC.
26. En este mismo sentido, los accionantes han referido que las decisiones impugnadas vulneran el derecho a la seguridad jurídica en relación con la garantía vinculada al principio de legalidad (tesis) ya que, pese a que la figura de malversación habría sido eliminada del tipo penal de peculado, los jueces lo incluyen dentro del tipo penal analizado en la sentencia y emplean además normas convencionales de manera retroactiva (base fáctica), situación que genera que la sentencia sea discrecional y arbitraria al sancionar al procesado por una infracción no determinada en el ordenamiento jurídico (justificación jurídica), cumpliéndose así con el requisito de admisión determinado en el artículo 62 numeral 1 de la ley de la materia.
27. En cuanto a la presunta vulneración a la garantía vinculada al cumplimiento por parte de toda autoridad judicial de garantizar las normas y derechos de las partes y su relación con el derecho a la seguridad jurídica (tesis), los accionantes exponen que la Sala de la Corte Nacional omitió analizar el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 212 de la Constitución Política de 1998, que determinaba al informe de Contraloría como un requisito de procedibilidad determinante para el inicio del proceso penal (base fáctica), situación que deviene en una vulneración a la garantía contenida en el numeral 1 del artículo 76 y al artículo 82 de la Constitución, debido a que los jueces presuntamente habrían inobservado

Caso No.1051-21-EP

disposiciones constitucionales aplicables al caso en concreto (justificación jurídica), por lo que, se observa que la demanda cumple con el artículo 62 numeral 1 de la LOGJCC.

28. Así mismo, este Tribunal de Sala de Admisión no observa que la demanda se sustente en lo injusto o equivocado de la sentencia emitida por la jurisdicción ordinaria, ni en la errónea aplicación de ley, así como en la valoración realizada respecto a la prueba, por lo que, se considera que la demanda cumple con los requisitos legales para ser admitida.
29. De otro lado, el numeral 8 del artículo 62 de la LOGJCC expone: *“Que el admitir un recurso extraordinario de protección permita solventar una violación grave de derechos, establecer precedentes judiciales, corregir la inobservancia de precedentes establecidos por la Corte Constitucional y sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional”*. Este Tribunal de Sala de Admisión considera que la emisión de una sentencia de fondo podría fortalecer el análisis respecto a la garantía de motivación y seguridad jurídica en las sentencias de casación penal. De igual modo, podrá pronunciarse sobre la implementación directa de normas constitucionales y convencionales en procesos penales.

**VI
Decisión**

30. Por lo tanto, este Tribunal de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional resuelve **ADMITIR** a trámite la acción extraordinaria de protección N°. **1051-21-EP**, sin que esto signifique un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.
31. Con el objeto de garantizar el debido proceso en la presente acción, en aplicación de los principios de dirección del proceso, formalidad condicionada y los de celeridad y concentración, recogidos en el artículo 4, numerales 1, 6, 7 y 11, literales a y b de la LOGJCC; conforme lo dispuesto en el artículo 195 de la LOGJCC, al amparo de lo dispuesto en el artículo 48 de la CRSPCCC, dispone que la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, conformada por los jueces nacionales Iván León Rodríguez, David Jacho Chicaiza y Wilman Terán Carrillo presenten su informe de descargo ante la Corte Constitucional en el **término de diez días**, contados a partir de la notificación con el presente auto.
32. De conformidad a lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el artículo 23 de la codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, esta decisión no es susceptible de recurso alguno y causa ejecutoria.

Caso No.1051-21-EP

33. En consecuencia, se dispone notificar este auto.

Ramiro Avila Santamaría
JUEZ CONSTITUCIONAL

Carmen Corral Ponce
JUEZA CONSTITUCIONAL

RAZÓN.- Siento por tal que el auto que antecede fue aprobado con dos votos a favor de los jueces constitucionales Ramiro Avila Santamaría y Carmen Corral Ponce; y, voto salvado del juez constitucional Agustín Grijalva Jiménez, en sesión del Tercer Tribunal de Sala de Admisión, de 05 de agosto de 2021. **LO CERTIFICO.-**

Aída García Berni
SECRETARIA SALA DE ADMISIÓN

Caso No.1051-21-EP

**Voto Salvado del Juez Constitucional
Agustín Grijalva Jiménez**

1. Con fundamento en el artículo 92 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante “LOGJCC”) así como en el artículo 23 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional (en adelante “RSPCCC”), formulo mi voto salvado respecto del auto de mayoría No. 1051-21-EP, emitido por el Tercer Tribunal de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional en sesión del día jueves 05 de agosto de 2021.

I. Antecedentes procesales

2. El 13 de julio de 2000, el doctor Galo Pico Mantilla, Presidente de la Corte Suprema de ese entonces, dictó auto cabeza de proceso en contra del doctor Jamil Mahuad Witt, ex Presidente de la República del Ecuador y otros, por la presunta comisión del delito de peculado, tipificado y sancionado en el artículo 257 del Código Penal, vigente al momento que sucedieron los hechos y dictó la medida cautelar de prisión preventiva y el embargo de sus bienes.⁶
3. El 10 de diciembre de 2001, el referido juzgador declaró abierta la etapa del plenario por el delito anteriormente señalado, inciso primero del Código Penal en contra del doctor Jamil Mahuad Witt, ex Presidente de la República y de la economista Ana Lucia Armijos, ex Ministra de Finanzas y Crédito Público. Además, ratificó las medidas cautelares dictadas en su contra. De esta decisión los procesados interpusieron recursos de apelación.
4. El 06 de junio de 2006, con voto de mayoría, la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de ese entonces, revocó el auto de llamamiento a juicio y dictó sobreseimiento provisional del proceso y del sindicado, doctor Jamil Mahuad Witt, y sobreseimiento definitivo en favor de la economista Ana Lucia Armijos.
5. El 13 de julio de 2007, el doctor Jaime Velasco Dávila, Presidente de la Corte Suprema de ese entonces dictó auto de reapertura del sumario, dejando sin efecto el auto de sobreseimiento provisional emitido en favor del doctor Mahuad y disponiendo que se abra la causa a prueba.
6. El 27 de diciembre de 2011, el doctor Enrique Pacheco Jaramillo, conjuce nacional, dictó auto de apertura a plenario en contra del doctor Jamil Mahuad Witt, por el delito de peculado tipificado y sancionado en el artículo 257, inciso primero del

⁶ La causa fue sustanciada al amparo del Código de Procedimiento Penal de 1983.

Caso No.1051-21-EP

Código Penal (en adelante CP)⁷ y ordenó la prisión preventiva del procesado y el embargo de sus bienes. De esta decisión, se interpusieron recursos de apelación y nulidad.

7. El 20 de marzo de 2012, el Tribunal de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia confirmó el auto impugnado. El 30 de marzo de 2012, se desestimó el pedido de nulidad del referido auto.
8. El 29 de mayo de 2014, la doctora Ximena Vintimilla Moscoso, Jueza Nacional⁸ dictó sentencia en la que declaró la culpabilidad del procesado Jamil Mahuad Witt, en calidad de autor del delito de peculado, tipificado y sancionado en el artículo 257, inciso primero del CPP, vigente al momento que sucedieron los hechos. En tal virtud, le impuso la pena de 12 años de reclusión mayor ordinaria, sin atenuantes. Inconforme con esta decisión, el procesado interpuso los recursos de nulidad y apelación.
9. El 17 de mayo de 2017, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia (como tribunal de apelación), resolvió aceptar parcialmente el recurso de apelación en la parte correspondiente al *quantum* de la pena impuesta en la sentencia de 29 de mayo del 2014, esto es de doce años de reclusión mayor ordinaria, a ocho años de reclusión mayor ordinaria, al haber adecuado su conducta a los presupuestos jurídicos del artículo 257, inciso primero del Código Penal, en relación con el artículo 42 *ibidem*.⁹ De esta sentencia se solicitó su aclaración y ampliación.
10. El 05 de junio de 2017, se negaron los pedidos de ampliación y aclaración. El doctor Jamil Mahuad Witt interpuso el recurso extraordinario de casación.

⁷ Art. 257, inciso primero CP: “*Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años, los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público que hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. La pena será de ocho a doce años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional*”.

⁸ El 31 de mayo de 2012, mediante sorteo correspondió el conocimiento de la etapa plenaria a la Jueza Nacional doctora Ximena Vintimilla Moscoso.

⁹ El Tribunal de apelación, consideró que en la reforma realizada en el año 1979, (R.O. No. 36, de 01 de octubre de 1979), se derogaron las reformas del año 1978 y se restablecieron las penas anteriores de reclusión mayor ordinaria de 4 a 8 años para el peculado en general y de 8 a 12 años si afecta a la defensa nacional.

Caso No.1051-21-EP

11. El 14 de octubre de 2020, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia (en calidad de Tribunal de casación) con voto de mayoría, declaró improcedente el recurso extraordinario de casación interpuesto al no haber justificado, conforme a derecho, sus argumentaciones y sin que pueda evidenciarse algún error de derecho que pueda ser corregido de acuerdo a la facultad officiosa de ese Tribunal. De esta sentencia, el procesado solicitó su aclaración. El 06 de enero de 2021, el Tribunal negó el pedido de aclaración propuesto.
12. Finalmente, el 27 de enero de 2021, Patricio Vivanco Riofrío y Mario Prado Mora, en calidad de procuradores judiciales del doctor Jamil Mahuad Witt (en adelante “los accionantes”), presentaron acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia de casación de fecha 14 de octubre de 2020 referida, así como del auto de fecha 06 de enero de 2021, que negó el pedido de aclaración.

II. Objeto

13. De conformidad con los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República (en adelante CRE) y 58 de la LOGJCC, las decisiones que son objeto de la presente acción son susceptibles de ser impugnadas a través de una acción extraordinaria de protección.

III. Oportunidad

14. Este Tribunal observa que la acción extraordinaria de protección fue presentada el 27 de enero de 2021, en contra de la sentencia de casación y del auto que negó su aclaración. Esta última decisión fue dictada y notificada el 06 de enero de 2021. En tal virtud, se tiene que esta acción ha sido presentada dentro del término establecido en los artículos 60 de la LOGJCC, en concordancia con el artículo 46 de la CRSPCCC.

IV. Requisitos

15. En lo formal, de la lectura de la demanda se verifica que ésta cumple con los requisitos para considerarla completa, establecidos en los artículos 59 y 61 de la LOGJCC.

V. Pretensión y sus fundamentos

16. Los accionantes en su demanda indican que las decisiones impugnadas vulneraron el deber que tiene el juez de motivar su sentencia (art. 76.7.1 CRE), el

Caso No.1051-21-EP

derecho de no ser sancionado por actos que, en el momento en que se producen, no están tipificados como delito (art. 76.3), la garantía del cumplimiento de las normas y los derechos de las partes (76.1 CRE) y el derecho a la seguridad jurídica (art. 82 CRE).

17. Respecto a la falta de motivación, sostienen que la sentencia impugnada, *“...habla mucho sobre el delito de peculado, pero no explica cómo los supuestos de la norma que lo tipifica como delito, el artículo 257 del Código Penal vigente en 1999, se aplican al caso concreto de la expedición del decreto 685 suscrito por el doctor Jamil Mahuad Witt en su condición de Presidente de la República”*. Por esta razón, indican que a través del recurso de aclaración, solicitaron al Tribunal de casación que, *“... se nos hiciera saber cuál de los varios supuestos del artículo 257 del Código Penal era el que se consideraba aplicable al caso que nos ocupa...(no obstante) se limitaron los jueces a sostener que lo que existe es peculado, ‘que siempre ha tenido y tiene como verbo nuclear el ‘abusar’ de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos, documentos que estén en su poder en virtud o en razón de su cargo; por lo tanto, encontramos, que la conducta antijurídica continúa penalizada”*. A entender de los accionantes no se cumple con el deber de motivación.
18. Agregan que la norma aplicada en las decisiones impugnadas, fue el primer inciso del artículo 257 CP vigente en 1999, el cual establece como, *“...la premisa mayor del silogismo, que contiene los siguientes requisitos: i. Que el autor de los hechos sea servidor del sector público o persona encargada de un servicio público; ii. Que hubiere abusado de bienes o dineros, públicos o privados, que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo; iii. Que ese abuso hubiere beneficiado al autor de los hechos o a terceros. Para que la conclusión sea la aplicación de esta norma a una persona, el razonamiento debería presentarnos una premisa menor en la que se muestre que esa persona, como servidor público o encargado de un servicio público, abusó de bienes o dineros, públicos o privados, que estaban en su poder en virtud o razón de su cargo, y gracias a ello se benefició o benefició a un tercero”*.
19. Que en el proceso penal motivo de esta garantía jurisdiccional, para que se condene al doctor Jamil Mahuad como autor de peculado, *“...la argumentación de la sentencia debe mostrar que se cumplieron los tres requisitos que se han señalado: i) calidad de servidor público, ii) abuso de lo que tenía en su poder en razón de su cargo, iii) beneficio propio o de terceros...la argumentación debió centrarse en mostrar que había dineros o bienes en poder del presidente, que los tenía por el hecho de ser tal, y que abusó de ellos para beneficiarse o beneficiar a terceros”*.

Caso No.1051-21-EP

Pero esto según los accionantes no se hace en la sentencia de casación ni en su aclaración.

20. En esa línea, sostienen que en la sentencia impugnada se indica en qué consiste el peculado, se cuenta su historia, desde 1837 hasta 2014, se señala que es la malversación, que el delito de peculado es un delito contra la Administración Pública y no contra la propiedad, que el sujeto activo del delito es un servidor público, los cuales son responsables por sus actos y por los delitos que cometan en el ejercicio de su cargo, que son responsables los servidores de bancos estatales o privados, que el verbo rector del delito de peculado es "abusar", que el delito de peculado tiene elementos normativos, valorativos y otras circunstancias que complementan el tipo, que el peculado exige dolo. Además, se cita jurisprudencia al respecto. No obstante, los accionantes indican que si bien se deja plenamente establecida la premisa mayor, el Tribunal no construye la premisa menor.
21. A juicio de los accionantes, el Tribunal accionado no explica, *"...cómo puede cometerse peculado con la expedición de una norma de carácter general, ni cómo el Decreto de reprogramación de depósitos que se encontraban en las instituciones financieras y nunca salieron de allí, constituye abuso (el verbo rector) de dineros públicos o privados que, el presidente de la República tenía en su poder en razón de su cargo"*.
22. Que además el Tribunal de casación quiere generar la idea de que, *"...los depósitos en la banca estaban en poder del presidente de la República en razón de su cargo o que de alguna manera un presidente puede cometer peculado bancario, que es sin duda lo que está detrás de la forma perversa en que se presentan ciertos conceptos: los elementos normativos del peculado, dice la sentencia impugnada, son los conceptos 'dineros públicos o privados', 'funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados', 'instituciones del sistema financiero nacional', entreverando, como si de un solo concepto se tratara, lo que el artículo 257 del Código Penal distinguía con absoluta claridad como dos supuestos distintos: el caso de los servidores públicos y el abuso de dineros públicos o privados que están en su poder en razón de su cargo; y el peculado cometido por ejecutivos o empleados de instituciones del sistema financiero nacional"*.
23. En ese sentido los accionantes sostienen que una de las contradicciones más importantes que tiene la sentencia impugnada, *"...aparece en el esbozo de argumento que se hace para sostener que la figura de la malversación es aplicable a este caso"*. Así manifiestan que según el Tribunal, el artículo 257 CP establece el abuso de dineros, *"...pudiendo consistir éste en 'desfalco, disposición arbitraria o*

Caso No.1051-21-EP

cualquier otra forma semejante', y la malversación, se afirma, está incluida entre 'cualquier otra forma semejante'". No obstante indican, el propio Tribunal recordó que, "...para aquella época regía el texto de 1971, reformado, donde se eliminó la palabra malversación y que, al relatar la historia del peculado se dice con claridad que en la reforma de 1977 'se suprime' la palabra malversación, por lo que la definición que constaba en 1977 respecto de aquella, desaparece."

24. Los accionantes aclaran que cuando alegaron la indebida aplicación del art. 257 CP, no se trata de la aplicación indebida de la norma, que exija señalar cuál es la norma que debía aplicarse, como así lo sostuvo el Tribunal de casación, sino que, *"...los juzgadores pretenden aplicar a ciertas actuaciones un tipo penal que no encaja con ellas, lo único que cabe es mostrar cómo el supuesto de derecho no corresponde al supuesto de hecho"*.
25. En relación con la garantía contenida en el art. 76.3 CRE, indican que aquella fue afectada porque se produjo violación al deber de motivar del 76.7.1 CRE. Pero además se produce por la aplicación retroactiva de una norma. En esa línea los accionantes agregan que la sentencia impugnada, *"...para sustentar que la malversación si está dentro del catálogo de delitos previstos en la legislación ecuatoriana, invocó reiteradamente (apartados 2.5.8.3., 2.5.8.5, 2.5.8.6.) los Arts. 17 y 22 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (aprobada en 2003), sosteniendo, entre otros asuntos, que según esta Convención, peculado y malversación son sinónimos"*.
26. Frente al pedido de aclaración de cómo se podía aplicar en forma retroactiva dicha normativa convencional, los accionantes indican que en el auto de aclaración, el Tribunal sostuvo que, *"...se había referido a la mencionada Convención 'para abundar respecto del concepto de malversación, peculado y abuso, sin ser la única o principal fuente de donde se obtuvo tales conceptos'"*. A juicio de los accionantes lo que se pretende en el auto de aclaración impugnado es, *"... considerar como secundaria una referencia que resulta fundamental en el contexto de la sentencia"*.
27. Sobre la garantía del cumplimiento de las normas y derechos de las partes, indican su vulneración en razón de que la sentencia objeto de esta acción fue el resultado de un proceso que inició el 13 de julio del 2000. Por tanto, era aplicable el art. 212 de la Constitución de 1998, que establecía que únicamente la Contraloría General del Estado tenía competencia para establecer indicios de responsabilidad penal, es decir debía cumplirse con este requisito de procedibilidad para que los jueces pudieran dar inicio a la acción penal. Sin embargo, indican las decisiones

Caso No.1051-21-EP

impugnadas fueron el resultado de un proceso penal que se inició sin cumplir con ese requisito de procedibilidad.

28. Respecto a la vulneración del derecho a la seguridad jurídica, los accionantes señalan que las violaciones de las garantías constitucionales denunciadas conducen a la violación de este derecho. En ese contexto manifiestan que la violación se produjo cuando se expidió una sentencia sin cumplir con los requisitos de la motivación, al condenar al acusado sin cumplir con el requisito de procedibilidad establecido en el artículo 212 de la Constitución de 1998, pese a que la constatación del informe de Contraloría fue pedido, “...en cada una de las instancias procesales” y sin que tampoco se precise cuáles fueron los fondos públicos abusados, ni identifiquen quien es el beneficiario del supuesto abuso de los recursos públicos.
29. Agregan que la violación al derecho a la seguridad jurídica ocurrió también cuando se desechó el recurso de casación interpuesto, “*Para justificarlo, se sostuvo falsamente en los apartados 2.5.8.3., 2.5.8.5, 2.5.8.6. de la sentencia de casación que la malversación sí está dentro del catálogo de delitos previstos en la legislación ecuatoriana porque peculado y malversación son sinónimos en los Arts. 17 y 22 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción...*”, según indican aplicando retroactivamente esta norma convencional.
30. Sobre la relevancia constitucional señalan que esta acción es relevante, “...por los problemas jurídicos que plantea los que hacen evidentes las graves violaciones al debido proceso en la tramitación de esta causa, violaciones que desconocen tres de las garantías básicas consagradas en el Art. 76 de la Constitución de la República: i) El deber que tiene todo juez de motivar una sentencia, ii) La prohibición de que una persona sea sancionada por actos que, en el momento en que se produzcan, no estén tipificados como delito, y iii) La violación del derecho a la seguridad jurídica.”(sic).
31. Finalmente y sobre la base de lo expuesto, los accionantes pretenden que a través de esta acción se declare la vulneración de los derechos invocados, se deje sin efecto las decisiones judiciales impugnadas y se informe al Consejo de la Judicatura de los “crasos errores” que cometió el Tribunal de mayoría accionado para que se inicie el sumario administrativo respectivo. Adicionalmente, solicita se disponga la reparación integral de los derechos constitucionales vulnerados.

Caso No.1051-21-EP

VI. Admisibilidad

32. Previo a efectuar el análisis de admisibilidad de la presente acción, conforme los artículos 94 y 437 de la CRE, la acción extraordinaria de protección tiene por objeto garantizar la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Por consiguiente, esta es una acción constitucional independiente del sistema de justicia ordinaria ecuatoriano, y escapa del ámbito material de esta garantía lo relacionado a lo correcto o incorrecto de la decisión judicial impugnada o del derecho ordinario a aplicar, pues la acción extraordinaria no es una instancia adicional, ni un proceso en el cual se ventilan las pretensiones o asuntos de procesos judiciales ordinarios.
33. El artículo 62 de la LOGJCC establece los requisitos de admisibilidad para la acción extraordinaria de protección, dentro de los cuales se analizará la acción presentada.
34. El primer requisito contenido en el artículo 62 numeral 1 de la LOGJCC dispone, “*que exista un argumento claro sobre el derecho violado y la relación directa e inmediata, por acción u omisión de la autoridad judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso*”.
35. En relación con el primer requisito, la Corte Constitucional se ha pronunciado respecto de la carga argumentativa en las acciones extraordinarias de protección. En ese sentido, estableció criterios para dilucidar cuándo existe una argumentación completa, considerando que los problemas jurídicos surgen, principalmente, de los cargos formulados por la parte accionante. Así, un cargo configura una argumentación completa si reúne, al menos, los tres elementos que se enuncian a continuación:

[1]. *Una tesis o conclusión, en la que se afirme cuál es el derecho fundamental cuya vulneración se acusa (el ‘derecho violado’, en palabras del art. 62.1 de la LOGCC).* [2]. *Una base fáctica consistente en el señalamiento de cuál es la ‘acción u omisión judicial de la autoridad judicial’ (referida por el art. 62.1 de la LOGCC) cuya consecuencia habría sido la vulneración del derecho fundamental. Tal acción u omisión deberá ser, naturalmente, un aspecto del acto judicial objeto de la acción.* [3]. *Una justificación jurídica que muestre por qué la acción u omisión judicial acusada vulnera el derecho*

Caso No.1051-21-EP

fundamental en forma 'directa e inmediata' (como lo precisa el art. 62.1 de la LOGCC)¹⁰.

36. En el presente caso se verifica que si bien los accionantes acusan la vulneración de una serie de garantías y derechos a la sentencia de casación y al auto que negó su aclaración, tras la revisión integral de la demanda se observa que aquellos no ofrecen una explicación clara acerca de las razones por las cuáles consideran que las actuaciones u omisiones de dichas autoridades judiciales ocasionaron de forma directa e inmediata tal vulneración.
37. Por el contrario, el sustento ofrecido por los accionantes se centra en identificar una presunta indebida aplicación del art. 257 inciso primero del CP (vigente a la época de los hechos), por parte del Tribunal de casación que declaró con voto de mayoría improcedente el recurso de casación interpuesto. Por lo que, si bien alegan la violación de derechos constitucionales, en especial a la garantía de la motivación, al desarrollar su argumentación se centran en elementos propios de la norma sustantiva penal, en la que a su juicio configurarían una falta de la adecuación típica de la conducta juzgada al tipo penal de peculado previsto en el art. 257 CP. Es decir, los accionantes no cumplen con el tercer elemento para configurar una argumentación completa y por el contrario, estos argumentos incurren en la prohibición determinada en el numeral 4 del art. 62 de la LOGJCC, que se refiere a, "*Que el fundamento de la acción no sustente en la falta de aplicación o errónea aplicación de la ley*".
38. Conforme lo manifestado, la alegación de indebida o errónea adecuación típica de la conducta juzgada al tipo penal correspondiente, es un asunto de legalidad que corresponde atender a los órganos de la justicia ordinaria. Caso contrario, de atender cuestiones de legalidad, provocaría la desnaturalización de la acción extraordinaria de protección, además de la superposición de competencias entre la justicia constitucional y la ordinaria.
39. Adicional a ello, la alegación de los accionantes cuestiona el razonamiento judicial expuesto en las decisiones impugnadas, demostrando más bien su inconformidad con el fondo de tales decisiones. Tal como fue señalado por los propios accionantes en su demanda, las alegaciones centrales de indebida aplicación del art. 257 CP (o falsa aplicación del art. 257 CP), la supuesta aplicación retroactiva de la normativa convencional, así como el alegado incumplimiento del requisito de procedibilidad respecto al informe de Contraloría (contravención del art. 212

¹⁰ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1967-14-EP/20 de 13 de febrero de 2020.

Caso No.1051-21-EP

Constitución del 98) fueron parte de los cargos acusados en el recurso de casación y del pedido de aclaración presentado, los cuales fueron resueltos por parte del Tribunal accionado. Con lo cual, los accionantes ignoran que la sentencia y auto objeto de esta acción no pueden ser impugnados por el hecho de que las conclusiones de los juzgadores sean adversas o contrarias a las pretensiones de los accionantes.

40. En este sentido, se evidencia que la presente acción pretende que esta Corte efectúe un pronunciamiento sobre los méritos de la controversia,¹¹ la corrección jurídica de las decisiones impugnadas adoptadas en el proceso de origen¹² y respecto a la aplicación de la norma penal en el caso concreto que ha sido juzgado, situación que como se ha señalado anteriormente no compete a la Corte Constitucional. De hacerlo, se convertiría en una instancia adicional, desnaturalizando la acción extraordinaria de protección.
41. Finalmente, en los numerales 2 y 8 del artículo 62 de la LOGJCC se establecen como requisitos de admisibilidad: 2. *“que el recurrente justifique argumentadamente, la relevancia constitucional del problema jurídico y de la pretensión”* y el numeral 8 del artículo citado prescribe *“[q]ue el admitir un recurso extraordinario de protección permita solventar una violación grave de derechos, establecer precedentes judiciales, corregir la inobservancia de precedentes establecidos por la Corte Constitucional y sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional”*.
42. En la demanda bajo análisis no existe ninguna sección en la que se establezca de manera expresa la justificación de la relevancia constitucional del problema jurídico y de la pretensión formulada en el caso, pues los argumentos de los accionantes se limitan a reiterar las alegaciones de los derechos presuntamente vulnerados. Tampoco este Tribunal observa que del contenido de la demanda se desprenda que admitirla permitiría alcanzar alguno de los objetivos citados en el numeral 8 del artículo 62 de la LOGJCC.

¹¹ Al respecto, en la sentencia No 176-14-EP/19, de 16 de octubre de 2019, esta Corte ha definido que el control de mérito únicamente cabe en acciones extraordinarias de protección derivadas de procesos de garantías jurisdiccionales y solo en determinados supuestos.

¹² En ese sentido, en las sentencias No. 1892-13-EP/19 de 10 de septiembre de 2019; No. 274-13-EP/19 de 18 de octubre de 2019 y No. 2096-14-EP/20 de 29 de julio de 2020, ha dicho que no le corresponde a esta Corte pronunciarse sobre lo correcto o incorrecto de las decisiones adoptadas en el proceso de origen, recordando que, *“La garantía de la motivación no incluye un derecho al acierto o a la corrección jurídica de las resoluciones judiciales”*.

Caso No.1051-21-EP

43. Por todo lo expuesto, en mi criterio los accionantes incumplen las obligaciones e incurrir en las prohibiciones previstas en el artículo 62, numerales 1, 2, 4 y 8 de la LOGJCC, cuestión que según las normas citadas conllevan la inadmisibilidad de la presente acción extraordinaria de protección.

VII. Decisión

44. Sobre la base de los antecedentes y consideraciones que preceden, considero que el Tribunal de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional debió **INADMITIR** a trámite la acción extraordinaria de protección N°. **1051-21-EP**.

Agustín Grijalva Jiménez
JUEZ CONSTITUCIONAL

RAZÓN. - Siento por tal que el voto salvado que antecede, fue presentado en sesión del Tercer Tribunal de Sala de Admisión, de 05 de agosto de 2021.-**LO CERTIFICO.**

Aída García Berni
SECRETARIA SALA DE ADMISIÓN