

REGISTRO OFICIAL

Organo del Gobierno del Ecuador



Suplemento del Registro Oficial

Año I- Quito, Jueves 24 de Junio del 2010 - Nº 221



REGISTRO OFICIAL

ORGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

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

Año I -- Quito, Jueves 24 de Junio del 2010 -- N° 221

LIC. LUIS FERNANDO BADILLO GUERRERO
DIRECTOR ENCARGADO

Quito: Avenida 12 de Octubre N 16-114 y Pasaje Nicolás Jiménez
Dirección: Telf. 2901 - 629 -- Oficinas centrales y ventas: Telf. 2234 - 540
Distribución (Almacén): 2430 - 110 -- Mañosca N° 201 y Av. 10 de Agosto
Sucursal Guayaquil: Malecón N° 1606 y Av. 10 de Agosto - Telf. 2527 - 107
Suscripción anual: US\$ 400 + IVA -- Impreso en Editora Nacional
1.200 ejemplares -- 48 páginas -- Valor US\$ 1.25 + IVA

S U P L E M E N T O

SUMARIO:

	Págs.		Págs.
FUNCION JUDICIAL			
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA			
SEGUNDA SALA DE LO PENAL:			
Recursos de casación, revisión y apelación en los juicios penales seguidos en contra de las siguientes personas:			
367-08	2	376-08	11
			11
		381-08	13
			13
368-08	4	382-08	14
			14
		385-08	15
			15
370-08	6	386-08	20
			20
371-08	8	387-08	24
			24

	Págs.	CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO PENAL
390-08 Luis Fernando Proaño Adrián acusado del delito aduanero tipificado y sancionado por los artículos 82 y 83 letra j) de la Ley Orgánica de Aduanas	25	Quito, 25 de agosto del 2008; las 17h30.
391-08 Avelino Suárez González y otro por el delito tipificado y sancionado en el Art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas	26	VISTOS: La sentencia dictada por el Segundo Tribunal Penal del Cañar en la que condena al procesado Dimas Antonio Bazarro Alcívar, a la pena de siete años de reclusión mayor especial, como autor del delito de tentativa de violación tipificado en el Art. 512 numeral 1 y sancionado en la primera parte del Art. 513 del Código Penal, en relación con las disposiciones del inciso primero del Art. 16, Art. 46 e inciso segundo del Art. 515 del mismo cuerpo legal, es impugnada por el procesado mediante recurso de casación, concedido el mismo, radicada de la competencia en la Sala por sorteo, hallándose en estado de resolución, para hacerlo considera: PRIMERO: El recurrente Dimas Antonio Bazarro Alcívar, en su escrito de fundamentación que corre a fs. 4 a 5 del cuaderno de la Sala manifiesta desde su particular punto de vista, que la sentencia dictada por el Segundo Tribunal Penal del Cañar, inobservó garantías del debido proceso señaladas en el Art. 24 numerales 1, 13, 14, 15 y 17 de la Constitución Política de la República; se violó lo dispuesto en el Art. 277 del Código de Procedimiento Penal, al no comparecer la ofendida a la audiencia de juicio, así como también se infringió lo dispuesto en los Arts. 250 y 252 ibidem, pues con la prueba actuada no se determinó la existencia de la infracción ni la responsabilidad del acusado, señala también que se violaron los Arts. 4 del Código de Procedimiento Penal y Art. 24 numeral 7 de la Constitución Política de la República, al no considerar su presunción de inocencia. Finalmente, solicita que se declare la nulidad del juicio por violación de trámite o en su defecto se revoque dicho fallo y no se permita que se cometa una injusticia al sentenciar infamemente a un inocente. SEGUNDO: El señor Ministro Fiscal General del Estado, al contestar el traslado corrido con la fundamentación del recurso constante a fs. 7 a 8 del cuadernillo de la Sala, en lo fundamental expresa que de la sentencia recurrida, se repara que de la prueba incorporada a juicio, la misma que cumple con los principios de oralidad, inmediación y contradicción, se aprecia que la conducta del recurrente se adecuan a lo dispuesto en el Art. 504.1 del Código Penal, pues los actos de naturaleza sexual a los que fue sometida y obligada a realizar Jadira Tayri Flores Montoya, no concluyeron con acceso carnal, como claramente lo establece el perito médico quien practicó el reconocimiento de la ofendida, el mismo que detalla las lesiones sufridas, esto es laceración a nivel del epitelio, en la parte media de los labios menores, que se extiende desde el borde de inserción, producidas por rozamiento de cuerpo duro, que puede ser un órgano en erección, sin que exista penetración parcial ni total; en segundo lugar se considera que la ofendida es una persona menor de dieciocho años de edad, como lo establecen los informes tanto social como psicológico de la menor; finalmente se debe considerar que el responsable de la agresión mantenía autoridad sobre la víctima, por ser conviviente de su madre y vivir en el mismo domicilio de la menor, concluye manifestando que en virtud de lo expuesto, es del criterio de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, rechaza por improcedente el recurso de casación interpuesto por el recurrente; y, enmendando el error de derecho en que incurrió el Juzgador, case la sentencia y aplique la norma contemplada en el Art. 504.1 del Código Penal. TERCERO: La Sala al efectuar el estudio y análisis de la sentencia que pronuncia el Segundo Tribunal Penal del
392-08 Julio Pedro Salazar Cruz y otra por el delito de injurias no calumniosas graves tipificado y sancionado en los Arts. 489, 490 y 491 del Código Penal	27	
393-08 Jorge Campoverde y otros propuesto por Manuel María Peñafiel Iglesias ...	28	
394-08 Rafael Alfredo Valle Raza por el delito de estafa tipificado y sancionado en el Art. 563 del Código Penal	30	
395-08 Joffre Vicente Loroña Logroño por el delito tipificado y sancionado en el Art. 339 del Código Penal	31	
396-08 Guido Arsenio Mancero Guevara por injurias a Marcia Esmilda Vallejo Merino	32	
403-08 Joselito Paz Galeas por el delito de estafa tipificado y sancionado por el Art. 563 del Código Penal, en perjuicio de Marco Antonio Alencastro Núñez	33	
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL:		
Recursos de casación en los juicios seguidos por las siguientes personas:		
37-2008 Dr. Azael Moreno Aguirre, apoderado especial y procurador judicial del ingeniero Elías Gattass Sahih en contra del Banco del Pacífico S. A. y otro	35	
59-2008 María Noemí Galárraga Cocíos en contra de Fabián Alejandro Mariño Mariño	45	
133-2008 Segundo Andrés Pacheco Torres en contra de Vicente Abbud Isaías	47	

No. 367-08

Juicio penal No. 94-07 contra Dimas Antonio Bazarro Alcívar por el delito de violación tipificado en el Art. 512 y sancionado en el Art. 513 del Código Penal en perjuicio de Yadira Tayri Flores Montoya.

Cañar, encuentra que en los considerandos Segundo y Tercero, éste considera probada la existencia material de la infracción así como la responsabilidad del acusado con las siguientes pruebas solicitadas ordenadas y producidas en la etapa del juicio: **1.-** El testimonio del doctor Luis Romero Mogrovejo, perito médico, quien practicó el reconocimiento de la menor Yadira Tayri Flores Montoya, manifestando que la paciente tiene la edad de doce años seis meses, que refiere haber sido objeto de abuso sexual, presentando laceración a nivel de epitelio en la parte media de labios menores que se extienden desde el borde libre a su borde de inserción localizado a las tres y otro asimismo de carácter antiguo cicatrizando a las nueve horas de la esfera del reloj, a la realización del tacto unidimensional y bidimensional es relativamente doloroso, con presencia de leucorrea en regular cantidad y micosis vaginal; las laceraciones de los labios es consecuencia de haber sufrido magulladuras por razonamiento con cuerpo duro, que puede ser un órgano en erección, confirmando que hubo coito ante porta, afirmando además que el himen no fue desflorado, ni existió penetración total ni parcial. **2.-** El testimonio del doctor Oscar Delgado Núñez, que afirma haber atendido a la menor agraviada, informando que la menor ha sufrido desfloración del himen. **3.-** El testimonio del Policía Judicial Gonzalo Ortiz, perito quien practicó el reconocimiento del lugar de los hechos, pericia que determina la existencia del inmueble. Donde tenía su habitación la menor ofendida, la que compartía con su madre y el conviviente de ésta. **4.-** La declaración de la licenciada Rosa Solórzano Clavijo, trabajadora social, quien realizó el estudio socio familiar a la adolescente Jadira Tayri Flores Montoya, afirmando que un primer momento la menor al inicio de su entrevista sostenía que el responsable de la agresión sufrida el 10 de mayo del 2006, fue un muchacho de nombre José alias “mosquito” y que la inculpación de su padrastro Antonio Bazurto que consta en su versión, fue únicamente por temor a las represalias de su madre que no aprobaría que mantenga una relación por su minoría de edad; siendo esta la razón por la cual escribió una carta en la que aclaraba la situación, liberando de responsabilidad al acusado. Afirma la deponente que investigó estas aseveraciones, por lo que en junta de la menor se traslado al sector conocido como Puente de Palo, al lugar en donde decía vive el nombrado “mosquito”, sin que obtuviera resultado positivo, a pesar de las averiguaciones hechas a personas que viven en el sector, adiciona la Trabajadora Social, que posteriormente tuvo una nueva entrevista en el rectorado del Colegio “Narcisca de Jesús” en donde estudia la menor ultrajada, en presencia de la Rectora Zoila Pinos Alvarez, la misma asegura que en verdad el muchacho identificado como José alias “mosquito” no existía y que el intento de violación fue perpetrado por su padrastro, como lo había relatado en su versión ante la Fiscalía y que la carta que ella escribió exculpándolo la dictó un abogado; al comunicar a la madre de la menor ofendida el contenido de las afirmaciones de la menor, ésta expreso sus temores de las consecuencias que le podrían sobrevenir por las represalias de los familiares de su conviviente. **5.-** El testimonio de Zoila Pinos Alvarez, quien confirma lo relatado por la trabajadora social en el sentido de que la menor afirmó que el autor de la violación fue cometida por su padrastro. **6.-** La declaración de Zaida Elizabeth Maldonado Gatñay, arrendataria del inmueble donde vive la menor ofendida, quien señala que conoce de la violación a la menor cometida por el padrastro Bazurto, por referencia de la mamá que es su amiga: señala que el día de los hechos vio entrar y salir del inmueble al acusado, por

tres ocasiones, mientras ella lavaba la ropa, por cuanto la vivienda tiene una solo entrada, que está protegida con llave. De toda esta prueba y su valoración el Tribunal Juzgador soberano en la apreciación de la misma, y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, llegó a la certeza de que el procesado Dimas Bazurto Alcívar es el autor del delito de violación en grado de tentativa, previsto en el Art. 512 numeral 1 y sancionado en la primera parte del Art. 513, en relación con las disposiciones del inciso primero del Art. 16, Art. 46 e inciso segundo del Art. 515 del mismo cuerpo legal, por lo que esta Sala encuentra adecuada tanto la tipificación como la sanción impuesta al procesado, por parte del Tribunal Juzgador. Por otro lado no aparece en modo alguno que el Tribunal Juzgador haya vulnerado norma alguna y mucho menos el derecho al debido proceso del recurrente y la obtención de las pruebas, que al contrario, se advierte una estricta observancia a las garantías constitucionales y legales del derecho al debido proceso y a las normas que reglamentan los actos procesales, referidos en particular a los actos de petición, orden, práctica, incorporación y valoración de la prueba aportada, aparte de que el recurrente no ha probado en modo alguno sus alegaciones, quedando ellas como meros enunciados y carentes de fundamento; igualmente resulta errada la aseveración del recurrente en el sentido de que hay insuficiencia de prueba porque no ha declarado la denunciante ni la ofendida, vale recordar que en los delitos de carácter sexual, por la naturaleza misma de la infracción, resulta difícil aportar prueba directa sobre los hechos, de modo que generalmente se infiere la responsabilidad por prueba indirecta y, en el caso, como queda dicho, la contundencia de la prueba aportada no provoca duda alguna. En cuanto al criterio del señor Ministro Fiscal General en el sentido que debe casarse la sentencia, corrigiendo el error de derecho en cuanto a la tipificación del delito, la Sala considera que también es improcedente dicha consideración; pues en la sentencia impugnada como queda establecido, se reflexiona suficiente y fundadamente en relación con la conducta del procesado, quien obró con conocimiento de causa en la comisión del delito de tentativa de violación y en esta parte es preciso señalar que la violación es un delito en el cual puede darse cuenta la tentativa y en la especie se ha establecido en la sentencia “el propósito” del agente, que no era otro que el acceso carnal, pues como se indica en la sentencia recurrida, se ha podido determinar el fin específico en la tentativa calificada mediante actos que generan principio de ejecución del delito de violación; alcanzando la acción del procesado suficiente grado de desarrollo que no llegó a la consumación por circunstancias ajenas a su voluntad, según claramente se expresa en la sentencia del Tribunal Juzgador, es preciso anotar en este punto que el principio de ejecución del hecho propuesto, ingresar en la órbita señalada por el verbo rector que configura el núcleo del delito que en la violación, es el acceso carnal, de acuerdo con el Art. 512 del Código Penal y acceso es penetración del órgano masculino en la cavidad vaginal o anal, la tentativa tiene que llegar a este acto, al acceso, aunque no existiere penetración, porque en este último caso, se consumaría el hecho, por lo menos tiene que existir aproximadamente del órgano sexual masculino al orificio de penetración de la víctima, como lo expresa el Tratadista Argentino Carlos Creus en su obra Derecho Penal páginas 354 a 356. La pericia médica realizada a la menor ofendida establece que presenta laceración a nivel de epitelio en la parte media de labios menores, que se extienden desde el borde libre a su borde de inserción localizado a las tres y

otro asimismo de carácter antiguo cicatrizando a las nueve horas de la esfera del reloj, a la realización del tacto unidimensional y bidimensional es relativamente doloroso, con presencia de leucorrea en regular cantidad y micosis vaginal; las laceraciones de los labios es consecuencia de haber sufrido magulladuras por rozamiento con cuerpo duro, que puede ser un órgano en erección, confirmando que hubo coito ante porta..., por lo que el procesado llegó a tocar los órganos genitales de la víctima y aproximó su órgano sexual masculino a la vagina de la menor ofendida, es decir cometió tentativa de violación. Por estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, la Sala declara improcedente el recurso de casación interpuesto por Dimas Antonio Bazaruto Alcívar y se dispone remitir el proceso al Tribunal Penal de origen; para los fines de ley.- Notifíquese.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado.

f.) Dr. Rodrigo Serrano Valarezo, Conjuez Permanente.

Certifico.

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO PENAL.- Es fiel copia de su original.- Quito octubre 30 del 2008.- Certifico.- f.) El Secretario Relator.

No. 368-08

Juicio penal No. 107-06 contra Magno Alejandro Carrión Ochoa, Manuel Alejandro Carrión Carrión y Carlos Romeo Carrión Carrión por el delito de tentativa de homicidio en perjuicio de Holger Antonio Carrión Quezada.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO PENAL

Quito, 26 de agosto del 2008; las 10h00.

VISTOS: Del fallo dictado por el Tercer Tribunal Penal del Azuay en el que a los procesados Magno Alejandro Carrión Ochoa, Manuel Alejandro Carrión Carrión y Carlos Romeo Carrión Carrión, al considerarles responsables del delito de tentativa de homicidio tipificado y sancionado en el Art. 449 en relación con los Arts. 16 y 46, todos, del Código Penal, les impusiera la pena de tres años de prisión correccional y declara con lugar la acusación particular deducida por Holger Antonio Carrión Quezada en contra de Manuel Alejandro Carrión Carrión y Carlos Romeo Carrión Carrión; interponen recurso de casación de los sentenciados, concedido el mismo, ha correspondido luego del sorteo de ley su conocimiento a la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia; la que para resolver

considera. **PRIMERO:** Que al fundamentar el recurso, los casacionistas en lo esencial manifiestan: Que en la sentencia se ha violado la ley; ya por contravenir expresamente a su texto; ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella; ya, en fin, por haberla interpretado erróneamente; y, hacen un análisis de los testimonios de los ofendidos, señalando que por sí solos no constituyen pruebas; de los de cargo; que según su criterio no vieron nada; agrega que no se ha presentado prueba sobre la supuesta tentativa de homicidio, para establecer la existencia de la infracción y la responsabilidad de los procesados conforme el Art. 85 del Código de Procedimiento Penal; que los testimonios que ellos presentaron sirven como medio de defensa y prueba a su favor; que la fiscalía no cumplió estrictamente con el Art. 65 del Código Adjetivo Penal de extender la investigación sobre las circunstancias de descargo; que no existe en su contra ni presunciones incumpléndose en el mentado cuerpo de leyes su Arts. 84, 85, 86 y 87; que no se aplicaron las reglas de la sana crítica; que todo ello –concluye- lleva a una interpretación errónea, pues se yerra en la interpretación de la norma. **SEGUNDO:** La señora Ministra Fiscal General del Estado Subrogante, al contestar la fundamentación del recurso, en lo esencial, manifiesta: Que la casación se contrae a establecer si se ha violado la ley por contravenir a su texto, por haberse hecho una falsa aplicación o errónea interpretación de la misma; sin que a la Sala le corresponda realizar un nuevo examen de la actuación probatoria; que revisada la sentencia impugnada, se observa que el Tribunal Penal declara en los considerandos Tercero y Cuarto, que: Reconocidos que fueron, por el perito el Dr. José Méndez Narváez, los pacientes Milton Fernando Carrión Quezada, Holger Antonio Carrión Quezada y Gerardo Miguel Carrión Ochoa, presentaron los dos primeros heridas de tipo cortante en el hombro e incluso Holger Antonio Carrión Quezada en la base del cuello; y, el tercero herida cortante en la región frontal, en el músculo del brazo izquierdo; y, también lesiones contusas en diferentes partes del cuerpo, especialmente en la cara y en el tórax, en esta última presenta disfunción pulmonar dando como resultado insuficiencia respiratoria; que ha sido intervenido quirúrgicamente por hemo tórax izquierdo, lesión que ha producido coagulo en el riñón; que este paciente también ha sido valorado por el perito Dr. Gabriel Tenorio Salazar, quien manifiesta que esta enfermedad de no haber sido atendida y tratada a tiempo pudo terminar con la vida - A su vez en cuanto a la responsabilidad, el Tribunal Penal se basa: en los testimonios de los referidos agraviados quienes manifiestan que Carlos Romeo Carrión y Manuel Alejandro Carrión Carrión, han tratado de causarles la muerte por cuanto hieren por la espalda a Holger Antonio Carrión Quezada, que esto está corroborado con los testimonios de José Albino Yunga y Elvia Mercedes Carchi Lalvay, quienes indican que escucharon gritos de auxilio. A su vez los testigos de descargo de Fanny Beatriz Vintimilla Torres, Gilberto María Lalvay Naula, quienes dan a conocer que vieron una pelea entre diez personas, que Gerardo Carrión lanzó una piedra contra la camioneta, pareciendo luego Alejandro Carrión, quien pelea con Gerardo Carrión.- Que continúa el Ministerio Público el Tribunal juzgador ha realizado un examen completo de la prueba, calificando y valorando con eficacia a imparcialidad de acuerdo a las reglas de la sana crítica, determinando que se ha comprobado conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad de estos tres acusados, delito tipificado de acuerdo con el Art. 449 en concordancia de los Art. 16 y 46 del Código Penal; sin que del contenido de la

sentencia se advierta la violación de las normas sustantivas y adjetivas penal que se alegan, por lo cual es del criterio que se rechace el recurso de casación por improcedente. **TERCERO:** En la casación penal hay que tener en cuenta que lo que procede es el examen de la sentencia recurrida, para determinar posibles violaciones en ella a la ley, ya por haberse contravenido expresamente a su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de la misma; ya, en fin, por haberla interpretado erróneamente. Es por tanto ajeno a la casación penal, pretender que la Sala vuelva a considerar la carga probatoria, que fue motivo de análisis del Tercer Tribunal Penal del Azuay. **CUARTO:** Del estudio de la sentencia impugnada en relación con el recurso interpuesto, la Sala encuentra que en ésta, en el considerando Tercero y Cuarto, se establece que se ha justificado conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad de los procesados Magno Alejandro Carrión Ochoa, Manuel Alejandro Carrión Carrión y Carlos Romeo Carrión Carrión, con el reconocimiento pericial practicado por el perito médico Dr. José Méndez Narváez a los agraviados Milton Fernando Carrión Quezada, Holger Antonio Carrión Quezada y Gerardo Miguel Carrión Ochoa presentando las dos primeras heridas de tipo cortante en el hombro e incluso Holger Antonio Carrión Quezada en la base del cuello; y, el tercero Carlos Romeo Carrión Carrión, herida cortante en la región frontal, en el músculo del brazo izquierdo, y lesiones de tipo contuso en el tórax, en esta última presenta disfunción pulmonar dando como resultado insuficiencia respiratoria, que ha sido intervenido quirúrgicamente por hemo tórax izquierdo, lesión que ha producido coagulo en el riñón; que ha sido valorado el paciente asimismo por el perito Dr. Gabriel Tenorio Salazar quien manifiesta que esta enfermedad de no haber sido atendida y tratada a tiempo pudo terminar con la vida.- Que en cuanto a la responsabilidad se basa: en los testimonios de los referidos agraviados, quienes manifiestan que Carlos Romeo Carrión y Manuel Alejandro Carrión Carrión, han tratado de causarles la muerte por lo cual por cuanto hieren por la espalda a Holger Antonio Carrión Quezada y ante la presencia del padre y del hermano del ofendido, corren los agresores y luego más o menos de cinco a diez minutos se da inicio al ataque y a la pelea entre todos; señalando Holger Antonio Carrión Quezada, que todos estos le han agredido causándole heridas; y, cuando estuvo en el suelo, le han dado golpes de puño y puntapiés, siendo llevado luego de la agresión a Cuenca, para que lo atiendan.- Que esto está corroborado con los testimonios de José Albino Yunga y Elvia Mercedes Carchi Lalvay, quienes indican que en ese día y a esa hora escucharon gritos de auxilio. A su vez los testigos de descargo de Fanny Beatriz Vintimilla Torres, Gilberto María Lalvay Naula, dicen que vieron una pelea entre diez personas, que Gerardo Carrión lanzó una piedra contra la camioneta, pareciendo luego Alejandro Carrión, quien peleó con Gerardo Carrión. **QUINTO:** De las observaciones anotadas, se establece entonces que el Tercer Tribunal Penal del Azuay, en el fallo realizó una pormenorizada descripción de las pruebas aportadas en la audiencia de juzgamiento, analizándolas a través de la sana crítica y llegando a la convicción y certeza de que está probada la existencia material de la infracción como la responsabilidad de los acusados, tipificado correctamente esta tentativa de homicidio en el Art. 449 en relación con los Arts. 16 y 46, todos, del Código Penal; sentencia que guarda perfecta armonía entre la parte expositiva de los hechos descritos y valorados con la resolución dada, sin que por lo tanto proceda la manifestación de los recurrentes: de que en la sentencia no se haya establecido la existencia de la

infracción ni la responsabilidad de los acusados, y de que se hayan violado por lo tanto en el Código de Procedimiento Penal los Arts. 85 y 86.- Argumentos estos de los casacionistas que determina que no procede el recurso interpuesto, pues sustentan una tesis inadmisibles en la doctrina, por cuanto todo cuestionamiento probatorio -como hace el casacionista de que no se encuentra demostrada la existencia de la infracción ni su responsabilidad- se halla fuera de lugar cuando se afirma violación de la ley, falta de aplicación, falsa aplicación e interpretación errónea, pues indefectiblemente para ello debe ser aceptada la realidad probatoria acogida en el fallo y sus deducciones fácticas, ya que este planteamiento, como ha sido efectuado crea duda acerca de su verdadera existencia, pues la proposición del primer término descarta la de segundo término, y a la vez ésta descarta aquella.- A esto debe añadirse que el recurso de casación tampoco procede, pues al sostener de una manera general que en la sentencia se ha violado la ley; ya por contravenir expresamente a su texto; ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella; ya, en fin, por haberla interpretado erróneamente, mantiene una tesis incompatible pues no pueden los Arts. 65, 84 y 87, del Código de Procedimiento Penal que han especificado cada uno de ellos al mismo tiempo no aplicarse, aplicarse mal e interpretarse mal.- Por lo antes analizado esta Sala de lo Penal estima que en el fallo, del caso que nos ocupa, el Tercer Tribunal Penal del Azuay de ninguna manera ha violado la ley, ha contravenido a su texto, ha hecho una falsa aplicación de ésta, ha interpretado erróneamente las normas ya referidas, ni ha quebrantado la Constitución Política de la República, existiendo mejor una correcta aplicación de ellas.- Por esto, en armonía con el criterio del Ministerio Público, la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, de conformidad con la disposición del Art. 358, parte pertinente, del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por los procesados Magno Alejandro Carrión Ochoa, Manuel Alejandro Carrión Carrión y Carlos Romeo Carrión Carrión.- Se dispone se devuelva el proceso al Tribunal Penal de origen, para que se ejecute la sentencia.- Notifíquese.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado.

f.) Dr. Rodrigo Serrano Valarezo, Conjuez Permanente.

Certifico.

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO PENAL.- Es fiel copia de su original.

Quito, octubre 30 del 2008.

Certifico.

f.) El Secretario Relator.

No. 370-08

Juicio colutorio No. 355-08 propuesto por José Gerardo Simbaña Coyago, representante legal de la Comuna Jurídica "Tola Chica" en contra de Antonio Guamán Simbaña, María Dolores Guamán Ortuño, Juana Guamán Ortuño y Segundo José Guamán Ortuño.

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

Quito, 26 de agosto del 2008; las 10h32.

VISTOS: Los accionados Antonio Guamán Simbaña, María Dolores Guamán Ortuño, Juana Guamán Ortuño, Segundo José Guamán Ortuño, interponen recurso de apelación de la sentencia condenatoria dictada por Primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Quito, en la que se los declara autores responsables del delito de colusión tipificado en el Art. 1 y reprimido en el Art. 7 de la Ley para el Juzgamiento de la colusión y se les impone la pena de un mes de prisión correccional y también se declara la nulidad de la escritura en que se contiene el acto colutorio y se los condena además al pago de costas y daños y perjuicios. También interpone recurso de apelación de esta sentencia José Gerardo Simbaña Coyago, en su calidad de representante legal de la Comuna Jurídica "Tola Chica".- Para resolver se considera: **PRIMERO:** Esta Sala Especializada de lo Penal es competente para conocer y resolver este recurso de casación, por el sorteo de ley realizado el 31 de julio del 2008 y por el Art. 1 de la Ley para el Juzgamiento de la Colusión. **SEGUNDO:** Examinado el expediente se establece que se han observado las garantías del debido proceso y por lo cual se declara su validez procesal. **TERCERO:** José Gerardo Simbaña Coyago, en calidad de representante legal de la Comuna Jurídica "Tola Chica", fundamenta su recurso expresando que, a través de sus socios activos, desde el mes de enero de 1960, ha mantenido la posesión pacífica, normal, ininterrumpida, regular, pública y como única y legítima señora y dueña sobre el bien inmueble ubicado en el barrio "Tola Chica. 3", perteneciente a la parroquia Tumbaco cantón Quito, provincia de Pichincha, de una superficie aproximada de 2217 metros cuadrados comprendidos dentro de los siguientes linderos y dimensiones. Norte: con propiedad de Margarita Simbaña en 28 metros; Sur: con calle pública Vía Universitaria" en 25,40 metros; Oriente: con camino público en 81 metros; y, Occidente: con predio de Dolores Guamán en 85 metros. Que sobre este predio el 20 de mayo de 1976, se ha realizado una escritura de compraventa en la Notaría Tercera del cantón Quito y por la cual los señores José Manuel Guamán Sumaguilla y María Jesús Sumaguilla vendieron el inmueble a favor de la Comuna San Francisco Tola Chica", la misma que no se la ha inscrito en el registro de la propiedad cantonal por descuido, a pesar de que su representada se encontraba en la posesión del predio, y de que ha realizado durante el lapso ininterrumpido de posesión a los cuales solamente da el derecho de dominio, como son la construcción de una iglesia, un taller comunitario, una guardería, baterías higiénicas, entre otras obras de carácter comunales, de tal modo que jamás se ha reconocido potenciales derechos a terceros. No obstante lo cual el día miércoles 3 de agosto del año 2003, su representada ha sido perjudicada porque el predio de su posesión material con ánimo de señor y dueño, así como las obras construidas por ésta, han sido ocupadas

violentemente, por personas que aducían tener supuestos derechos y que se negaron a salir del predio, causando graves perjuicios a su representada. Que los que ocuparon el predio desalojando a los socios de la comuna adujeron haber adquirido derechos con fecha 16 de septiembre del año 2003, mediante una escritura pública celebrada ante la Notaría Cuarta del cantón Quito, por la cual María Dolores, Juana y Segundo Manuel José Guamán Ortuño venden el 75% de derechos y acciones fincados en el referido predio que se encuentra en posesión material su representada, venta que la realiza a favor del Comité Pro Mejoras del de Barrio Tola Chica No. 3, representada por su presidente Antonio Guamán Simbaña y por su secretario José Julio Guamán Simbaña. Que en esta forma la Comuna Jurídica Tola Chica ha sido despojada de su posesión material sobre el predio y de las obras de infraestructura construidas por ella sobre éste, por lo que deduce acción colutoria contra María Dolores Guamán Ortuño, Juana Guamán Ortuño y Segundo José Guamán Ortuño así como también contra Antonio Guamán Simbaña y Julio Guamán Simbaña, Presidente y Secretario del comité pro mejoras del barrio Tola Chica No. 3 para que se deje sin efecto el procedimiento colutorio anulando el contrato de compraventa de derechos de acciones y derechos celebrado en Quito el 16 de septiembre del 2003, ante Notario Público Cuarto, Dr. Jaime Aillón Albán, e inscrita en el Registro de la Propiedad cantonal el 13 de octubre del mismo año, en la que consta como vendedores María Dolores Guamán Ortuño, Juana Guamán Ortuño y Segundo Guamán Ortuño y como compradores Antonio Guamán Simbaña y José Julio Guamán Simbaña, representando al Comité Pro Mejoras del Barrio Tola Chica No. 3; al pago de los daños y perjuicios que lo estiman en una suma no menor a los doscientos mil dólares americanos; al pago de las costas procesales. **CUARTO:** A fojas 39 de los autos comparecen los demandados María Dolores, Juana y Segundo José Guamán Ortuño y deducen las siguientes excepciones: a) Negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; b) Improcedencia de la acción; c) Falta de derecho del actor para deducir la demanda; d) Falta de derecho para proponer la acción colutoria porque el actor no es propietario ni posesionario del bien inmueble; e) Que existe causa ilícita porque la demanda es falsa y se la ha presentado para obtener réditos y beneficios personales. A fojas 50 de los autos comparecen Antonio Guamán Simbaña y José Julio Guamán Simbaña en sus calidades de Presidente y Secretario del Comité Pro Mejoras del Barrio Tola Chica No. 3 y deducen las siguientes excepciones: a) Negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; b) Falta de derecho del actor para proponer la demanda colutoria, c) Improcedencia de la acción; d) Falta de legítimo contradictor; que el actor no es propietario ni poseedor del inmueble; e) Que existe causa ilícita; que alegan la prescripción. **QUINTO:** El Dr. Alfredo Alvear Enríquez, Ministro Fiscal General del Estado, Subrogante, emite su dictamen en aplicación del Art. 8 de la Ley para el Juzgamiento de la Colusión, realizando un minucioso análisis de la demanda, de la contestación y de las pruebas practicadas en el curso del término probatorio, y expresa su criterio efectivamente existe pacto colutorio cometido por los demandados en perjuicio de la accionante Comuna Jurídica Tola Chica por lo que concluye manifestando que se confirme la sentencia dictada por la Primera Sala Especializada de lo Penal, Colutorio y de Tránsito de la Corte Superior de Justicia de Quito, por encontrarse conforme a derecho y a los méritos del proceso, debiendo declararse improcedente los recursos de apelación

deducidos tanto por los demandados como por la accionante. **SEXTO:** Dentro del término de prueba se han practicado los siguientes actos jurídicos probatorios se ha presentado: 1) Copia certificada de la escritura de compraventa en la que se dice contiene el acto colusorio, celebrada el 16 de septiembre del 2003 ante el Notario Cuarto del cantón Quito, Dr. Jaime Aillón Albán, e inscrita en el Registro de la Propiedad cantonal, el 13 de octubre del mismo año; 2) Copia certificada de la escritura de compraventa otorgada el 26 de noviembre de 1996 ante el Notario Décimo Sexto del cantón Quito e inscrito en el Registro de la Propiedad el 21 de abril de 1997, mediante la cual María Simbaña Gualichico e hijos venden a Antonio Guamán Simbaña el lote de terreno No. 3, con la superficie aproximada de 2591, 94 metros cuadrados, ubicado en el barrio Tola Chica perteneciente a la parroquia Tumbaco del cantón Quito, provincia de Pichincha; 3) Copia certificada de la escritura de compraventa otorgada el 26 de noviembre de 1996 ante el Notario Décimo Sexto del cantón Quito e inscrita en el Registro de la Propiedad el 21 de abril de 1997, por la cual María Simbaña Gualichico e hijos vende a favor de Marco Guamán Simbaña el lote de terreno No. 2 de 2591, 01 metros cuadrados, ubicado en el barrio Tola Chica, parroquia Tumbaco del cantón Quito, provincia de Pichincha; 4) Copia certificada de la protocolización de la adjudicación otorgada por el INDA, el 6 de octubre de 1999 a favor de la Comuna Tola Chica y que linda con el área comunal con 84,50 metros cuadrados; 5) Acuerdo celebrado el 2 de abril del 2001 entre la representante legal de la Fundación Omere Wiki y Juan Manuel Guamán como presidente de la Comuna Tola Chica, por medio del cual ésta apoya el proyecto de la Fundación con respecto a la regeneración del ecosistema del Italo; 6) Informe social de la Comuna Tola Chica, dispuesto por el Ministerio de Agricultura y Ganadería; 7) Copia certificada del acuerdo otorgado el 13 de marzo del 2002, entre la Comuna Tola Chica y el Comité Pro Mejoras del Barrio Tola Chica No. 3 respecto a la casa comunal y al espacio físico que le rodea y sobre el apoyo del Proyecto del PNUD-PPD, de las Naciones Unidas para el cuidado de los invernaderos instalados para la recuperación del medio ambiente y para el funcionamiento del centro médico y botiquín popular; 8) Informe del programa denominado SISE-PPD sobre experiencia locales de aprendizaje colectivo a cargo de los proyectos del PPD- Ecuador; 9) Fotocopia certificada del oficio No. 0000001464, del 3 de octubre del 2003, remitido por el Administrador Zonal del Valle de Tumbaco; señor Pablo Barriga Cordero a Manuel Guamán Fariango, Presidente de Comité Barrial Tola Chica No. 3; 10) El inventario realizado en el vivero de la Comuna Tola Chica sobre semillas, herramientas, materiales e insumos; 11) Informe sobre la destrucción del jardín botánico y estación de reforestación de la Comuna Tola Chica, de fecha 17 de noviembre del 2003, elaborado por la Fundación Omere Wiki; 12) Testimonios propios de Zoila Emperatriz Hidalgo Jibaja, José David Cumbal Peña, Juan José Burbano Tirira, Paulina Amparo Jácome Jácome, Juan Manuel Tisagi Cabascango, los que manifiestan sobre la posesión material con ánimo de señora y dueña mantenida por la Comuna Tola Chica en el predio materia de la escritura impugnada; 13) Certificación otorgada por la Lcda. Teresa Yega, en calidad de Presidenta del Gobierno Parroquial de Tumbaco, con fecha 23 de octubre del 2006, en la cual consta que la Comuna Tola Chica, se la considera para la participación activa en los eventos sociales, culturales y educativos que se desarrollan en la parroquia; 14) El libro de traspasos de la comuna Tola Chica en originales, que contiene registros

desde el año 1950 hasta el 15 de junio de 1988, en la que en la página 120, consta registrada que las demandadas María Dolores y Juana Guamán, ponen en conocimiento de la Asamblea que han vendido un lote de terreno para la casa comunal junto a la capilla, acta de fecha del 26 de agosto de 1978; 15) Oficio del 24 de agosto del 2007, remitido por el Secretario ad-hoc de la Intendencia de Policía de Pichincha, en la que consta copias certificadas de las denuncias presentadas en el año 2003 por el señor Hernán Coyago sobre los hechos acaecidos el 13 de agosto del 2003 y como resultado de los cuales, la Comuna Jurídica Tola Chica perdió la posesión de la casa comunal, se destruyeron los invernaderos y se produjo el despojo del inmueble, hechos que fueron protagonizados por Antonio Guamán Simbaña, Julio Guamán Simbaña, Jorge Guaguilla, José Columba, Giovanna Chalparizán y el Dr. Wilfredo Padilla utilizando la violencia; 16) Copia certificada de la resolución en que se otorga el amparo posesorio administrativo a favor de la Comuna Tola Chica, dictada por el Ing. Pablo Rizzo Pástor, en calidad de Ministro de Agricultura y Ganadería y dispone que se devuelva a dicha comuna el predio; 17) El acta de la inspección judicial practicada el 10 de octubre del 2007; a las 10h09, por el Presidente de la Primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Quito en la que se detalla en forma pormenorizada las observaciones referentes a las condiciones en que se encuentra el predio materia de la escritura en que se contiene la presunta colusión; 18) Informe pericial y su ampliación de la inspección judicial practicada dentro de esta causa, en la que se describen el predio con las construcciones existentes, determinándose que la casa comunal data de hace treinta años y que constan algunas mejoras; 19) Copias certificadas de la sentencia dictada por el Juez Octavo de lo Penal de Pichincha, dictada el 22 de junio del 2005; a las 08h33, en la que se declara autores responsables del delito de usurpación a Antonio Guamán Simbaña, Julio Guamán Simbaña, Jorge Guaguilla, José Columba y Giovanna Chaiparizán, por haber ocupado el predio de posesión material de la Comuna Tola Chica. Estas pruebas han sido practicadas conforme lo exige el Art. 83 del Código de Procedimiento Penal, por lo que producen efectos jurídicos procesales, por haberse observado las garantías del debido proceso en su práctica y valoradas en su conjunto conducen a la certeza sobre la existencia del delito colusorio objeto de la sentencia y sobre la responsabilidad penal de los acusados como autores del mismo. **SEPTIMO:** La accionante Comuna Jurídica Tola Chica a través de su representante legal dentro del término probatorio ha justificado tener la posesión material desde hace muchos años sobre el predio referido en la escritura pública otorgada el 16 de septiembre del 2003 ante el Notario Cuarto del Cantón Quito, Dr. Jaime Aillón Albán e inscrita en el Registro de la Propiedad de este cantón el 13 de octubre del 2003, la que contiene el contrato de compraventa otorgado por María Dolores Guamán Ortuño, Juana Guamán Ortuño y Segundo José Guamán Ortuño como vendedores a favor de Antonio Guamán Simbaña y Julio Guamán Simbaña, como representantes del Comité Pro Mejoras del Barrio Tola Chica No. 3; que esta escritura pública de enajenación del predio fue otorgada a sabiendas de que el predio lo tenía en posesión material de la Comuna Jurídica Tola Chica desde hace mucho tiempo, por lo que existe el acuerdo fraudulento con el propósito de perjudicar a ésta y que antes de la celebración de la referida escritura, la Comuna Tola Chica fue conculcada en la posesión del predio, por lo que la escritura pública contiene un pacto fraudulento para justificar el despojo del predio. Que estos

hechos evidentemente configuran el acto fraudulento tipificado como delito colusorio en el Art. 1 de la Ley para el Juzgamiento de la Colusión, porque existe tácticamente todos los elementos objetivos contemplados en este artículo, como es la posesión del accionante y el perjuicio ocasionado; y además el ánimo de despojar del predio a sabiendas de que la Comuna Jurídica Tola Chica era posesionaria legítima del predio. Por estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se desecha los recursos de apelación interpuestos tanto por los accionados como por la accionante, y consecuentemente, se confirma en todas sus partes la sentencia condenatoria dictada por la Primera Sala Especializada de lo Penal, Colusorio y de Tránsito de la Corte Superior de Justicia de Quito.- Notifíquese y devuélvase.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado.

f.) Dr. Rodrigo Serrano Valarezo, Conjuez Permanente.

Certifico.

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO PENAL

Quito, 9 de septiembre del 2008; las 10h00.

VISTOS: Atendiendo la petición de Segundo Guamán Ortuño, en calidad de procurador común de los demandados en el sentido de que se declare la nulidad por no haberseles concedido la audiencia de estrados, la Sala deniega esta petición por impertinente en aplicación del Art. 8 de la Ley para el Juzgamiento de la Colusión, que establece la obligación de fallar previo informe del Ministro Fiscal General de la Nación, lo cual se ha dado estricto cumplimiento, ya que el informe del Ministro Fiscal llegó a la Sala con fecha 22 de agosto del 2008 y la sentencia se pronunció con fecha 26 de agosto de los corrientes, a las 10h32, dentro de los quince días establecidos por la citada disposición legal; en tanto que, la petición de audiencia de estrados se ha presentado con fecha 26 de agosto del 2008; a las 11h30, es decir, después de que la sentencia se había dictado, por lo que no podía ser atendido este escrito por extemporáneo, además, la ley para el juzgamiento para la colusión determina un trámite específico para el recurso de apelación en la disposición legal antes citada, el mismo que se ha observado estrictamente. Respecto a la petición de Segundo Guamán Ortuño de que en aplicación del Art. 282 del Código de Procedimiento Civil, se aclare y amplíe la sentencia en algunos aspectos, que según afirma son parte de la litis. Al respecto la Sala, valorando la prueba actuada constitucionalmente en el proceso, mediante la aplicación de las reglas de la sana crítica, en el considerando Séptimo de la sentencia arriba a la conclusión sobre la existencia material del delito de colusión y sobre la autoría y responsabilidad de los demandados y resuelve todos los puntos a que se refiere la litis y que consiste en la existencia del pacto colusorio para perjudicar a los accionantes, contenido en la escritura pública que se menciona en este considerando y que fue otorgada por los demandados, así como también se describe la forma en que fueron

perjudicados los accionantes; hechos que configuran el delito de colusión tipificado en el Art. 1 de la Ley para el Juzgamiento de la colusión. Por lo que se deniega la aclaración y ampliación solicitada.- La petición de Antonio Guamán Simbaña en el sentido de que se aclare y amplíe algunos aspectos que textualmente indica, la Sala deniega esta petición por cuanto el asunto principal del juicio ha sido resuelto con toda claridad y la amplitud necesaria para su completo entendimiento y que consiste en la existencia material del delito de colusión y la responsabilidad de los demandados en su cometimiento.- Notifíquese y devuélvase.

f.) Dr. Luis Abarca Gales, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado.

f.) Dr. Rodrigo Serrano Valarezo, Conjuez Permanente.

Certifico.

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO PENAL.- Es fiel copia de su original.- Quito, octubre 30 del 2008.- Certifico.- f.) El Secretario Relator.

No. 371-08

Juicio penal No. 324-06 contra Jaime Eduardo Moya Quinaloa y Washington Bolívar Moya Arellano por el delito de asesinato tipificado en el Art. 450 del Código Penal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO PENAL

Quito, 27 de agosto del 2008; las 10h00.

VISTOS: Del fallo dictado por el Tribunal Penal Cuarto de Pichincha, en el que a los procesados Jaime Eduardo Moya Quinaloa y Washington Bolívar Moya Arellano, al considerárseles coautores, por la muerte de Julio Miguel Pavón Ipiales, delito tipificado en el Art. 450, No. 1, del Código Penal, sin considerar atenuantes por la agravante de No. 4 del Art. 30 ibídem, se les impone la pena de dieciséis años de reclusión mayor especial; interponen recursos de casación los sentenciados, y concedido el mismo, ha correspondido por el sorteo de ley su conocimiento a la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, la que para resolver considera. **PRIMERO:** Que al fundamentar el recurso los procesados, en lo esencial, manifiestan. Que lo hacen fundamentados en los Arts. 349 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con lo dispuesto en la Constitución Política del Estado, en el Art. 24, numerales: 2- en caso de conflicto de leyes se aplicará la menos rigurosa-, 6 -nadie puede ser privado de su libertad sin orden del Juez competente-, 7 -de la presunción de inocencia-, 13 - que las resoluciones deben ser motivadas-, 14 -que no tendrán valor las pruebas obtenidas o actuadas con violación a la constitución o la ley- y 17 -del acceso a los órganos judiciales-; y, en el Código Adjetivo Penal los

Arts. 4 -de la presunción de inocencia- 65, último inciso -de la obligación del fiscal a actuar con objetividad-, y 80 -de la ineficiencia probatoria-, en concordancia en el Código de Procedimiento Civil con el Art. 213, numeral séptimo -no existente-, del Código Adjetivo Civil; y, también en el mentado Código de Procedimiento Penal con los Arts. 84 -del objeto de la prueba-, 85 -la prueba debe establecer la existencia de la infracción y la responsabilidad del imputado-, 87 -de las presunciones-, 88 -de la presunción del nexo causal-, 90 -de la observación de las disposiciones relacionadas con las pruebas en el juicio-, 91 -de la prueba material-, 92 -del reconocimiento del lugar-, 95 -de la designación de peritos-, 119 último inciso de las versiones ante el fiscal, 143 del valor del testimonio del acusado, 147 -de no obligarse al imputado ni acusado a que reconozca documentos ni la firma, 222 -de la intervención del imputado-, 232, numerales 1, 2, 3 y 5 -de lo que el auto de llamamiento a juicio debe tener-, en conformidad con los Arts. 241 -del sobreseimiento provisional-, 242 -del sobreseimiento definitivo- y 252 -de la certeza del delito y de la culpabilidad del acusado. -Hace también un análisis de los antecedentes de la investigación de esta infracción para luego indicar que fueron llamados a juicio por el Juez de lo Penal como cómplices, la que ha sido cambiado por el Tribunal Cuarto de lo Penal como autores, que la sentencia dictada por un grado de responsabilidad diferente contrarían los Arts. 315 -de que el Tribunal no puede pronunciarse sobre hechos que no tengan relación- y 312 -de la comprobación conforme a derecho de la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado- del Código de Procedimiento Penal, violándose el debido proceso consagrado en el Art. 24 de la Constitución Política; también en el Código Adjetivo Penal el Art. 320 -que el Juez no puede hacer calificaciones ofensivas- en concordancia con el Art. 328 -de que no se puede empeorar la situación jurídica del acusado, que al acoger en parte el dictamen fiscal en el Código Adjetivo Penal se violó el Art. 66 -del dictamen fiscal-, 15 -de la interpretación restrictiva; que no se actuó en virtud de la sana crítica; que no se ha tomado en cuenta las pruebas de descargo de su inocencia que cita, lo que ha hecho que se viole el Art. 119 -que la prueba testimonial se debe recibir en el Tribunal Penal, 252 de la certeza de la existencia del delito y la culpabilidad-, 216 numeral séptimo -de la identidad del sospechoso- y 214 -del valor de la investigación- del Código de Procedimiento Penal, que el parte de aprehensión en donde se dice que salieron corriendo de la escena del delito dos individuos, erróneamente se califica conforme al Art. 601 del Código Penal; que nunca tuvieron que ver con el hecho de sangre por lo que se ha violado los Arts. 87 y 88 -de las presunciones y del nexo causal- del Código Adjetivo Penal; que los indicios que impulsaron la investigación son la declaración de las trabajadoras sexuales que eran amigas de la víctima, no tienen valor de acuerdo al Art. 216, numeral séptimo -de la falta de idoneidad cuando son amigos-, del Código Adjetivo Penal; que al no tomar en cuenta las declaraciones de los imputados se ha violado el Art. 114 -de la validez de los actos procesales- del Código de Procedimiento Penal; que no se ha tomado en cuenta la declaración del perito constante en el Art. "5.10 de la sentencia"; que pese a existir atenuantes se los ha aplicado de conformidad con el Art. 29, numerales, 5, 6, 7 y 10 en concordancia con el Art. 72 del Código Penal.- Que de todo ello ha existido total violación de sus derechos constitucionales y de procedimiento violándose la ley contraviniendo expresamente su texto, haciendo

una falsa aplicación de ella interpretándola erróneamente. **SEGUNDO:** La señora Ministra Fiscal General de Estado Subrogante, al contestar la fundamentación del recurso, en lo esencial manifiesta: Que examinada la sentencia cuya casación se reclama, para determinar si en esta se ha violado la ley por cualquiera de las formas determinadas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, el Tribunal hace un resumen de las pruebas presentadas por los sujetos procesales, precisando en el considerando Quinto, que son: a) La testimonial de la perito médico legista Dra. Sandra Andrade Granja, que practicó la autopsia del cadáver de Julio Miguel Pavón Ipiates, la que manifiesta que éste presentó en el tórax una herida profunda, que ha causado hemorragia aguda interna, laceración del pulmón izquierdo y corazón, siendo causa de la muerte violenta; además en la región frontal una excoriación lineal de un centímetro, labio superior edematoso y equimótica con una herida contusa de un centímetro de extensión y otra de medio centímetro, con pérdida del incisivo superior izquierdo y muslo derecho con herida de arma corto punzante de un centímetro de extensión; b) Las declaraciones testimoniales del policía Manuel Frank Delgado Chugá, del sargento Nelson Santiago Egas y del policía Oscar Marcelo Vaca Terán, quienes practicaron el levantamiento del cadáver, indicando el primero que Celia María Cortéz le relató que cuando la víctima se bajó del auto cuatro individuos lo agredieron; el segundo que identificó a Miguel Walter Rueda como el autor de la muerte, quien dijo que estuvo con dos individuos de apellido Moya en un vehículo marca Cóndor con vidrios polarizados; y, el tercero que recibió las versiones de María Cortéz, Lorena Nazareno y Elisa Caicedo, que presenciaron los hechos, y, de Walter Rueda Portocarrero, quien indicó que dos o más habían participado en los hechos y que utilizaron el vehículo Cóndor; c) La declaración del perito Dr. Fabián Fernando Salgado Robayo, que practicó el reconocimiento del vehículo Ford Explored, quien informa que en el interior del vehículo en su parte lateral izquierdo, se observa una mancha que podría ser de sangre; d) La declaración testimonial del policía Juan Carlos Vinuesa Alvarez, que elaborará el informe de inspección ocular, quien indicara que en el asiento del conductor del vehículo encontrado en la escena del crimen, existía una mancha roja por escurrimiento; e) La declaración testimonial del Cabo de policía Nicolás Ortega Villacis, quien expresa que a la Policía Judicial se acercaron Cintya Caicedo, Lorena Nazareno y Diana García y le dijeron que seis sujetos procedieron a robar a un funcionario de gobierno, por lo que fueron al lugar encontrando a dos personas que salían a precipitada carrera, a los cuales persiguieron y dispararon al aire para que se detuvieron, haciéndolo Rueda Portocarrero y siendo detenido, mientras el otro fugó; que en el sitio del robo encontraron un auto Ford en media calle y a cinco metros un señor acostado en el piso que manaba sangre; f) El testimonio del Ing. Gonzalo Escobar Arcos, perito balístico que con Leslie López elaboraron el informe de las armas de fuego, cuchillo y balas, quienes afirman que las dos armas de fuego han sido disparadas; que en él un cuchillo no se presenta adherencias de sustancias orgánicas y en el otro sí; g) La declaración testimonial de Graciela de las Mercedes Maldonado, que en la Av. 6 de Diciembre y Roca, el viernes a eso de las tres de la mañana vio a tres morenas que pedían auxilio, por cuanto los tres acusados, a quienes identificó en la audiencia, le pagaban a un señor, le sacaron del vehículo, le pegaron en la boca por lo cual fue desesperada a la Policía Judicial a pedir ayuda y cuando regresaron vieron al señor sangrando por la pierna y el pecho.- Que -prosigue la

señora Ministra Fiscal General Subrogante- el Tribunal al analizar las pruebas a través de la sana crítica llegó a la conclusión de que se ha comprobado tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad de los acusados Miguel Walter Rueda Portocarrero, Jaime Eduardo Moya Quinaloa y Washington Bolívar Moya Arellano, quienes cometieron el delito de asesinato previsto y reprimido en el Art. 450 del Código Penal, el que fue realizado con alevosía, entendida como la acción preordenada de matar sin peligro para los que lo cometieron, consumando el hecho a traición, impactando varios golpes con arma blanca y objetos contundentes.- Que en el Código de Procedimiento Penal: el Art. 238 establece que el auto de llamamiento a juicio no surte efectos irrevocables; el Art. 129 de la obligación que tienen los que conozcan de la comisión de una infracción de concurrir a declarar exceptuando a los puntualizados en el Art. 126 ibídem; que el Código Penal en el Art. 72 manda que como requisitos para modificar la pena haya dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante no constitutiva o modificatoria de la infracción, no tomándose en cuenta éste para modificar la pena por la presencia de la agravante prevista en el numeral 4 del Art. 30 del referido Código Penal.- Por lo expuesto -concluye el Ministerio Público, es de su criterio que se rechace por improcedente el recurso.

TERCERO: En la casación penal hay que tener en cuenta que lo que procede es el examen de la sentencia recurrida, para determinar posibles violaciones en ella a la ley, ya por haberse contravenido expresamente a su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de la misma, ya, en fin, por haberla interpretado erróneamente.- Es por tanto ajeno a la casación penal, pretender que la Sala vuelva a considerar la carga probatoria, que fue motivo de análisis del Tribunal Penal Cuarto de Pichincha. **CUARTO:** Del estudio de la sentencia impugnada en relación con el recurso interpuesto, la Sala encuentra que en ésta, en el considerando quinto, se determina que la existencia material de la infracción y la culpabilidad de los acusados están comprobados, con: a) La testimonial de la perito médico-legista de la Policía Judicial Dra. Sandra Andrade Granja, quien practicara la autopsia del cadáver de Julio Miguel Pavón Ipiates, la que expresa que éste presentó en el tórax una herida profunda, que ha causado hemorragia aguda interna, laceración del pulmón izquierdo y corazón, siendo causa de la muerte violenta; además en la región frontal una excoriación lineal de un centímetro, labio superior edematoso y equimótica, con una herida contusa de un centímetro de extensión y otra de medio centímetro, con pérdida del incisivo superior izquierdo y muslo derecho con herida de arma corto punzante de un centímetro de extensión; b) Las declaraciones testimoniales del policía Manuel Frank Delgado Chugá, del sargento Santiago Egas y del policía Oscar Marcelo Vaca Terán, quienes practicaron el levantamiento del cadáver, indicando el primero que Celia María Cortéz le relató que cuando la víctima se bajó del auto cuatro individuos lo agredieron; el segundo que identificó a Miguel Walter Rueda como el autor de la muerte, quien dijo que estuvo con dos individuos de apellido Moya en un vehículo marca Cóndor con vidrios polarizados; y, el tercero que recibió las versiones de María Cortéz, Lorena Nazareno y Elisa Caicedo -que presenciaron los hechos-, y de Walter Rueda Portocarrero, quien dijera que dos más habían participado en los hechos y que utilizaron el vehículo Cóndor; c) La declaración testimonial del perito Jaime Gutiérrez Granja, quien realizó el reconocimiento del lugar de los hechos, esto es en la Av. 6 de Diciembre y Roca; d) La declaración testimonial del

perito Dr. Fabián Fernando Salgado Robayo, que practicó el reconocimiento del vehículo Ford Explored, quien informa que en el interior del vehículo en su parte lateral izquierdo, se observa una mancha que podría ser de sangre; e) El testimonio del Ing. Gonzalo Escobar Arcos, perito balístico que con Leslie López elaboraron el informe de las armas de fuego, cuchillo y balas, quienes afirman que las dos armas de fuego han sido disparadas; que en él un cuchillo no presenta adherencias de sustancias orgánicas y en el otro sí; f) La declaración del policía Juan Carlos Vinueza Alvarez, que elaborara el informe de inspección ocular, quien indicara que en el asiento del conductor del vehículo encontrado en la escena del crimen, existía una mancha roja por escurrimiento; g) La declaración del Cabo de policía Nicolás Ortega Villacís, quien dice que a la Policía Judicial se acercaron Cintya Caicedo, Lorena Nazareno y Diana García y le dijeron que seis sujetos procedieron a robar a un funcionario de gobierno por lo que fueron al lugar encontrando a dos personas que salían a precipitada carrera, a los cuales persiguieron y dispararon al aire para que se detuvieron, haciéndolo Rueda Portocarrero y siendo detenido, mientras el otro fugó; que en el sitio del robo encontraron un auto Ford en media calle y a cinco metros un señor acostado en el piso que manaba sangre; h) La declaración de Graciela de las Mercedes Maldonado, que en la Av. 6 de Diciembre y Roca, el viernes a eso de las tres de la mañana vio a tres morenas que pedían auxilio, por cuanto los tres acusados, a quienes identificó en la audiencia, le pegaban a un señor, le sacaron del vehículo, le pegaron en la boca por lo cual fue desesperada a la Policía Judicial a pedir ayuda y cuando regresaron vieron al señor sangrando por la pierna y el pecho. **QUINTO:** De las observaciones anotadas, se establece que el Tribunal Penal Cuarto de Pichincha, en el fallo realizó una pormenorizada descripción de las pruebas aportadas en la audiencia de juzgamiento analizándolas a través de la sana crítica y llegando a la convicción y certeza de que está probado la existencia material de las infracciones, así como la responsabilidad de los procesados como autores del delito de asesinato tipificado en el Art. 450, No. 1, de Código Penal, en relación con el No. 4 del Art. 30 ibídem, por la agravante de la pandilla; sentencia que guarda perfecta armonía entre la parte expositiva de los hechos descritos y valorados y la tipificación; sin que por lo tanto proceda los argumentos de la casacionista: de que en la sentencia no se haya establecido la existencia de la infracción ni la responsabilidad de los acusados, ni de que el fallo no sea motivado, referentes estos a los Arts. 85 del Código de Procedimiento Penal; y, Art. 24, No. 3, de la Constitución Política.- Argumento éste de los casacionistas, de que no se encuentra probada la existencia de la infracción y su responsabilidad, que determina precisamente que no procede el recurso interpuesto, pues sustentan una tesis inadmisibles en la doctrina, por cuanto todo cuestionamiento probatorio -como hacen los casacionistas de que no tienen nada que ver con el hecho de sangre - se halla fuera de lugar cuando se afirma violación de la ley, falta de aplicación, falsa aplicación e interpretación errónea, pues indefectiblemente para ello debe ser aceptada la realidad probatoria acogida en el fallo y sus deducciones fácticas, ya que este planteamiento, como ha sido efectuado crea duda acerca de su verdadera existencia, pues la proposición del primer término descarta la de segundo término, y a la vez ésta descarta aquella.- A esto debe añadirse que el recurso de casación tampoco procede, pues al sostener de una manera general como lo han hecho los recurrentes de que en la sentencia se ha violado la ley; ya por contravenir

expresamente a su texto; ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella; ya, en fin, por haberla interpretado erróneamente, mantiene una tesis incompatible pues no pueden los Arts. que especificara cada uno de ellos, al mismo tiempo no haberse aplicado mal e interpretado mal.- Empero cabe anotar que la tesis fundamental de los recurrentes de que el Tribunal Penal al sentenciarlos como autores cambiando el auto de llamamiento a juicio por cómplices realizado por el Juez de lo Penal, ha empeorado su situación jurídica lo que está prohibido por la ley, carece de fundamento pues el Art. 238 del Código Adjetivo Penal, establece que el auto de llamamiento a juicio no surte efectos irrevocables; además la existencia de agravantes hace que no se pueda aplicar las atenuantes para modificar su pena.- Por o antes analizado esta Sala de lo Penal estima que en el fallo, del caso que nos ocupa, el Tribunal Penal Cuarto de Pichincha de ninguna manera ha violado la ley ni ha quebrantado la Constitución Política de la República, existiendo mejor una correcta aplicación de ellas.- Por estas consideraciones esta Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, de conformidad con la disposición del Art. 358, parte pertinente, del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por los procesados Jaime Eduardo Moya Quinaloa y Washington Bolívar Moya Arellano.- Se dispone se devuelva el proceso al Tribunal Penal de origen, para que se ejecute la sentencia.- Notifíquese.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado.

f.) Dr. Rodrigo Serrano Valarezo, Conjuez Permanente.

Certifico.

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO PENAL.- Es fiel copia de su original.- Quito, octubre 30 del 2008.- Certifico.- El Secretario Relator.

No. 376-08

Juicio penal No. 591-06 contra Marcelo Daquilema Lasso por el delito de parricidio tipificado y sancionado por el Art. 452 del Código Penal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO PENAL

Quito, 1 de septiembre del 2008; las 10h00.

VISTOS: Del fallo dictado por el Tercer Tribunal Penal de Pichincha, en el que al procesado Marcelo Daquilema Lasso, al considerarle autor del delito de parricidio, tipificado y sancionado en el Art. 452 del Código Penal, se le impone la pena de dieciséis años de reclusión mayor especial; interpone recursos de casación el sentenciado, y concedido

el mismo, ha correspondido por el sorteo de ley su conocimiento a la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, la que para resolver considera.- **PRIMERO:** Que al fundamentar el recurso el casacionista Marcelo Daquilema Lasso, en lo esencial, manifiesta. Que a su esposa le encontró acostada en su cama con una piola azul en la mano por lo que supuso que se había ahorcado; que impugna la sentencia por ilegal y tendenciosa por basarse en supuestos alejados de la ley y la verdad; que en el considerando tercero del fallo se indica que la existencia de la infracción se ha comprobado con los testimonios propios de los policías Henry Eduardo Santacruz Montenegro y Byron Abel Pazmiño Borja, que no determinan su responsabilidad; que las siguientes son las observaciones en qué consiste la violación de la ley en la sentencia: a) En el Código Penal el Art. 450 tipifica la infracción investigada mas en el fallo en ninguna parte se afirma que haya sido el autor material o intelectual; violándose esta disposición en concordancia con el Art. 2 ibídem; que el testimonio de los dos policías no tienen valor al no estar demostrada la existencia de la infracción según el Art. 124 y 252 del Código de Procedimiento Penal; que al encontrarse los testimonios de éstos policías en contradicción con su testimonio, éste último tiene valor probatorio de acuerdo al Art. 143 del Código de Procedimiento Penal; que en el Considerando Cuarto de la sentencia se manifiesta que la responsabilidad del acusado se encuentra probado con el testimonio del policía Henry Eduardo Santacruz Montenegro y del Dr. Guillermo Castillo, empero no dicen nada sobre la participación delictual del compareciente, violándose en el Código de Procedimiento Penal los Arts. 85 de la finalidad de la prueba- y 312 - de que en la sentencia debe mencionarse como se ha comprobado conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado-, debiendo estarse a lo más favorable al reo; que existiendo duda razonable tiene a su favor la presunción de inocencia determinado en el numeral 7 del Art. 24 de la Constitución Política, empero se ha violado el numeral segundo, en su parte pertinente, de la disposición citada; que en el considerando quinto se toma parcial y selectivamente su declaración, violándose el Art. 124 -del testimonio propio- del Código Adjetivo Penal; que debió aplicarse el Art. 88 del Código de Procedimiento Penal, mas en el fallo se hace conjeturas de otras conjeturas; que no se han tomado en cuenta las atenuantes de los numerales 6 y 7 del Art. 29 en relación con el Art. 72, todos, del Código Penal; que al sentenciar a un inocente basándose en la sana crítica, es realizar una interpretación extensiva de la Ley Penal, lo que está expresamente prohibido por el Art. 4 del Código Penal.- Que en consecuencia existe flagrante violación: en el Código de Procedimiento Penal de los Arts. 124, 312, 298, 85 y 88; en el Código Penal de los Arts. 2, 4 y 452; y, en la Constitución Política de la República, de los numerales 2 y 7 del Art. 24. El señor Ministro Fiscal General del Estado, por su parte al contestar la fundamentación del recurso, en lo esencial, manifiesta: Que examinada la sentencia cuya casación se reclama, para determinar si en ella se ha violado la ley por cualquiera de las formas determinadas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, se observa que el Tribunal, luego de hacer un resumen y análisis de las pruebas presentadas por los sujetos procesales declara probada: La existencia de la infracción con los testimonios: a) Del perito médico legista, de la Policía Judicial de Pichincha, Dr. Enrique Eduardo Santillán Calle, quien practicó el reconocimiento y autopsia del cadáver de Marcela Sisema Guaraca, el que concluye

que por las características post mortem, ésta falleció como consecuencia de asfixia por estrangulación (muerte violenta); que estas lesiones deben haberse producido por otra persona; que es imposible que la víctima en un suicidio tenga huellas de defensa y que después se quede con la cuerda cogida en su mano; que al apretar la piola se produce una falta de irrigación sanguínea al cerebro y la persona como consecuencia de ello pierde el conocimiento y se desvanece, relajándose completamente; además no es posible que se estrangule con sus manos; b) De los policías Sgts. Henry Eduardo Santacruz Montenegro y Byron Abel Pazmiño Borja, quienes indican que se han trasladado hasta el sector de San Francisco de Bellavista para el levantamiento del cadáver de Marcela Sislema Guaraca, verificando que el sector es despoblado; que la casa era tipo hacienda y alrededor no había casas cercanas solo sembríos; que el cadáver estuvo en la cama tapado con una cobija verde, en posición decúbito ventral, con los miembros superiores semi flexionados. Asimismo el Tribunal juzgador declara que la responsabilidad del procesado está demostrada con los testimonios de: a) El Sgto. Henry Eduardo Santacruz Montenegro, quien expresa haber realizado el levantamiento del cadáver de Marcela Sislema Guaraca; también que el acusado indicó que él encontró sin vida a su mujer, vestida y cubierta con unas cobijas hasta la cabeza; que la puerta principal estaba cerrada por dentro por lo que tuvo que usar la fuerza; que en el cuello encontró colocado una cuerda con un nudo simple; que al revisar el cuello encontró señales inequívocas de defensa por las excoriaciones adyacentes al surco denotando un signo incuestionable de homicidio.- Que- continúa el señor Ministro Fiscal- el Tribunal Penal analizó detalladamente las pruebas actuadas en juicio -respetándose los principios de inmediación, oralidad y contradicción- y aplicando las reglas de la sana crítica y a la lógica jurídica, llegó a la conclusión de que se ha comprobado tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado, estableciéndose claramente que éste cometió el delito de parricidio, esto es la muerte de su cónyuge; por lo cual concluye el Ministerio Público es su criterio que se rechace por improcedente el recurso de casación interpuesto. **TERCERO:** En la casación penal hay que tener en cuenta que lo que procede es el examen de la sentencia recurrida, para determinar posibles violaciones en ella a la ley, ya por haberse contravenido expresamente a su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de la misma; ya, en fin, por haberla interpretado erróneamente.- Es por tanto ajeno a la casación penal, pretender que la Sala vuelva a considerar la carga probatoria, que fue motivo de análisis del Tercer Tribunal Penal de Pichincha. **CUARTO:** Del estudio de la sentencia impugnada en relación con el recurso interpuesto, la Sala encuentra que en esta, en el considerando Tercero se determina, que la existencia material de la infracción se encuentra comprobado conforme a derecho con la prueba, actuadas en el desarrollo de la audiencia, de los testimonios: a) Del perito médico legista de la Policía Judicial de Pichincha Dr. Enrique Eduardo Santillán Calle, quien practicó el reconocimiento y autopsia del cadáver de Marcela Sislema Guaraca, e indicó haber encontrado en la víctima -una mujer de 35 años de edad aproximadamente-, a la altura del cuello un surco con presencia de equimosis y excoriaciones adyacentes, lesiones que son el resultado de un acto de defensa de la víctima; que la muerte es por estrangulamiento, que en la región submaxilar media derecha hay cuatro escoriaciones: que, concluye, por las características post mortem, ésta falleció como consecuencia de asfixia por estrangulación (muerte violenta); que estas

lesiones deben haberse producido por otra persona; que es imposible que la víctima en un suicidio tenga huellas de defensa, que es imposible que la víctima después de fallecer se quede con la cuerda cogida en su mano, pues al apretar la piola se produce una falta de irrigación sanguínea al cerebro y la persona como consecuencia de ello pierde el conocimiento y se desvanece, relajándose completamente, además no es posible que se estrangule con sus manos; b) De los policías Sgts. Henry Eduardo Santacruz Montenegro y Byron Abel Pazmiño Borja, quienes indican que se han trasladado hasta el sector de San Francisco de Bellavista para el levantamiento del cadáver de Marcela Sislema Guaraca, verificando que el sector es despoblado, que la casa era tipo hacienda y a su alrededor no había casas cercanas sino únicamente sembríos; que el cadáver estuvo en la cama tapado con una cobija verde, en posición decúbito ventral, con los miembros superiores semi flexionados.- En el considerando Cuarto que la responsabilidad del acusado se ha demostrado conforme a derecho con las siguientes pruebas evacuadas en la audiencia: Los testimonios de: a) El Sgto. Henry Eduardo Santacruz Montenegro, quien manifiesta que con su compañero Policía Byron Abel Pazmiño, se trasladaron a efectuar el levantamiento del cadáver de Marcela Sislema Guaraca, habiendo en ese sitio el acusado Marcelo Daquilema Lasso, indicado que él encontró sin vida a su mujer, vestida y cubierta con unas cobijas hasta la cabeza, que ha encontrado la puerta principal cerrada por dentro; que personalmente comprobó que la puerta de la casa estaba con seguridades por lo que para abrirla tuvo que usar la fuerza; que al examinar el cuerpo de la mujer se ha dado cuenta que no tenía vida; que en el cuello encontró colocado una cuerda con un nudo simple; que al revisar el cuello encontró señales inequívocas de defensa por las excoriaciones adyacentes al surco denotando un signo incuestionable de homicidio ya que éste ha sido completo; que el acusado ha indicado como ha destapado el cuello de su mujer, mirando que en él había una sogá; que las manos del acusado no solo topaban el cadáver sino que perfectamente encajaban con los extremos de la sogá que produjo la muerte de su esposa. Y en el considerando Quinto, que estas pruebas analizadas en su conjunto y a la luz de la sana crítica dan al juzgador la convicción y certeza de que el acusado es responsable del delito de parricidio, quedando así desvirtuada la presunción de inocencia garantizada por la Constitución Política de la República, pues aunque el acusado ha negado su participación y responsabilidad, su testimonio no se lo considera como medio de defensa a su favor en vista de que existen otras pruebas contundentes que lo contradicen, si partimos del hecho de que en el lugar solamente habitaba el acusado y su familia, que no existe más personas a su alrededor, ni siquiera trabajadores; y, al haberse desvirtuado el suicidio. **QUINTO:** De las observaciones anotadas, se establece que el Tercer Tribunal Penal de Pichincha, en el fallo realizó una pormenorizada descripción de las pruebas aportadas en la audiencia de juzgamiento, analizándolas a través de la sana crítica y llegando a la convicción y certeza de que está probada la existencia material de las infracciones; y, así como la responsabilidad del procesado como autor del delito de parricidio tipificado y sancionado en el Art. 452 del Código Penal, sin que se haya modificado la pena en vista de que el acusado actuó con alevosía, a traición y sobreseguro; sentencia que guarda perfecta armonía entre la parte expositiva de los hechos descritos y valorados y la tipificación; y, sin que por lo tanto proceda los argumentos del casacionista de que se haya violado: en el Código de

Procedimiento Penal los Arts. 124, 143, 252, 312, 298, 85, y 88; en el Código Penal los Arts. 2, 4, 29, numerales 6 y 7; 72 y 452; y, en la Constitución Política de la República de los numerales 2 y 7 del Art. 24.- A todo esto debemos agregar que cuanto más no procede este recurso, puesto que al haber afirmado que no se encuentra probada la existencia de la infracción ni su responsabilidad, sustenta una tesis inadmisibles en la doctrina, por cuanto todo cuestionamiento probatorio se halla fuera de lugar cuando se argumenta violación de la ley, pues indefectiblemente para ello debe ser aceptada la realidad probatoria acogida en el fallo y sus deducciones fácticas, ya que este planteamiento, como ha sido efectuado crea duda acerca de su verdadera existencia, pues la proposición de primer término descarta la de segundo término, y a la vez ésta descarta aquella.- Por lo antes analizado esta Sala de lo Penal estima que en el fallo del caso que nos ocupa el Tercer Tribunal Penal de Pichincha de ninguna manera ha violado la ley ni la Constitución Política; existiendo mejor una correcta aplicación de ellas.- Por estas consideraciones esta Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, de conformidad con la disposición del Art. 358, parte pertinente, del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el señor Marcelo Daquilema Lasso.- Disponiéndose se devuelva el proceso al Tribunal Penal de origen, para que se ejecute la sentencia.- Notifíquese.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado.

f.) Dr. Rodrigo Serrano Valarezo, Conjuez Permanente.

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO PENAL.- Es fiel copia de su original.- Quito, octubre 30 del 2008.- Certifico.- f.) El Secretario Relator.

No. 381-08

Juicio penal No. 658-06 contra Luis Alberto Arias por el delito de violación tipificado en el Art. 512 y sancionado en el Art. 513 del Código Penal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO PENAL

Quito, 3 de septiembre del 2008; las 09h00.

VISTOS: Del fallo dictado por el Tribunal Penal de Imbabura, en el que al procesado Luis Alberto Arias, se le impone la pena de doce años de reclusión mayor extraordinaria, por ser autor del delito de violación tipificado en el Art. 512, numeral 2, y sancionado por el Art. 513, en concordancia con los numerales 1, 6 y 9 del Art. 30.1, todos, del Código Penal; interpone recurso de casación el sentenciado. Concedido el mismo, ha correspondido su conocimiento, por el sorteo de ley, a la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia; Sala que para resolver considera: **PRIMERO:** Que al

fundamentar el recurso, el procesado Luis Alberto Arias, luego de hacer un relato de los hechos en lo esencial manifiesta: que en la sentencia se han quebrantado preceptos legales de carácter sustantivo al considerar violación un hecho que no lo es, infringiéndose por indebida aplicación los Arts. 512, No. 2 y 513 del Código Penal; y en el Código de Procedimiento Penal los Arts. 85, que la prueba debe establecer la existencia de la infracción como la responsabilidad del imputado y en su caso no existe certeza de lo último, 140, de que la declaración del ofendido por sí sola, no constituye prueba; 143, del valor del testimonio del acusado; 144 de la indivisibilidad del testimonio del acusado, no obstante su declaración se interpreta como aceptación; 145, de la prueba documental, pues no se ha tomado en cuenta ello respecto de su conducta; 304 A, de la motivación de la sentencia; y, 312, de la absolución, pues existiendo duda se lo debía absolver; en armonía con el Art. 4, de la presunción de inocencia, del Código Penal. **SEGUNDO:** El señor Ministro Fiscal General, en lo esencial, al contestar la fundamentación del recurso y luego de hacer referencia al mismo, señala: Que examinada la sentencia cuya casación se reclama para determinar si en ella se ha infringido las normas adjetivas y sustantivas puntualizadas, por cualquiera de las formas determinadas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, se observa que el juzgador en el considerando Tercero declara probada la existencia de la infracción con el testimonio anticipado del Dr. Diego Fernando Endara Flores, quien ratifica lo expuesto en su informe médico legal realizado a la víctima, resaltando que existe en región genital a nivel del himen desgarros recientes a las 3, 6 y 9 horas, sin que se haya detectado semen, que a nivel de periné existen excoriaciones en cara interna del muslo derecho tipo rasguño de 4 centímetros aproximadamente. Y en cuanto a la responsabilidad del acusado con los testimonios: a) Del Cabo Héctor Aníbal Antamba, quien realizó la investigación, el que indica que por información de la madre de la ofendida se conoce que Luis Alberto Arias es el responsable del hecho por haberla encontrado en delito flagrante, b) De Silvia Cumandá Antamba, quien por referencia de su madre conoce que el sujeto activo de la infracción a concurrido a la casa de ésta a pedirle que no hagan nada; y c) El testimonio de la madre de la ofendida, la que afirma que encontró al acusado teniendo relaciones sexuales con su hija y que al ser sorprendido ha salido en precipitada carrera.- Que- concluye el Ministerio Público- el juzgador aplicando las reglas de la sana crítica llegó a la convicción de que el recurrente es el responsable de esta violación, por lo cual es su criterio que se rechace por improcedente el recurso de casación interpuesto. **TERCERO:** Que en la casación penal hay que tener en cuenta que lo que procede es el examen de la sentencia recurrida, para determinar posibles violaciones en ella a la ley, ya por haberse contravenido expresamente a su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de la misma; ya, en fin, por haberla interpretado erróneamente.- Es por tanto, ajeno a la casación penal, que la Sala vuelva a valorar la carga probatoria, que fue motivo de análisis por el Tribunal juzgador. **CUARTO:** Al examinar la sentencia impugnada, del Tribunal Penal de Imbabura, en relación con el recurso interpuesto, la Sala encuentra en ella. En el considerando Tercero que la existencia de la infracción se encuentra probada con: el testimonio anticipado del Dr. Diego Fernando Endara Flores, quien ratifica lo expuesto en su informe médico legal realizado a la víctima -quien sufre de retardo mental severo-, resaltando que existe en región genital a nivel del himen desgarros recientes a las 3, 6 y 9

horas, sin que se haya detectado semen; que a nivel de periné existen excoriaciones en cara interna del muslo derecho tipo rasguño de 4 centímetros aproximadamente. Y la responsabilidad del acusado con los testimonios. a) Del Cabo Héctor Aníbal Antamba; quien realizó la investigación, el que expresa que por información de la madre de la ofendida se conoce que Luis Alberto Arias es el responsable del hecho por haberla encontrado en delito flagrante, b) De Silvia Cumandá Antamba, quien por referencia de su madre conoce que el acusado le habían encontrado violando a su hermana, por lo que han denunciado el hecho; que posteriormente este sujeto a concurrido a la casa de su madre a pedirle que no hagan nada; y c) El testimonio de la madre de la ofendida quien afirma que encontró el acusado teniendo relaciones sexuales con su hija y que al ser sorprendido ha salido en precipitada carrera. **QUINTO:** De las observaciones anotadas, se establece que el Tribunal Penal de Imbabura, realizó una pormenorizada descripción de las pruebas aportadas en la audiencia, las que fueron valoradas en su conjunto de acuerdo a las reglas de la sana crítica, llegando a la convicción y certeza de haberse comprobado conforme a derecho la existencia de la infracción y la autoría y responsabilidad del procesado en la violación; adecuando correctamente ese actuar al delito tipificado en el Art. 512, numeral 2, y sancionado por el Art. 513, en concordancia con los numerales 1, 6 y 9 del Art. 30.1. todos del Código Penal, sentencia que guarda perfecta armonía entre la parte expositiva de los hechos descritos y valorados y la tipificación; y, sin que por lo tanto proceda los argumentos del casacionista de que el Tribunal Penal al dictar sentencia haya violado: En el Código Penal los Arts. 4, 512, No. 2 y 513, en el Código de Procedimiento Penal los Arts. 85, 140, 143, 144, 145, 304 A y 312.- A todo esto debemos agregar que no procede este recurso, puesto que al haber afirmado que no está probado su responsabilidad, sustenta una tesis inadmisibles en la doctrina por cuanto todo cuestionamiento probatorio se halla fuera de lugar cuando se argumenta violación de la ley, falta de aplicación o interpretación errada por el Juez, pues indefectiblemente para ello debe ser aceptada la realidad probatoria acogida en el fallo y sus deducciones fácticas, ya que este planteamiento, como ha sido efectuado crea duda acerca de su verdadera existencia, pues la proposición de primer término descarta la de segundo término, y a la vez ésta descarta aquella- De lo expuesto tenemos que el Tribunal Penal de Imbabura al dictar sentencia, ha analizado todas las pruebas actuadas en la audiencia de juzgamiento con estricto apego a la ley, sin que puedan observarse violación de ella.- Por las consideraciones que anteceden y en armonía con el criterio del Ministerio Público, la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, de conformidad con la disposición del Art. 358, parte pertinente, del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por Luis Alberto Arias.- Devuélvase los autos al Tribunal Penal de origen, para que se ejecute la sentencia.- Notifíquese.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado.

f.) Dr. Rodrigo Serrano Valarezo, Conjuez Permanente.

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO PENAL.- Es fiel copia de su original.- Quito octubre 30 del 2008.- Certifico.- f.) El Secretario Relator.

No. 382-08

Juicio penal No. 284-06 contra Jorge Huayamabe Beltrán por el delito de hurto tipificado en el Art. 547 y sancionado por el Art. 548 del Código Penal.

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

Quito, 3 de septiembre del 2008; las 15h00.

VISTOS: El sentenciado Jorge Huayamabe Beltrán, interpone recurso de casación de la sentencia dictada por el Segundo Tribunal Penal del Guayas, en la que se lo declara autor responsable del delito de robo agravado tipificado en el Art. 552 numeral tercero del Código Penal, en relación con el Art. 550 del mismo cuerpo legal, y se le impone la pena de seis años de reclusión menor ordinaria. Para resolver se considera: **PRIMERO:** En esta Sala Especializada de lo Penal se ha radicado la competencia para conocer este recurso de casación por el sorteo de ley realizado el 24 de abril del 2006, y por lo dispuesto en los Arts. 200 de la Constitución Política y 349 del Código de Procedimiento Penal. **SEGUNDO:** El recurrente fundamenta el recurso de casación manifestando en lo esencial que: Que el Tribunal juzgador viola la ley en la sentencia porque no existe prueba de la existencia del delito objeto del juicio, conforme lo exige el Art. 106 del Código de Procedimiento Penal. Que no existe prueba documental ni tampoco prueba, supletoria sobre la existencia de la infracción. Que en la valoración de las pruebas, el Tribunal viola las reglas de la sana crítica, por lo que se aplica falsamente el Art. 552 numeral 3 del Código Penal y consecuentemente la sentencia no reúne los requisitos que exige el Art. 312 del Código de Procedimiento Penal. **TERCERO:** La Dra. Cecilia Armas Erazo de Tobar, Ministra Fiscal General del Estado subrogante, contestando al traslado de la fundamentación del recurso presentado por el recurrente, luego de analizar las pruebas practicadas en la audiencia de juzgamiento, manifiesta en lo principal que en la sentencia se viola el Art. 106 del Código de Procedimiento Penal, porque no existe la justificación de ninguna de las circunstancias que se exige en esta disposición procesal para probar la preexistencia de la cosa sustraída, y el hecho de que se encontraba en el lugar donde se dice que se la sustrajo, por lo cual concluye la representante del Ministerio Público expresando su criterio, de que se han aplicado erróneamente los Arts. 550, 552 numeral 3 del Código Penal por lo que solicita al Tribunal que case la sentencia impugnada. **CUARTO:** Sala después de realizar el estudio del contenido de la sentencia en relación con la fundamentación del recurso de casación presentado por el recurrente, y con la contestación al traslado con la fundamentación, establece que el Tribunal juzgador luego de analizar y valorar mediante las reglas de la sana crítica la prueba constitucionalmente actuada en la audiencia de juzgamiento, arriba a la certeza de la existencia del delito objeto del juicio, no obstante lo cual comete error de derecho en la tipificación penal de los hechos, porque al

no haberse presentado prueba oral practicada por el Fiscal ante el Tribunal, sobre la existencia de la circunstancia constitutiva contemplada en el numeral 3 del Art. 552 del Código Penal, no se configura el delito de robo agravado, sino el delito de hurto tipificado en el Art. 547 y sancionado en el Art. 548 del Código Penal. **QUINTO:** El Tribunal juzgador soberano en la apreciación y valoración de la prueba llegó a la conclusión de que el acusado ahora recurrente era autor responsable del acto ilícito objeto del juzgamiento contrario al orden penal y si bien es verdad que se equivocó en su tipificación jurídica penal, esto no significa que tal acto debe quedar impune, en consideración a que la prueba oral practicada conduce de manera inequívoca a establecer que la sustracción de las cosas efectivamente se produjo y así lo consideró el Tribunal juzgador, lo cual no puede ser revisado por el Tribunal de Casación, porque no se encuentra dentro de sus atribuciones realizar una nueva valoración de la prueba sino solamente verificar que no se haya violado la Constitución o la ley en la obtención de las fuentes de prueba, en su práctica y en su valoración. En el presente caso la prueba practicada es legal y se la ha producido ante el Tribunal Penal Juzgador con observancia de los principios que regulan la práctica de la prueba oral contemplados en el Art. 194 de la Constitución Política, razón por la cual el juzgador arriba a la certeza de la existencia de la infracción. El Art. 106 del Código de Procedimiento Penal se refiere a que debe existir prueba sobre la existencia de los delitos contra la propiedad, pero esta prueba no se encuentra legalmente tazada, ni ha sido previsto algún modo de establecer la existencia de estos delitos, por lo cual, el juzgador valorando la prueba en su conjunto mediante la aplicación de las reglas de la sana crítica contempladas en el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal y el principio de concentración de la prueba contemplada en el Art. 194 de la Constitución Política, puede declarar probada la existencia de la infracción, siempre que no requiera de la práctica de alguna experticia para establecer la existencia de alguna circunstancia constitutiva, razón por la cual, en la sentencia impugnada no cabía que se declare la existencia del delito de robo agravado, sino solamente el de hurto. Por estas consideraciones, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,** se acepta parcialmente el recurso de casación, y se reforma la sentencia condenatoria expedida por el Tribunal Segundo de lo Penal del Guayas, en el sentido de que el ahora recurrente Jorge Huayamabe Beltrán es autor responsable del delito de hurto tipificado en el Art. 547 y sancionado por el Art. 548 del Código Penal, por lo que se le impone la pena de tres años de prisión correccional. Notifíquese y devuélvase.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado.

f.) Dr. Rodrigo Serrano Valarezo, Conjuez Permanente.

Certifico.

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO PENAL.- Es fiel copia de su original.- Quito, octubre 30 del 2008.- Certifico.- f.) El Secretario Relator.

No. 385-08

Juicio penal No. 656-06 contra Aníbal Renán Borbúa Espinel por el delito de injurias proferidas a Miguel Antonio Orellana Arenas.

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

Quito, 3 de septiembre del 2008; las 17h30.

VISTOS: El Mayor del Ejército en Servicio Pasivo Aníbal Renán Borbúa Espinel, interpone recurso de revisión del fallo condenatorio expedido en su contra por el Dr. Gustavo Von Bucheald B., Presidente de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil de ese entonces, confirmada por los señores Ministros Conjueces de la Tercera Sala de lo Penal de la Honorable Corte Superior de Justicia de Guayaquil, en el que declarando con lugar la acusación particular presentada por Miguel Antonio Orellana Arenas, declara que el acusado Aníbal Renán Borbúa Espinel es autor del delito de injuria calumniosa tipificado y sancionado, en su orden, en los Arts. 489 y 491 del Código Penal imponiéndole la pena de veinte meses de prisión correccional y multa de veinticinco dólares de los Estados Unidos de Norte América; regulando en doscientos dólares los honorarios del Abogado patrocinador del querellante.- Concedido el mencionado recurso, ha correspondido por el sorteo de ley su reconocimiento a la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia; la que para resolver considera. **PRIMERO:** Que el Mayor del Ejército en Servicio Pasivo Aníbal Renán Borbúa Espinel, interpone recurso de revisión basándose en las causales: 3, si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados; y, 6 cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho la existencia del delito a que se refiere la sentencia, del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal.- Y lo fundamenta en: a.- La certificación conferida por el Tribunal Provincial Electoral del Guayas en la que, refiere se establece que fue aceptado como candidato a la Prefectura Provincial del Guayas y que uno de los requisitos es el de presentar su renuncia a la Dignidad de diputado que ostentaba, renuncia aceptada por el Pleno del Congreso Nacional el 7 de septiembre del 2004 de conformidad con lo que establece la Constitución, Ley Orgánica de la Función Legislativa y Reglamento: es decir que hasta esta fecha gozaba de inmunidad parlamentaria de conformidad con el Art. 137 de la Constitución Política de la República, por lo que del supuesto delito de injurias realizadas el 25 de agosto del 2004, no ameritaba ni era admisible su inicio procesal sin la autorización del Congreso Nacional y ante su Juez competente en razón de su fuero de Corte Suprema de Justicia; y, b.- Que los testigos en base de los cuales erradamente se dicta en su contra una sentencia condenatoria, no fueron presentados ante el Juez de la causa sino ante el señor Notario Público, siendo prefabricados y forjados, de acuerdo a los intereses del falso acusador, impidiendo el derecho a las repreguntas; y, vulnerando, de este modo, el debido proceso consagrado en los Arts. 136 y 142 del Código de Procedimiento Penal y el Art. 24 numerales 14 y 15 de la Constitución Política de la República. **SEGUNDO:** Es necesario señalar: a) Que el recurso de revisión es un medio de impugnación extraordinaria que afecta a la institución de -cosa juzgada y persigue rescindir la sentencia pronunciada con error de hecho (no por posibles vicios de trámite, toda vez que esta

etapa procesal feneció), pudiendo interponerse en cualquier tiempo, luego de haberse ejecutoriado el fallo, y por motivos definidos, en nuestro caso ecuatoriano y en el asunto que nos ocupa, taxativamente en el Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, de: si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados; o cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho, la existencia del delito a que se refiere la sentencia; debiendo tenerse presente que excepto en este último caso, la revisión sólo podrá declararse: en virtud de nuevas pruebas que demuestren el error de hecho de la sentencia impugnada; y, que ha de entenderse por prueba nueva –como nos enseña el Profesor Alfonso Reyes Echandi en “Autos y Sentencias” publicado el Primer Semestre de 1993- tan sólo lo que reviste novedad, que contenga aspectos ciertos e ignorados, y que por lo tanto, no haya sido debatida en la instancia; pues la eliminación del error judicial –como enseña también Giovanni Leone en su “Tratado de Derecho Procesal Penal” - no se hace por efecto de una nueva valoración de la prueba (en tal caso, la cosa juzgada quedaría totalmente desterrada) sino por efecto de la sobreveniencia (integral o integrante) de nuevas pruebas; y, b) Mientras que en el recurso de casación penal hay que tener en cuenta que lo que procede es el examen de la sentencia recurrida, para determinar posibles violaciones en ella a la ley, ya por haberse contravenido expresamente a su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de la misma; ya, en fin, por haberla interpretado erróneamente. **TERCERO:** Que, en el caso que nos ocupa, dentro del término de prueba, ante esta Sala el recurrente: 1.- Expresa que en autos de todo el proceso consta que el Presidente de la Honorable Corte Superior de Justicia de Guayaquil emitió una irrita sentencia condenatoria en su contra, sin motivo, razón ni fundamento, es decir vulnerando el debido proceso consagrado en el Art. 24 numeral 13 de la Constitución Política del Estado; que al momento de la querrela mantenía su calidad de Diputado de la República electo por la provincia del Guayas; asimismo que consta la antijurídica resolución emitida sin competencia por la Tercera Sala de la Honorable Corte Superior de Justicia de Guayaquil, vulnerando los preceptos constitucionales y universales señalados anteriormente; en igual forma que consta el recurso de casación planteado y la antijurídica decisión de los Conjuces de la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, pues el Juez competente que debía conocer del caso era el señor Presidente de la Excma. Corte Suprema de Justicia previa autorización del Congreso Nacional, que conforme consta del acta 24-278, debidamente certificada y que adjunta perdió su calidad de legislador el 7 de septiembre del 2004, que los jueces que han intervenido carecen de competencia conforme a los Arts. 19 y 20 del Código de Procedimiento Penal; que de conformidad al Art. 330, numerales 1, 2 y 3 y del Art. 331, inciso primero y segundo, del Código Adjetivo Penal y en la Constitución Política del Art. 24 numerales 1, 11, 13, 15, 17, solicita se declare la nulidad de todo lo actuado. 2.- También, dentro del término de prueba, solicita: que el señor Presidente del Honorable Congreso Nacional por intermedio de la Secretaría General, remita: a) Acta No. 24-278 de 7 de septiembre del 2004; b) Documento de la fecha de posesión del recurrente como Diputado de la República; y, de la fecha en la cual el Pleno del Congreso Nacional de la República aceptó su renuncia; c) Documento en el cual anuncie que los legisladores gozan de inmunidad parlamentaria, así como de fuero de Corte Suprema de Justicia y hasta cuando les ampara esa prerrogativa; d) Certificación acerca de la fecha exacta en

que perdió su calidad de Diputado de la República, electo por la provincia del Guayas; e) Certificación de la Resolución R-28-034 firmada por el Arq. Jorge Cevallos Macías, Presidente del Honorable Congreso Nacional de la República; f) Certificación de la Resolución No. R-26-157, suscrita por el Ing. Alfredo Serrano Valladares, Vicepresidente Encargado de la Presidencia del Honorable Congreso Nacional, expedida el 30 de noviembre del 2006. 2.- Pide que el Presidente de la Honorable Corte Superior de Justicia de Quito, por secretaría confiera copia certificada de la sentencia dictada el 29 de diciembre del 2004, en el juicio No. 21-2004 presentada por el doctor Guillermo Quintillano Peralta Rodríguez en contra del señor Juez Duodécimo de lo Penal de Quito. 3.- Que se tome en cuenta y se reproduzca todo lo que de autos le favorezca; así los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en su recurso de revisión; la copia debidamente certificada en el oficio No. 311 SGCN del 6 de marzo del 2007, suscrita por el Secretario General del Honorable Congreso Nacional en sus numerales 1, 2, 3, 4 y 5; el acta No. 24-278 de 7 de septiembre del 2004, que demuestra que su renuncia fue aceptada por el Pleno del Congreso Nacional el 7 de septiembre del 2004, es decir que su Juez natural era el Excelentísimo Presidente de la Honorable Corte Suprema de Justicia, la Resolución R-26-157 del 30 de noviembre del 2006 del Ing. Alfredo Serrano Valladares, Primer Vicepresidente encargado de la Presidencia del Honorable Congreso Nacional en que se instruye a los magistrados y otros juzgadores de que no se inicie ni se continúe tramitando procesos judiciales contra diputados y ex diputados por sus votos u opiniones emitidos dentro o fuera del recinto parlamentario; la resolución No. R-28-034 del 23 de enero del 2007, suscrita por el Presidente del Honorable Congreso Nacional; que se reproduzca como prueba: el escrito del señor periodista Galo Paguay / El Comercio también en “El Comercio” de viernes 1 de diciembre del 2006, hoja 6, cuaderno 1, la opinión **POLITICA**, contenido en el lado superior derecho; lo escrito por Carlos Xavier Gutiérrez en “**VISTAZO**” del 14 de septiembre del 2006, en la parte que señala; y, por último, que se tenga como prueba a su favor, la declaración de varios testigos que consta en autos que demuestran que no existió el supuesto delito. **CUARTO:** Que el sentenciado recurrente al fundamentar el recurso de revisión: En el numeral 3 del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, adquirió la obligación jurídica procesal de probar los hechos a que se refiere esa causal, con nuevas evidencias planteadas ante el Tribunal de revisión, de conformidad con lo establecido en el inciso final de esa misma disposición procesal; es decir debía demostrar, -reiteramos con nuevas pruebas- de que la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados referentes al ilícito; al respecto, esta Sala observa que el recurrente, durante la estación probatoria de este trámite de revisión, se ha concretado a reproducir pruebas aportadas en la instancia inferior y que fueron motivo de análisis; asimismo opiniones vertidas en la revista “Vistazo” y en otros diarios del país; y también documentos en cuanto se hace referencia a la fecha de aceptación de su renuncia de diputado, a resoluciones dadas por el Congreso Nacional referentes a que los legisladores no serán penal ni civilmente responsables por las opiniones y votos emitidos en desempeño de sus funciones; pero contrariamente a lo que expresa el recurrente, ninguna otra prueba nueva ha sido presentada, atinente a que la sentencia se haya dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes

periciales maliciosos o errados cuanto más que la referencia a la fecha de su renuncia y a su fuero son situaciones de procedimiento ajenas al recurso de revisión, las que incluso fueron objeto del recurso de casación y desechado por improcedente por los conjuces permanentes de la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, que de la misma manera la alegación de violaciones de normas y su pedido de que se declare la nulidad del proceso, es ajeno a la revisión pues este recurso está limitado a las causas preestablecidas en el Art. 360 del Código de Procedimiento Penal y que obliga a decidir dentro del círculo trazado; siendo por lo tanto de la misma forma ajeno a la casación penal: los asuntos in procedendo, objeto del mecanismo de nulidad de otro momento procesal penal.- 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, procede analizar a su respecto el fallo aludido y las pruebas obradas en la querrela; y, tenemos en él: 1.- Que Miguel Antonio Orellana Arenas presenta acusaciones particular contra Aníbal Renán Borbúa Espinel por los delitos de injurias calumniosas y no calumniosas graves, manifestando en lo principal, que en la publicación del Diario el Universo del 26 de agosto del 2002, primera sección, pág. 4, apareció la noticia de que el acusado Aníbal Renán Borbúa Espinel, cuando era candidato a la Prefectura Provincial del Guayas, “en la Sala VIP del restaurante Cantonés, situado frente a la Sede SP, ratificó su acusación con el yerno de Febres Cordero, Miguel Orellana, por tener conexiones eléctricas supuestamente ilegales en las vallas de su empresa Publivia y calificó a él y a Xavier Neira como “perros ladrones”, afirmación que fue proferida en el Restaurante Cantones, lugar en donde se cometió la infracción; y 2.- Que el Presidente de la Honorable Corte Superior de Justicia de Guayaquil en el considerando Tercero de su sentencia manifiesta. Que el juzgador considera, que es preciso dejar constancia que el querellante no ha expresado en su querrela, que el delito se ha cometido a través de un medio de comunicación, sino que hace referencia a que el delito de injurias tuvo lugar en la Sala VIP del restaurante Cantonés de esta ciudad de Guayaquil, lo cual está referido en la publicación del Diario El Universo del 26 de agosto del 2004; y, por consiguiente no era preciso cumplir con lo previsto en el procedimiento para los delitos cometidos mediante los medios de comunicación social, como lo manda el Art. 338 y siguientes del Código de Procedimiento Penal; que cabe manifestar que el delito de injuria lesiona uno de los bienes más importantes de una persona, como lo es la honra y su honor, las que no pueden ser afectadas de manera alguna, ya que el honor y la honra que llega a adquirir esa persona se debe a la suma de valores morales que lo han hecho merecedor de respecto, consideración y aprecio de el conglomerado social en el que se desenvuelve. Para el efecto el querellante, acompaña ocho certificados de honorabilidad otorgados por ciudadanos de esta ciudad, que dan fe de su trayectoria profesional y personal, entre ellos constan los de Carlos Julio Moreno C., Dr. Francisco Nevárez Ycaza, Dr. Jacinto Velásquez Herrera -entre otros-, documentos que corren de fs. 32 a 39; que en la especie aparece claramente evidenciada la injuria calumniosa y no calumniosa grave tipificadas en los Arts. 489 y 490 del Código Penal en los numerales 1, 2 y 3, que son sancionadas en los Arts. 491 y 495 ibídem, lo que no ha podido ser desvirtuado por el querrellado en la sustanciación de este proceso.- De todo esto la Sala de lo Penal establece que el Juzgador realizó una pormenorizada descripción de la prueba aportada, la

que fuera valorada de acuerdo a las reglas de la sana crítica, por lo que con convicción y certeza declara haberse comprobado conforme a derecho la existencia de la infracción que motivó la acusación particular como la responsabilidad del acusado, adecuando correctamente ese actuar en la mencionada tipificación.- En consecuencia no habiendo presentado el recurrente prueba alguna que permita establecer la causal del numeral 3 invocado, ni que en autos no exista demostrada la existencia de la infracción, de numeral 6 del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, su recurso de revisión resulta inadmisibile.- Por las consideraciones que anteceden, esta Segunda Sala de lo Penal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, declara improcedente el recurso de revisión interpuesto por el recurrente Mayor del Ejército en Servicio Pasivo Aníbal Renán Borbúa Espinel.- Devuélvase el proceso a la Corte Superior de origen para los fines de Ley.- Notifíquese y cúmplase.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado Presidente, Voto Salvado.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado.

f.) Dr. Rodrigo Serrano Valarezo, Conjuez Permanente.

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

VOTO SALVADO DEL DR. LUIS ABARCA GALEAS

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

Quito, septiembre 3 del 2008; las 17h30.

VISTOS: El sentenciado Aníbal Renán Borbúa Espinel interpone recurso de revisión de la sentencia condenatoria ejecutoriada dictada en su contra por el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, la misma que fue confirmada por la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil y además, el recurso de casación interpuesto fue rechazado por la Tercera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia; sentencia ejecutoriada en la que se le impone la pena de veinte meses de prisión correccional y el pago de una multa de veinte y cinco dólares de los Estados Unidos de Norteamérica. Para resolver se considera: **PRIMERO:** En esta Sala Especializada de lo Penal se ha radicado la competencia para resolver este recurso de revisión por el sorteo de ley realizado con fecha 4 de diciembre del 2006. **SEGUNDO:** El recurrente Aníbal Renán Borbúa Espinel fundamenta el recurso de revisión en las causales establecidas en el numeral 3 y 6 del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal. La tercera causal textualmente expresa: “3. Si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados;”, y la otra causal invocada expresa: “6. Cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho, la existencia de delito a que se refiere la sentencia.”. Y a continuación fundamenta el recurso de revisión en los siguientes términos: “a.- La Certificación conferida por el Tribunal Provincial Electoral del Guayas mediante el cual se establece que el compareciente **ANIBAL RENAN BORBUA ESPINEL** fue aceptado como candidato a la Prefectura Provincial del Guayas, indicándose que uno de los requisitos es la de presentar su renuncia a la dignidad de

elección popular que ostentaba en ese momento que era la de Diputado, renuncia que fue aceptada por el Pleno del Congreso Nacional el día 7 de septiembre del 2004 de conformidad con lo que establece la Constitución, Ley Orgánica de la Función Legislativa y Reglamento, es decir que hasta esa fecha gozaba de Inmunidad Parlamentaria de conformidad con el artículo 137 de la Constitución de la República, por lo que el supuesto delito de injurias realizadas el 25 de agosto del 2004 no ameritaba, ni era admisible el inicio del correspondiente Juicio Penal sin que exista la autorización del Congreso Nacional y además sin que se tramite ante el Juez competente en razón del Fuero de Corte Suprema de Justicia al que tenía derecho, de conformidad con lo establecido en la Constitución, Ley Orgánica de la Función Judicial y Código de Procedimiento Penal. b.- En cuanto a los testigos en base de los cuales erradamente se dicta una sentencia condenatoria en mi contra, es necesario clarificar el hecho de que estos fueron presentados, no ante el Juez de la causa sino que su testimonio fue prefabricado, forjado a los intereses del falso acusador ser rendidos ante una autoridad incompetente como lo es el señor Notario Público que admite declaraciones que luego fueron indebidamente incorporadas al Proceso Penal sustanciado contra mi persona, impidiéndome de esta manera la identificación plena de los testigos, el Derecho a las Repreguntas, vulnerándole de este modo el debido proceso y la facultad y el derecho consagrado a mi favor en los artículos 136 y 142 del Código de Procedimiento Penal, y el Art. 24 numerales 14 y 15 de la Constitución Política del Ecuador. Se dignará abrir la causa a prueba y para mayor fundamentación acompañó una parte de la prueba y para mayor fundamentación acompañó una parte de la prueba, ya que dentro del término de la misma, demostraré hasta la saciedad los fundamentos de hecho y de derecho de todos y cada uno de mis asertos".

TERCERO: Como el recurso de revisión tiene por objeto dejar sin efecto una sentencia penal ejecutoriada, el recurrente no goza de la presunción de inocencia y asume la carga de la prueba para desvirtuar con nuevas pruebas a las que sirvieron de fundamento para dictar la sentencia impugnada, por lo que, para cumplir esta carga, en el trámite del recurso de revisión se contempla el respectivo término probatorio, por lo que el objeto del recurso de revisión en observancia del principio dispositivo, contemplado en el Art. 194 de la Constitución Política, se circunscribe al nuevo juzgamiento en base a las pruebas presentadas por el recurrente para justificar la existencia de las causales deducidas, razón por la cual, en caso de que le fuere rechazado este recurso, puede interponer un nuevo recurso de revisión aduciendo otras circunstancias y con otras pruebas, de conformidad con el Art. 368 del Código de Procedimiento Penal, circunstancias que pueden adecuarse a las mismas causales deducidas en el recurso de revisión anterior que no ha sido aceptado, en consideración a que en la citada disposición procesal se reconoce este derecho a toda persona que ha sido condenada.

CUARTO: El recurso de revisión constituye un nuevo juicio dentro del mismo proceso en que se dictó la sentencia condenatoria impugnada, por lo que constituye un recurso extraordinario, que debe resolverse manteniendo la unidad procesal, lo cual no significa que, el Tribunal de Casación debe realizar una nueva valoración de las pruebas que utilizó el juzgador para motivar la sentencia condenatoria, sino que el recurrente debe presentar nuevas pruebas, cuyo significado probatorio desvirtúe las que utilizó el juzgador para dictar la sentencia condenatoria, por lo que en el trámite del recurso de revisión la carga de la prueba le corresponde a éste, y

además, el recurso solamente lo puede interponer al sentenciado y consecuentemente, constituye un derecho que se lo reconoce para impugnar la sentencia condenatoria ejecutoriada y por consiguiente forma parte del juzgamiento mediante la aplicación de la ley preexistente al momento de cometimiento del delito, que se contempla como garantía del debido proceso en el numeral 1 del Art. 24 de la Constitución Política; derecho que por encontrarse reconocido en la Constitución Política debe ser aplicado en forma incondicional y además, se estará a la interpretación que más favorezca su activa vigencia y ninguna autoridad puede exigir requisitos o condiciones no establecidas en la Constitución para su ejercicio libre y eficaz, de conformidad con lo dispuesto en los Arts. 17 y 18 de la Constitución Política, consistente en la presentación del recurso de revisión ante el Juez de origen, cualesquiera que haya sido el tiempo transcurrido desde que la sentencia se hubiere ejecutoriado y aquel necesariamente debe concederlo para ante la Corte Suprema de Justicia para que lo tramite y en el término de prueba establecido el recurrente presente las nuevas pruebas, por lo que las pruebas que sirvieron de base para que el juzgador motive la sentencia, no pueden ser nuevamente valoradas por el Tribunal de revisión y que se encuentra prevista en el Art. 360 del Código de Procedimiento Penal. En esta virtud, el Tribunal de revisión debe limitarse a juzgar considerando exclusivamente las nuevas pruebas y en ningún caso, las que valoró el juzgador para motivar la sentencia. En el caso de la causal prevista en el numeral 6 del citado artículo que se refiere a no haberse comprobado conforme a derecho la existencia del delito objeto del juicio, a que se refiere la sentencia y que no se requiere de prueba alguna, esta norma no autoriza al Tribunal de revisión a que realice una nueva valoración de la prueba, sino que debe limitarse a verificar si las fuentes de prueba, la práctica de la prueba y su valoración se realizó con observancia de las garantías del debido proceso y cuando estableciere que se violó alguna de estas garantías, debe dejarla sin efecto, porque carecen de valor por lo dispuesto en el numeral 14 del Art. 24 de la Constitución Política y el Art. 80 del Código de Procedimiento Penal.

QUINTO: En lo que se refiere a la causal establecida en el numeral 6 del Código de Procedimiento Penal, por lo dispuesto en el inciso final de este mismo artículo no se requiere de nueva prueba, lo cual no implica que el Tribunal de Casación deba realizar una nueva valoración de la prueba que consta en la sentencia condenatoria, sino que debe concretarse en observancia al principio dispositivo contemplado en el Art. 194 de la Constitución Política del Estado, a verificar si en la fundamentación del recurso de revisión con respecto a esta causal, se demuestra jurídicamente que no se ha comprobado la existencia del delito a que se refiere la sentencia. El recurrente con respecto a esta causal ha presentado las siguientes pruebas: "1.- Sírvase oficiar, al señor Presidente del Honorable Congreso Nacional, para que por intermedio de Secretaria General de dicha Institución, remita copia debidamente certificada de los siguientes documentos, mismos que deberán ser agregados como pruebas a mi favor en el señalado proceso. 1.- Acta número 24-278, del 7 de septiembre del 2004. 2.- Documento mediante el cual, se señale en qué fecha se posesionó Aníbal Renán Borbúa Espinel, como Diputado de la República, electo por la provincia del Guayas, así como también la fecha en la cual el Pleno del Honorable Congreso Nacional de la República del Ecuador, procedió a aceptar su renuncia. 3.- Documento mediante el cual anuncie que los señores legisladores del Honorable Congreso Nacional de la República del Ecuador,

gozan de inmunidad parlamentaria, así como de fuero Corte Suprema de Justicia y hasta cuando les ampara esa prerrogativa. 4.- De la Ley Orgánica de la Función Legislativa y la Constitución Política del Ecuador así como los artículos específicos, mediante los cuales se prueba que los Honorables Legisladores de la República del Ecuador de la República del Ecuador, tienen inmunidad parlamentaria y fuero de Corte Suprema de Justicia. 5.- Certificación de la instancia dentro del Honorable Congreso Nacional del Ecuador, la cual debe conocer, resolver y aceptar la renuncia de un Legislador y si la presentación de la renuncia es suficiente causal para perder la calidad de Diputado de la República. 6.- Documento que informe y certifique, sobre la fecha exacta en la que el señor ANIBAL RENAN BORBUA ESPINEL, perdió la calidad de Diputado de la República, electo por la provincia del Guayas. 7.- Certificación de la Resolución número R-28-034, firmada por el señor Presidente del Honorable Congreso Nacional de la República del Ecuador, arquitecto JORGE CEVALLOS MACIAS, expedida a los veinte y tres días del mes de enero del año dos mil siete. 8.- Certificación de la resolución número R-26-157, suscrita por el ingeniero ALFREDO SERRANO VALLADARES, PRIMER VICEPRE-SIDENTE ENCARGADO DE LA PRESIDENCIA, del Honorable Congreso Nacional de ese entonces, expedida a los treinta días del mes de noviembre del año dos mil seis. Dígnese enviar atento oficio al señor Presidente de la Honorable Corte Superior de Justicia de la ciudad de Quito, a fin de que por Secretaría se me confiera copia debidamente certificada de la sentencia dictada el 29 de diciembre del 2004, presentada por el doctor Guillermo Quintillano Peralta Rodríguez en contra del señor Juez duodécimo de lo Penal de Quito, juicio número 21.2004.”. Examinando la prueba aportada y las normas citadas por el recurrente para verificar si efectivamente han sido vulneradas por el juzgador en la forma que indica éste, lo cual significa que, el objeto de la revisión lo proporciona el recurrente y sobre este objeto debe pronunciarse el Tribunal de Casación. En el presente caso, alega el recurrente que el delito de injurias objeto del juicio se ha realizado el 25 de agosto del 2004 y que su renuncia a la dignidad de diputado fue aceptada en el Pleno del Congreso Nacional el 7 de septiembre del 2004 y que hasta esta fecha gozaba de fuero de Corte Suprema conforme al Art. 137 de la Constitución Política de la República. Al respecto, el artículo 100 de la Carta Magna establece: “[Reelección].- Los dignatarios de elección popular en ejercicio, que se candidaticen para la reelección, gozarán de licencia sin sueldo desde la fecha de inscripción de su candidatura. Si presentaren su candidatura a una dignidad distinta, deberán renunciar al cargo, previamente a su inscripción”. Del contexto de esta norma constitucional se establece claramente que la renuncia al cargo de diputado antes de la inscripción de su candidatura para una dignidad distinta, constituye el fundamento para la inscripción de ésta, lo cual significa que en el caso de no ser electo el candidato que renunció a la dignidad de diputado, no recupera ésta porque antes de la inscripción de su candidatura a una dignidad distinta dejó de ser diputado y consecuentemente, deberá aplicarse exclusivamente la Ley Orgánica de Elecciones en lo que se refiere al fuero, esto es el inciso cuarto del Art. 17 de ésta, que textualmente expresa: “Los candidatos en las elecciones unipersonales o pluripersonales, estarán protegidos del fuero de corte del que gozan los ciudadanos electos para cada dignidad, desde el momento de la inscripción de sus candidaturas hasta el día de las elecciones, para el caso de infracciones contempladas en el Código Penal, y demás leyes penales.”

Al respecto, el Art. 272 de la Constitución Política establece el principio de la supremacía de la Constitución, en aplicación del cual resulta evidente que prevalece el fuero de Corte Suprema hasta cuando deja de ser diputado, por haberse cumplido el periodo para el cual fue elegido o por haberse aceptado la renuncia, en aplicación del Art. 137 de la Constitución Política que prevalece sobre el numeral cuarto del Art. 17 de la Ley Orgánica de Elecciones, por el cual los candidatos a prefectos provinciales gozan de fuero de Corte Superior desde el momento de la inscripción de su candidatura y por lo tanto, en aplicación del principio de Supremacía de la Constitución, contemplada en el Art. 272 de la Constitución Política, que determina la prevalencia del fuero de Corte Suprema, el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil carecía de competencia para conocer esta causa. Además, en este mismo considerando Tercero de la sentencia consta que se presenta como prueba la **“protocolización de transmisión de un reportaje presentado por un canal de televisión Telerama realizado a las 12h30 del día 26 de agosto del 2004, contenido VCD con 18 grabaciones tomados de diferentes medios de comunicación y sus transcripciones debidamente protocolizadas”**, lo cual significa que, las supuestas injurias fueron proferidas en una rueda de prensa realizada ante varios periodistas, que las publicaron en diferentes medios de comunicación social, por lo que el querellado respondiendo a preguntas que le hicieron los periodistas, ha vertido las supuestas injurias, conociendo que iban a ser publicadas en los medios de comunicación social como efectivamente lo fueron, de tal modo que, para iniciar la acción penal necesariamente se requería que el fiscal intervenga solicitando los originales de las grabaciones publicadas en dichos medios, conforme lo dispone los Arts. 383, 384, 385 y 386 del Código de Procedimiento Penal. Y consecuentemente al no haberse dado cumplimiento con estas disposiciones procesales, no podía iniciarse la acción penal. Ese requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal lo estableció nuestro legislador para garantizar la autenticidad de la información obtenida en las ruedas de prensa, las noticias y las entrevistas, por lo que se ha iniciado la acción penal violando el principio de legalidad procesal contemplado como garantía del debido proceso en el numeral 1 del Art. 24 de la Constitución Política, por lo que en aplicación del numeral 14 del Art. 24 también de la Constitución y del Art. 80 del Código de Procedimiento Penal, las transcripciones de las grabaciones presentadas por el querellante no tiene eficacia probatoria alguna. **SEXTO:** El recurrente también alega que no se ha “comprobado conforme a derecho la existencia del delito a que se refiere la sentencia” porque se han presentado testimonios rendidos ante un notario público vulnerándose su derecho a las repreguntas, a la facultad y el derecho consagrado en los Arts. 136 y 142 del Código de Procedimiento Penal y el Art. 24, numerales 14 y 15 de la Constitución Política y que se ha violado el debido proceso. Al respecto, en la segunda parte del considerando Tercero de la sentencia dictada por el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil no consta que se haya valorado prueba testimonial rendida ante un notario sino que el querellante presentó copias notariadas de las acepciones de las palabras perro ladrón, lo cual no constituye prueba de ninguna clase, pero el juzgador las hace constar, las mismas que han sido tomadas de diversos diccionarios, lo cual no es relevante para resolver la causa. Respecto de la protocolización de transcripciones del reportaje efectuado por el canal de televisión Telerama realizado a las 12h30 del día 26 de agosto del 2004, un

VCD con 18 grabaciones tomados de diferentes medios de comunicación y sus respectivas transcripciones debidamente protocolizadas, carecen de valor de prueba de la existencia material de la infracción, porque se han presentado con violación del numeral 15 del Art. 24, y del Art. 194 de la Constitución Política, por no haberse observado los principios de oralidad, inmediación y de contradicción de la prueba, en perjuicio del querellado, impidiéndole ejercer su defensa, que es inviolable en aplicación del Art. 11 del Código de Procedimiento Penal. Se vulneran estos principios porque la experticia grafotécnica para verificar la autenticidad de las grabaciones, así como la autenticidad de la transcripción de su contenido, debe realizarse conforme lo exige el Art. 156 del Código de Procedimiento Penal, caso en el cual el querellado tiene derecho a intervenir en esta diligencia y también para designar un perito, conforme lo establece el Art. 95 de este mismo Código procesal, ya que estas disposiciones procesales si bien se encuentran redactadas en relación a los delitos de acción pública en que interviene el Fiscal sustanciando la instrucción, son también aplicables a los delitos de acción penal privada, es decir, que son de aplicación general. Además los peritos, que practican la experticia por lo dispuesto en el numeral 15 del Art. 24 de la Constitución Política se deben presentar a rendir su testimonio ante el Juez de la causa para que el querellante ejerza su derecho a la contradicción probatoria. Por la violación de estas disposiciones constitucionales y procesales, las grabaciones de la rueda de prensa efectuado por el canal de televisión Telerama realizado a las 12h30 del día 26 de agosto del 2004, un VCD con 18 grabaciones tomados de diferentes medios de comunicación y sus respectivas transcripciones debidamente protocolizadas por lo dispuesto en el numeral 14 del Art. 24 de la Constitución Política y el Art. 80 del Código de Procedimiento Penal carecen de valor de prueba y consecuentemente no se ha probado la existencia de la infracción. **SEPTIMO:** Por lo analizado en los considerandos anteriores, toda la prueba practicada en este proceso es inconstitucional en aplicación del numeral 14 del Art. 24 de la Constitución Política y el Art. 80 del Código de Procedimiento Penal, por lo que el recurrente ha comprobado conforme procede en derecho las causales alegadas como fundamento del recurso de revisión. Por estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se acepta el recurso de revisión presentado por Aníbal Renán Borbúa Espinel y consecuentemente se revoca la sentencia de casación expedida por la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y también se revoca la sentencia de segunda instancia expedida por la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, que confirma la sentencia condenatoria dictada por el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, la que también queda revocada.- Notifíquese y devuélvase.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado Presidente (V.S.).

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado.

f.) Dr. Rodrigo Serrano Valarezo, Conjuez Permanente.

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO PENAL.- Es fiel copia de su original.- Quito octubre 30 del 2008.- Certifico.- f.) El Secretario Relator.

No. 386-08

Juicio penal No. 655-06 seguido en contra de Aníbal Renán Borbúa Espinel por el delito de injurias proferidas al Ec. Xavier Neira Menéndez.

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

Quito, 3 de septiembre del 2008; las 16h00.

VISTOS: El Mayor del Ejército en Servicio Pasivo Aníbal Renán Borbúa Espinel, interpone recurso de revisión del fallo condenatorio expedido en su contra por el señor Presidente Subrogante, de la Corte Superior de Justicia del Guayaquil de ese entonces, Dr. Freddy Rodríguez Mora, en el que declarando con lugar la acusación particular presentada por el Ec. Xavier Neira Menéndez por acreditar en forma legal que el querellado profirió injurias calumniosas y no calumniosas grave, adecuando su conducta antijurídica a los delitos que tipifican los Arts. 489 y 490 y reprimen los Arts. 491 y 495 todos del Código Penal le condena a veinte meses de prisión y multa de veinticinco dólares de los Estados Unidos de Norte América; con costas daños y perjuicios, regulando en trescientos dólares los honorarios del Abogado patrocinador del querellante.- Concedido el mencionado recurso, ha correspondido por el sorteo de Ley su conocimiento a la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia; la que para resolver considera: **PRIMERO:** Que el Mayor del Ejército en Servicio Pasivo Aníbal Renán Borbúa Espinel, interpone recurso de revisión basándose en las causales: 3, si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados; y, 6, cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho la existencia del delito a que se refiere la sentencia, del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal.- Y lo fundamenta en: a.- La certificación conferida por el Tribunal Electoral del Guayas en la que refiere, se establece que fue aceptado como candidato a la Prefectura Provincial del Guayas y que uno de los requisitos es el de presentar su renuncia a la Dignidad de diputado que ostentaba; renuncia aceptada por el Pleno del Congreso Nacional el 7 de septiembre del 2004 de conformidad con lo que establece la Constitución Ley Orgánica de la Función Legislativa y Reglamento; es decir que hasta esta fecha gozaba de inmunidad parlamentaria de conformidad con el Art. 137 de la Constitución Política de la República, por lo que del supuesto delito de injurias realizadas el 25 de agosto del 2004, no ameritaba ni era admisible su inicio procesal sin la autorización del Congreso Nacional y ante su Juez competente en razón de su fuero de Corte Suprema de Justicia; y, b.- Que los testigos en base de los cuales erradamente se dicta en su contra una sentencia condenatoria, no fueron presentados ante el Juez de la causa sino ante el señor Notario Público, siendo prefabricados y forjados, de acuerdo a los intereses del falso acusador, impidiendo el derecho a las repreguntas; y, vulnerando, de este modo, el debido proceso. **SEGUNDO:** Es necesario señalar: Que el recurso de revisión es un medio de impugnación extraordinaria que afecta a la institución de cosa juzgada y persigue rescindir la sentencia pronunciada con error de hecho (no por posibles vicios de trámite, toda vez que esta etapa procesal feneció), pudiendo interponerse en cualquier tiempo, luego de haberse ejecutoriado el fallo, y por motivos definidos, en

nuestro caso ecuatoriano y en el asunto que nos ocupa, taxativamente en el Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, de: si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados; o cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho, la existencia del delito a que se refiere la sentencia; debiendo tenerse presente que excepto en este último caso, la revisión sólo podrá declararse: en virtud de nuevas pruebas que demuestren el error de hecho de la sentencia impugnada; y, que ha de entenderse por prueba nueva –como nos enseña el Profesor Alfonso Reyes Echandía en “Autos y Sentencias” publicado el Primer Semestre de 1993- tan sólo lo que reviste novedad, que contenga aspectos ciertos e ignorados, y que por lo tanto, no haya sido debatida en la instancia; pues la eliminación del error judicial –como enseña también Giovanni Leone en su “Tratado de Derecho Procesal Penal” – no se hace por efecto de una nueva valoración de la prueba (en tal caso, la cosa juzgada quedaría totalmente desterrada) sino por efecto de la sobrevenida (integral o integrante) de nuevas pruebas. **TERCERO:** Que, en el caso que nos ocupa, dentro de término de prueba, ante esta Sala el recurrente: 1.- Solicita que el señor Presidente del Honorable Congreso Nacional, por intermedio de la Secretaría General, remita: a).- Acta No.24-278 del 7 de septiembre del 2004; b) Documento de la fecha de posesión del recurrente como Diputado de la República; y, de la fecha en la cual el Pleno del Congreso Nacional de la República aceptó su renuncia; c) Documento en el cual anuncie que los Legisladores gozan de inmunidad parlamentaria, así como de fuero de Corte Suprema de Justicia y hasta cuando les ampara esa prerrogativa; d) Certificación acerca de la fecha exacta en que perdió su calidad de Diputado de la República, electo por la provincia del Guayas; e) Certificación de la Resolución R-28-034 firmada por el Arq. Jorge Cevallos Macías, Presidente del Honorable Congreso Nacional de la República; f.) Certificación de la Resolución No. R-26-157, suscrita por el Ing. Alfredo Serrano Valladares, Vicepresidente Encargado de la Presidencia del Honorable Congreso Nacional, expedida el 30 de noviembre del 2006. 2.- Pide que el Presidente de la Honorable Corte Superior de Justicia de Quito, por secretaria confiera copia certificada de la sentencia dictada el 29 de diciembre del 2004, en el juicio No. 21-2004 presentada por el doctor Guillermo Quintillano Peralta Rodríguez en contra del señor Juez Duodécimo de lo Penal de Quito. 3.- Que se tome en cuenta y se reproduzca todo lo que de autos le favorezca; así los fundamentos de hecho y derecho contenidos en su recurso de revisión; las declaraciones que constan en autos de varios testigos que demuestran que no existió el supuesto delito de injurias; el oficio No. 356 SGCN, del 15 de marzo del 2007 suscrita por el Prosecretario General del Honorable Congreso Nacional, en sus numerales 1, 2, 3, 4 y 5; el certificado de amparo No. 263-2004 propuesto por el Dr. Guillermo Quintillano Peralta a favor de Violeta Isabel Andrade Orellana; que se reproduzca: lo escrito por Carlos Xavier Gutiérrez en “VISTAZO” del 14 de septiembre del 2006, en la parte que señala; y, las fotocopias: del diario “EL UNIVERSO” del 10 de septiembre del 2006 del título “INCIERTA ASISTENCIA DE ZAMBRANO A COMISION”.. “PROCESO EN RIESGO DE ANULACION”; del diario “EL UNIVERSO” del 11 de septiembre del 2006 del título “TRES JUECES COMPARECEN HOY” “...” PROCESO; del diario “EL UNIVERSO” del 13 de marzo del 2007 del título “CSJ NIEGA PEDIDO DE LEGISLADORES”; del diario “EL TELEGRAFO” del título “CJS DISDPONE A

JUECES RESPETAR INMUNIDAD DE DIPUTADOS”; y, que redarguye de falso y falsedad absoluta, todo lo que conste de autos y le fuera desfavorable. **CUARTO:** Que el sentenciado recurrente al fundamentar el recurso de revisión: En el numeral 3 del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, adquirió la obligación jurídica procesal de probar los hechos a que se refiere esa causal, con nuevas evidencias planteadas ante el Tribunal de revisión, de conformidad con lo establecido en el inciso final de esa misma disposición procesal; es decir debía demostrar, -reiteramos- con nuevas pruebas, de que la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados referentes al ilícito; al respecto, esta Sala observa que el recurrente, durante la estación probatoria de este trámite de revisión, se ha concretado a reproducir pruebas aportadas en la instancia inferior y que fueron motivo de análisis; asimismo opiniones vertidas en la revista “Vistazo” y en otros diarios del país; y, también documentos en cuanto se hace referencia a la fecha de aceptación de su renuncia de diputado, a resoluciones dadas por el Congreso Nacional referentes a que los legisladores no serán penal ni civilmente responsables por las opiniones y votos emitidos en desempeño de sus funciones; pero contrariamente a lo que expresa el recurrente, ninguna otra prueba nueva ha sido presentada, atinente a que la sentencia se haya dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados; cuanto más que, la referencia a la fecha de su renuncia y a su fuero son situaciones de procedimiento ajenas al recurso de revisión, las que incluso fueron objeto del recurso de nulidad planteada por el querellado y resuelta por la Primera Sala de lo Penal Colusorio y Tránsito de la Corte Superior de Guayaquil, la que lo rechazó.- 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 obradas en la querella; y, tenemos que: El Presidente Subrogante de la Honorable Corte Superior de Justicia de Guayaquil en el considerando Segundo manifiesta que durante la estación probatoria el querellante: reprodujo el escrito de querella contenido en su acusación particular, el alcance de la misma; el recorte periodístico que acompañó a dicho libelo, copia certificada de todo lo actuado en el proceso No. 177 - 2004 seguido en esa Presidencia por injurias a Miguel Orellana en contra del querellado Aníbal Renán Borbúa Espinel, destacando la sentencia, así como las fojas en la que consta las acepciones de las palabras “perro” y “ladrón” utilizadas por el querellado; un disco compacto (VCD) con las declaraciones injuriosas del querellado que fueron difundidas en todo el país; las protocolizaciones de la transcripción de todos los reportajes constante en el referido VCD, las certificaciones conferidas por varias personas sobre su honorabilidad y corrección, de las “declaraciones voluntarias” de Angel Reinaldo Guzhñay Mosquera y Germán Enrique Mosquera, en el sentido de que el 25 de agosto del 2004 a eso de las 10h00, se trasladaron hasta la sede del local de “Sociedad Patriótica” de la ciudadela “La Garzota” en donde el Mayor Aníbal Hernán Borbúa Espinel había convocado a la prensa escrita, televisiva y radial de todo el país para hacer declaraciones, que luego hizo en la Sala VIP del Restaurante Internacional Cantones, en la que ratificó su acusación en contra del Ec. Xavier Neira Menéndez como “perros ladrones”; y, un video cassette en el que consta doce reportajes con las declaraciones del querellado a diversos medios de comunicación. En el considerando quinto: que en la especie, se ha acreditado en

forma legal que el querellado profirió injurias calumniosas y no calumniosa grave en contra del querellante, cuando en una rueda de prensa a la que asistieron más de diez personas, refiriéndose a él y a Miguel Orellana, dijo que eran “perros ladrones”, afirmaciones que luego fueron publicadas y difundidas en todos los medios de comunicación del país, lo cual constituye concurso delictual de injurias no calumniosas grave, al calificar como “perro”, en actitud despectiva que denota descrédito, deshonor y menosprecio y calumniosa al haber llamado “ladrón” vocablo que etimológicamente se asigna al individuo que hurta o roba bienes ajenos, lo que constituye falsa imputación de un delito, al haberle atribuido al querellante dicho acto que no ha logrado probar y que por tanto, es jurídicamente inexistente.- De todo esto la Sala de lo Penal establece que el Juzgador realizó una pormenorizada descripción de la prueba aportada, la que fuera valorada de acuerdo a las reglas de la sana crítica, por lo que con convicción y certeza declara haberse comprobado conforme a derecho la existencia de la infracción que motivó la acusación particular como la responsabilidad del acusado, adecuando correctamente ese actuar al tipo de la injuria calumniosa a los delitos que tipifican los Arts. 489 y 490 y reprimen los Arts. 491 y 495, todos, del Código Penal.- En consecuencia no habiendo presentado el recurrente prueba alguna que permita establecer la causal del numeral 3 invocado, ni que en autos no exista demostrada la existencia de la infracción, del numeral 6 del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, su recurso de revisión resulta inadmisibles.- Por las consideraciones que anteceden, esta Segunda Sala de lo Penal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, declara improcedente el recurso de revisión interpuesto por el recurrente Mayor del Ejército en Servicio Pasivo Aníbal Renán Borbúa Espinel.- Devuélvase el proceso a la Corte Superior de origen para los fines de ley.- Notifíquese y cúmplase.

f.) Dr. Luís Abarca Galeas, Magistrado Presidente, Voto Salvado.

f.) Dr. Luís Cañar Lojano, Magistrado.

f.) Dr. Rodrigo Serrano Valarezo, Conjuez Permanente.

Certifico.

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

VOTO SALVADO DEL DR. LUIS ABARCA GALEAS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO PENAL

Quito, 3 de septiembre del 2008; las 16h00.

VISTOS: El sentenciado Aníbal Renán Borbúa Espinel, interpone recurso de revisión de la sentencia condenatoria por el delito de injurias dictada en su contra por el Presidente de la Corte Superior de Justicia del Guayas, sentencia que es confirmada por la Primera Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, la misma que fue objeto de recurso de casación, el cual fue rechazado por la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia. Para resolver se considera: **PRIMERO:** Que se ha radicado

la competencia en esta Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, por el sorteo de Ley realizado el 4 de diciembre del 2006 **SEGUNDO:** El sentenciado recurrente Renán Borbúa Espinel interpone el recurso de revisión por las causales 3 y 6 del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal y lo fundamenta expresando en lo principal, lo que textualmente se transcribe a continuación: “a.- La Certificación conferida por el Tribunal Provincial Electoral del Guayas mediante el cual se establece que el compareciente **ANIBAL RENAN BORBUA ESPINEL** fue aceptado como candidato a la Prefectura Provincial del Guayas, indicándose que uno de los requisitos es la de presentar su renuncia a la Dignidad de elección Popular que ostentaba en ese momento que era la de diputado renuncia que fue aceptada por el Pleno del Congreso Nacional el día 7 de septiembre del 2004 de conformidad con lo que establece la Constitución. Ley Orgánica de la Función Legislativa y Reglamento, es decir que hasta esta fecha gozaba de inmunidad Parlamentaria de Conformidad con el Art. 137 de la Constitución de la República, por lo que el supuesto delito de injurias realizadas el 25 de agosto del 2004 no ameritado, ni era admisible el inicio del correspondiente Juicio Penal sin que exista la autorización del Congreso Nacional y además se tramite ante el Juez competente en razón del fuero de Corte Suprema de Justicia al que tenía derecho, de conformidad con lo establecido en la Constitución, Ley Orgánica de la Función Judicial y Código de Procedimiento Penal. b.- En cuanto a los testigos en base de las cuales erradamente se dicta una sentencia condenatoria en mi contra, es necesario clarificar el hecho de que estos fueron presentados, no ante el Juez de la causa sino que su testimonio fue prefabricado, forjado a los intereses del falso acusador al ser rendidos ante una autoridad incompetente como lo es el señor Notario Público que admite declaraciones que luego fueron indebidamente incorporadas al Proceso Penal sustanciado contra mi persona, impidiéndome de esta manera la identificación plena de testigos, el Derecho a las repreguntas, vulnerándose de este modo el debido proceso y la facultad y el derecho consagrado a mi favor en los artículos 136 y 142 del Código de Procedimiento Penal, y el Art. 24 numerales 14 y 15 de la Constitución Política del Ecuador. Se dignará abrir la causa a prueba y para mayor fundamentación acompaño una parte de la prueba, ya que dentro del término de la misma, demostraré hasta la saciedad los fundamentos de hecho y de derecho de todos y cada uno de mis actos.” **TERCERO:** Corresponde analizar en primer lugar la causal de puro derecho contemplada en el numeral 6 del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, por la cual, procede el recurso de revisión de la sentencia: “**6. Cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho, la existencia del delito a que se refiere la sentencia**”, en consideración a que esta causal no requiere de nueva prueba. Con respecto a esta causal, primeramente alega el recurrente que su renuncia a la calidad de Diputado del Congreso Nacional fue aceptada el 7 de septiembre del 2004, cuando gozaba de inmunidad y de fuero de Corte Suprema y que el delito del que se le acusa supuestamente fue cometido el 25 de agosto del 2004, y que la renuncia la presentó para presentar su candidatura a la Prefectura Provincial del Guayas y por lo cual, gozaba de fuero de Corte Suprema siempre que el Congreso Nacional lo autorice, conforme a lo establecido en el Art. 137 de la Constitución Política de la República. La Sala observa que esta situación jurídica está regulada por el Art. 100 de la Constitución Política que expresa: “[**Reelección**].- Los dignatarios de elección popular en ejercicio que se candidaticen para la reelección, gozarán

la licencia sin sueldo desde la fecha de inscripción de su candidatura. Si presentaren su candidatura a una dignidad distinta, deberán renunciar al cargo, previamente a su inscripción.” En esta norma constitucional no consta que se priva del fuero de Corte Suprema a los Diputados que se candidatizan para otras dignidades de elección popular, por lo que en observancia del Art. 272 de la Constitución Política, que establece el principio de la supremacía de la Constitución, es aplicable el Art. 137 de esta, por la cual los diputados gozan de fuero de Corte Suprema hasta la terminación de sus funciones o hasta cuando se les acepte su renuncia. Por lo tanto, no es aplicable el inciso cuarto del Art. 17 de la Ley Orgánica de Elecciones. La Sala observa que el ahora recurrente ha justificado su calidad de diputado y que se ha aceptado la renuncia de ésta calidad, el 7 de septiembre del 2004, por lo que el Presidente de la Corte Superior de Justicia del Guayas sustanció el proceso y dictó la sentencia condenatoria careciendo de competencia, lo cual viola la garantía del debido proceso contemplada en el numeral 11 del Art. 24 de la Constitución Política del Estado. Además, por cuanto el fuero de Corte Suprema es un derecho reconocido constitucionalmente, que tienen los diputados, por lo dispuesto en el inciso segundo del Art. 18 de la Constitución Política, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia, como es la de que Aníbal Renán Borbúa Espinel gozó de fuero de Corte Suprema hasta el 7 de septiembre del 2004 momento en que se le aceptó la renuncia. Por lo tanto, al haber actuado sin competencia el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, todo lo actuado en el curso del proceso es inconstitucional, por haberse realizado violando el fuero de Corte Suprema de un diputado, distrayéndole de su Juez competente, en aplicación de la garantía contemplada en el numeral 14 del Art. 24 de la Constitución Política y del Art. 80 del Código de Procedimiento Penal, ya que si el Juez carece de competencia, la prueba que practica es inconstitucional, porque la competencia es el presupuesto fundamental para la legalidad de la prueba y consecuentemente, ésta carece de valor por la violación del principio de legalidad de la prueba, contemplado como garantía del debido proceso en el numeral 1 del Art. 24 de la Constitución y del Art. 83 del Código de Procedimiento Penal y consecuentemente, en aplicación de la garantía contemplada en el numeral 14 del Art. 24 igualmente de la Constitución, toda la prueba practicada carece de valor, así como también carece de valor en aplicación del Art. 80 del Código de Procedimiento Penal. **CUARTO:** El recurrente también interpone el recurso de revisión alegando como fundamento de la causal contemplada en el numeral 3 del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal: que ha sido juzgado y sentenciado en base a testimonios rendidos en una Notaría Pública, prefabricándolos y forjándolos de acuerdo a los intereses del querellante, vulnerándose de esta forma el debido proceso, porque se transgredió los Arts. 136 y 142 del Código de Procedimiento Penal y el Art. 24 numerales 14 y 15 de la Constitución Política del Ecuador. Al respecto, la Sala observa que toda la prueba actuada y que se detalla y explica en el considerando Segundo de la sentencia del Juez de primera instancia es inconstitucional, porque ha sido practicada con violación del numeral 14 del Art. 24 y del Art. 194 de la Constitución Política, es decir, violando los principios de presentación, oralidad, intermediación y contradicción de la prueba, porque se la ha presentado luego de haberla elaborado en una Notaría, tanto en lo que se refiere a los testimonios de cargo como a las protocolizaciones de la transcripción de los reportajes.

Efectivamente, los testimonios rendidos en una Notaría carecen de valor porque se vulneran los principios de intermediación y contradicción de la prueba contemplados en las citadas disposiciones constitucionales y por lo cual carecen de valor en aplicación de la garantía contemplada en el numeral 14 del Art. 24 de la Constitución Política y el Art. 80 del Código de Procedimiento Penal respecto al disco compacto VCD y las protocolizaciones de las transcripciones de todos los reportajes constantes en el VCD, no constituyen prueba porque no se lo ha presentado mediante el medio de prueba previsto en la ley y que se encuentra establecido en el Art. 156 del Código de Procedimiento Penal, y porque también se violan los principios de presentación, oralidad, intermediación y contradicción de la prueba, en razón de que el querellado no pudo ejercer su defensa ante el Juez de la causa, que de forma exclusiva tenía jurisdicción y competencia para ordenar la práctica de la prueba y receptorla, y al no haberse producido ante él, carece de valor en aplicación del numeral 14 del Art. 24 de la Constitución Política y del Art. 80 del Código de Procedimiento Penal. Al no haberse observado los principios de presentación, oralidad e intermediación, el querellado no pudo ejercer la contradicción probatoria, designando su perito de acuerdo al Art. 95 de este Código; y al no haberse practicado la transcripción conforme lo exige el Art. 156 del Código de Procedimiento Penal, no hubo peritos para que rindan sus testimonios sobre el contenido de sus informes, conforme lo establecido en el numeral 15 del Art. 24 de la Constitución Política, así como también para que el acusado ejerza la contradicción probatoria contra examinando a los peritos. **QUINTO:** La Sala observa que el escrito que se contiene la querrela, el acusador en el literal f) de este escrito expresa que: **“Las injurias proferidas en mi contra por RENAN BURBUA ESPINEL Y NO CALUMNIOSAS GRAVES, ya que a la vez que existe la falsa imputación de varios delitos, también dichas expresiones han sido realizadas en descrédito, deshonra y menosprecio de mi persona”;** y de igual modo en el escrito de formalización de la acusación particular (fs. 508) el querellente acusa de una **“concurrancia de infracciones tipificadas como “injurias calumniosas y no calumniosas graves, tipificadas en los Arts. 489 y 490 del Código Penal”** y sancionados en los Arts. 491 y 495 de este mismo cuerpo legal, por lo que esta formalización de la querrela es ineficaz y no produce ningún efecto legal, en consideración a que las supuestas injurias se dice que han sido pronunciadas el día 25 de agosto del 2004 a las 10h45, es decir, en un mismo acto y consecuentemente, este no puede configurar al mismo tiempo dos infracciones, cada una de las cuales tipificada por separado, lo cual es inadmisibles en derecho porque vulnera el principio de eficiencia contemplado en el Art. 192 de la Constitución Política, que deben observar los sujetos procesales y sus patrocinadores, ya que en aplicación del principio dispositivo contemplado en el Art. 194 de la Constitución Política, el Juez no puede corregir los errores en que incurrir las partes, sino solamente sobre la formalización de la acusación por un delito específico que debe constar determinado con precisión en esta formalización. En este sentido ha resuelto la Sala, especialmente en la resolución de casación No. 291-2008, expedida el 6 de mayo del 2008 en que se declara improcedente el recurso de casación interpuesto por Daniel Abad Guerrero. **SEXTO:** En el escrito de formalización de la querrela, el acusador expresa que la supuestas injurias se han vertido *“en la rueda de prensa que dio el ciudadano Anibal Renán Borbúa Espinel en la sala VIP del*

restaurante internacional "CANTONES". Al respecto, en la rueda de prensa, los periodistas profesionales de diferentes medios de comunicación social realizan una entrevista conjunta a una determinada persona, que responde a sabiendas de que sus respuestas van hacer publicadas en los medios de comunicación social para los que trabajan los periodistas entrevistadores, por lo que en el caso de verter injurias en tales respuestas, se configuran un delito cometido por los medios de comunicación social, razón por la cual necesariamente, debía intervenir un Fiscal requiriendo los originales de las grabaciones y una vez que estas fueren remitidas a la Fiscalía, debía solicitar autorización judicial para el reconocimiento y transcripción de las grabaciones, en aplicación de los Art. 384, 386 y 388 del Código de Procedimiento Penal; autorización que se encuentra prevista en el Art. 150 de este mismo cuerpo legal. En esta forma se ha violado el principio de legalidad procesal previsto en el numeral 1 del Art. 24 de la Constitución Política, ya que al no haber intervenido el Fiscal requiriendo las grabaciones, no puede garantizarse su autenticidad, así como tampoco puede garantizarse la autenticidad de la transcripción de las grabaciones realizadas sin autorización judicial y consecuentemente la aplicación del numeral 14 del Art. 24 de la Constitución Política y el Art. 80 del Código de Procedimiento Penal, las grabaciones carecen de valor jurídico procesal. Por estas consideraciones ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se acepta el recurso de revisión presentado por Aníbal Borbúa Espinel, y consecuentemente se revoca la sentencia dictada por la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, que rechaza el recurso de casación de la sentencia de segunda instancia expedida por la Primera Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, que se la revoca, y también se revoca la sentencia de primera instancia expedida por el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil. Notifíquese y devuélvase.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado Presidente (V.S.).

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado.

f.) Dr. Rodrigo Serrano Valarezo, Conjuez Permanente.

Certifico.

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO PENAL.- Es fiel copia de su original.- Quito, octubre 30 del 2008.- Certifico.- f.) El Secretariado Relator.

No. 387-08

Juicio penal No. 332-05 contra Ana Cecilia Villavicencio Cajamarca acusada del delito tipificado y sancionado en el Art. 402 del Código Penal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO PENAL

Quito, 8 de septiembre del 2008; las 11h45.

VISTOS: La sentenciada Ana Cecilia Villavicencio Cajamarca interpone recurso de casación de la sentencia condenatoria de mayoría dictada en su contra por la Segunda Sala Especializada de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, en la que se la declara autora responsable del delito tipificado y sancionado en el Art. 402 del Código Penal y se le impone la pena de tres años de reclusión menor. Concluido el trámite, para resolver se considera: **PRIMERO:** Esta Segunda Sala Especializada de lo Penal es competente para conocer y resolver este recurso de casación, por la redistribución de causas, ordenada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia en la Resolución Obligatoria dictada del 7 de diciembre 2005 y por los Arts. 200 de la Constitución Política del Estado y 349 del Código de Procedimiento Penal. **SEGUNDO:** La recurrente fundamenta su recurso expresando en lo principal, que se viola la ley en la sentencia porque se la ha condenado por un delito que no ha cometido, ya que no se ha probado conforme a derecho la realización de la conducta descrita por el verbo núcleo rector del tipo penal, puesto que no existe destrucción de documentos sino simplemente rompimiento. Que la destrucción significa la pérdida de la cosa destruida, de tal modo que no sirve para el propósito que fue realizada, es decir, carece de utilidad; en tanto que el rompimiento no destruye la cosa porque continúa sirviendo para el propósito para el cual fue realizado el documento. Que los documentos no han sido emitidos por Autoridad pública sino por empleados públicos por lo que no existen los elementos que exige el tipo penal contenido en el Art. 402 del Código Penal. Que existe una falsa aplicación de esta disposición y que además se viola el principio de in dubio pro reo contemplado en el Art. 4 del Código Penal.- **TERCERO:** La representante del Ministerio Público, contestando al traslado con la fundamentación del recurso de casación presentado por la recurrente expresa su criterio de que se ha comprobado la existencia material de la infracción y la responsabilidad de la acusada como autora del delito tipificado y sancionado en el Art. 402 del Código Penal, por lo que no se viola la ley en la sentencia en ninguna de las formas que indebidamente señala la recurrente, por lo que solicita se rechace el recurso de casación. **CUARTO:** La Sala luego del análisis del contenido de la sentencia establece que en la Audiencia de Juzgamiento constitucionalmente se han probado los siguientes hechos: 1) Que la acusada en su calidad de dignataria de elección popular, por ser concejala, mientras sesionaba el Concejo, con legítimo derecho pidió al Secretario que realice algo relacionado con el punto que se trataba y que se refería a la lectura de una denuncia contra un concejal; 2) Que el Secretario incumplió con su obligación de atender a la petición de la concejala, ante lo cual ésta insistió acercándose a él, produciéndose un forcejeo; 3) Que en este forcejeo el Secretario dio un codazo a la concejala, lo cual produjo que se rompa el escrito que el Secretario tenía en sus manos. Al respecto, el Art. 402 del Código Penal tipifica el delito de destrucción de registros públicos, procesos judiciales y otros documentos como un delito doloso, de tal modo, que el sujeto activo debe actuar con la intención positiva de destruir los documentos y realizar la actividad que se requiere para destruirlos. En el presente caso se observa que el Tribunal juzgador vulnera las reglas de la sana crítica al

valorar la prueba actuada en la Audiencia de Juzgamiento, porque toda ella indica que la acusada no tuvo la intención positiva de destruir los documentos en consideración a que su actividad se encontraba dirigida a exigir que el Secretario cumpla con su obligación de satisfacer su requerimiento, circunstancia en la cual éste le dio un codazo a la ahora acusada, produciéndose un forcejeo que tuvo como resultado la destrucción de los documentos, por lo que evidentemente la concejala no actuó dolosamente.

QUINTO: También observa la Sala que según el testimonio rendido por el perito documentólogo Dr. Marco Machado Clavijo, quien se ratifica en el informe pericial practicado sobre los documentos materia del juzgamiento, consta "que el documento más afectado es el original de la denuncia (dividido en cinco partes, en cuyo reverso puede verse, aun íntegra e incluyendo la firma del Alcalde en la providencia de despacho, disponiendo el trámite de ley. Que en los demás casos es posible advertir el texto de los documentos rotos", por lo que está claro que la denuncia y la providencia recaída son parte de un procedimiento administrativo y por lo tanto, por sí solo no constituye un instrumento público ni tampoco el rompimiento es total, considerando además que la providencia se encontraba legible puesto que era visible la firma del Alcalde y el escrito podía ser integrado mediante diferentes procedimientos mecánicos. No existe por tanto destrucción, ya que ésta implica la pérdida de legibilidad del escrito, es decir, que no se puede entender su contenido, por lo que no existe la conducta descrita por el verbo núcleo rector del tipo penal contemplado en el Art. 402 del Código Penal.

SEXTO: La Sala considera además que la acusada no solo por ser una dignataria de elección popular sino por ser una dama se merecía el respeto y consideración que le corresponde y que se ha previsto en la ley y se acostumbra por lo que no solo fue tratada con descomedimiento, lo cual produjo como resultado el rompimiento de los documentos por culpa del provocador o Secretario del Concejo Municipal, puesto que aquella fue afectada en su honor y dignidad por la actitud agresiva de éste. De esta forma se establece que el fallo condenatorio dictado contra la acusada es incoherente porque no corresponde a la realidad de los hechos probados en el juicio y consecuentemente vulnera la garantía del debido proceso contemplado en numeral 13 del Art. 24 de la Constitución Política, lo cual produce como consecuencia que se aplique falsamente el Art. 402 del Código Penal. Por estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se acepta el recurso de casación interpuesto por la sentenciada y corriendo los errores de derecho cometidos en la sentencia condenatoria de mayoría dictada por la Segunda Sala Especializada de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, se la revoca y se absuelve a la acusada Ana Cecilia Villavicencio Cajamarca. Notifíquese y devuélvase.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado.

f.) Dr. Rodrigo Serrano Valarezo, Conjuez Permanente.

Certifico.

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO PENAL.- Es fiel copia de su original.- Quito, octubre 30 del 2008.- Certifico.- f.) El Secretario Relator.

No. 390-08

Juicio penal No. 22-07 seguido contra de Luis Fernando Proaño Adrián acusado del delito tipificado y sancionado por los artículos 82 y 83 letra j) de la Ley Orgánica de Aduanas.

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

Quito, 11 de septiembre del 2008; las 11h00.

VISTOS: El sentenciado Luis Fernando Proaño Adrián, interpone recurso de casación de la sentencia condenatoria dictada por la Tercera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1 en su contra y en la que se lo declara autor responsable del delito aduanero tipificado y sancionado por los Arts. 82 y 83 letra j) de la Ley Orgánica de Aduanas y se le impone la pena atenuada de dos años de prisión correccional. Concluido el trámite, para resolver se considera: **PRIMERO:** Esta Sala Especializada de lo Penal es competente para conocer y resolver este recurso de casación, por el sorteo de ley realizado el 15 de enero del 2007 y por los Arts. 200 de la Constitución Política del Estado y 349 del Código de Procedimiento Penal, la Resolución del Pleno de la Corte Suprema del 19 de septiembre del 2000, publicada en el Registro Oficial No. 431, del 12 de octubre del 2001 y el Art. Ley 86 de la Ley Orgánica de Aduanas. **SEGUNDO:** El recurrente fundamenta el recurso de casación expresando en lo principal: **1)** Que la sentencia condenatoria se viola el Art. 121 inciso tercero del Código de Procedimiento Civil, porque no se lo ha aplicado; **2)** Que se viola también el Art. 25 de la Ley d Modernización del Estado, al no aplicarlo; **3)** Que se viola el numeral 14 del Art. 24 de la Constitución Política; **4)** Que igualmente se violan los Arts. 85 y 86 del Código de Procedimiento Penal por no aplicarlo en la valoración de la prueba; **5)** Que además se violan los Arts. 272 y 273 de la Carta Magna; **6)** Que se viola el Art. 146 del Código de Procedimiento Penal, porque no se lo aplican y se acepta como prueba copias simples, **7)** Que asimismo se vulneran los Arts. 143 y 144 de este mismo cuerpo legal, **8)** Que se viola también el numeral 2 y 13 del Art. 24 Constitución Política, el Art. 4 del Código Penal y el Art. 304-A Código de Procedimiento Penal, porque la sentencia es inmotivada; **9)** Que se viola el Art. 82 y 83 literal j) de la Ley Orgánica de Aduanas, porque se hace una falsa interpretación de estos, aplicando falsamente la ley; **10)** Que se violan los numerales 2, 3 y 4 del Art. 309 del Código de Procedimiento Penal; **11)** Que al no haberse aplicado estas normas, se dicta sentencia condenatoria sin haberse probado la existencia del delito y la responsabilidad del acusado, aplicando falsamente la ley. **TERCERO:** Que es obligación de todo Juez o Tribunal verificar si han observado las garantías del debido proceso en el curso del procedimiento, para garantizar la seguridad jurídica del procesado, conforme lo exige los numerales 26 y 27 del Art. 23 y el Art. 24 de la Constitución Política. En el presente caso en aplicación de los Arts. 18, 192 y 273 de la Carta Magna, la Sala observa que el Tribunal juzgador acepta como pruebas fotocopias sin certificar de otras fotocopias presuntamente certificadas, las mismas que carecen de valor y no producen ningún efecto probatorio por lo dispuesto en el Art. 24 de la Constitución Política y los Arts. 80 y 83 del Código de Procedimiento Penal, porque constituye prueba inconstitucional, inclusive se han presentado en la audiencia

de juzgamiento declaraciones rendidas ante Notario, lo cual contraviene los principios de presentación, oralidad, intermediación y contradicción contemplados en el Art. 194 de la Supra Ley. **CUARTO:** Por tanto, al no haberse comprobado conforme a derecho la existencia material del delito objeto del juicio, no cabe el análisis de la responsabilidad del acusado y consecuentemente, el fallo condenatorio carece de motivación, por haberse violado las disposiciones constitucionales y procesales anteriormente citadas y también el principio de legalidad de la prueba y las garantías que rigen la práctica documental y testimonial, es decir, que se dicta un fallo condenatorio sin existir prueba constitucionalmente actuada sobre la existencia de la infracción. Por estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, de conformidad con el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, se acepta el recurso interpuesto por el recurrente y corrigiendo los errores de derechos cometidos en la sentencia condenatoria se la revoca y consecuentemente, se absuelve a Luis Fernando Proaño Adrián.- Notifíquese y devuélvase.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado.

f.) Dr. Rodrigo Serrano Valarezo, Conjuez Permanente.

Certifico.

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO PENAL.- Es fiel copia de su original.- Quito, octubre 30 del 2008.- Certifico.- f.) El Secretario Relator.

No. 391-08

Juicio penal No. 302-06 seguido en contra de Avelino Suárez González y Anastasio Kagkasidis por el delito tipificado y sancionado en el Art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

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

Quito, septiembre 10 del 2008; las 17h45.

VISTOS: Los sentenciados Avelino Suárez González y Anastasio Kagkasidis interponen recurso de revisión de la sentencia condenatoria dictada en su contra por el Cuarto Tribunal Penal del Guayas, en la que los declara autores y responsables del delito tipificado y sancionado en el Art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y les impone a cada uno la pena de dieciséis años de reclusión mayor extraordinaria la que al ser elevada en consulta la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de

Guayaquil, la confirma. Para resolver se considera: **PRIMERO:** Esta Segunda Sala Especializada de lo Penal es competente para conocer y resolver este recurso de revisión, por el sorteo de ley, realizado el 28 de abril del 2006 y por los Arts. 200 de la Constitución Política del Estado, 359 del Código de Procedimiento Penal. **SEGUNDO:** Los recurrentes conjuntamente interponen el recurso de revisión por la causal número seis, establecida en el Art. 360 del Código de Procedimiento Penal que textualmente expresa: “cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho, la existencia del delito a que se refiere la sentencia”; y además porque dicen se ha vulnerado el principio del “NON BIS IN IDEM”, contemplado en el Art. 24 numeral 16 de la Constitución Política del Estado. **TERCERO:** Por lo dispuesto en el inciso segundo de la causal deducida para interponer el recurso de revisión no se requiere de prueba, por lo que para verificar la existencia de esta causa corresponde a la Sala analizar el contenido de la sentencia, a fin de establecer si efectivamente existe otra sentencia condenatoria pronunciada por otro Tribunal del Ecuador o de otro Estado, en consideración a que la causal deducida se concreta a que se ha violado la garantía del Non bis in ídem. Contemplado en el numeral 16 del Art. 24 de la Constitución Política, evento en el cual no procedería la sentencia condenatoria por haber recaído sobre un hecho juzgado y consecuentemente, el Tribunal Penal habría actuado sin jurisdicción y competencia pronunciándose sobre un hecho que resolvió otro Tribunal, afectando de esta forma la seguridad jurídica de los procesados por violar el derecho al debido proceso. **CUARTO:** La Sala después de realizar un estudio pormenorizado del contenido de la sentencia dictada por el Cuarto Tribunal Penal del Guayas, establece que: **1)** A fojas 508 a 513 vta. del cuadernillo de revisión consta la resolución de extradición dictada por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de fecha 2 de octubre del 2003, a las 09h00 en la que se niega la extradición pasiva solicitada por la Embajada de Grecia con respecto al recurrente Avelino Suárez González; **2)** A fojas 932 a 937 vta. del cuadernillo de revisión consta la resolución de extradición dictada por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de fecha 2 de octubre del 2003, a las 09h00, en la que se niega la extradición pasiva solicitada por la Embajada de Grecia con respecto al ahora recurrente Anastasio Kagkasidis; **3)** En la fundamentación del recurso de revisión los recurrentes no hacen mención de otra sentencia que se haya pronunciado por el Tribunal de Grecia o de algún otro Estado con respecto al delito por el cual son juzgados y sentenciados y a la que se refiere la sentencia impugnada mediante recurso de revisión. **QUINTO:** Como los recurrentes no han justificado la causal alegada para interponer el recurso de revisión y por cuanto el Tribunal de revisión no puede realizar una nueva valoración de la prueba utilizada por el juzgador para motivar la sentencia condenatoria objeto de la revisión, advirtiendo además que la valoración es una operación mental racional biosíquica que realiza el juzgador como resultado de la intermediación con la práctica de la prueba por los sujetos procesales, y por lo tanto de carácter irrepetible, por lo que, prevalece la autonomía de la voluntad jurisdiccional ya que para arribar a la certeza de la existencia material del delito objeto del juicio y de la responsabilidad penal de los acusados como autores, en el presente caso. Por estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, de conformidad con el Art. 367 del Código de Procedimiento Penal, se declara improcedente el recurso de revisión

presentado por Avelino Suárez González y Anastasio Kagkasidis.-Notifíquese y devuélvase.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado.

f.) Dr. Rodrigo Serrano Valarezo, Conjuez Permanente.

Certifico.

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO PENAL.- Es fiel copia de su original.- Quito, octubre 30 del 2008.- Certifico.- f.) El Secretario Relator.

No. 392-08

Juicio penal No. 470-07 seguido contra Julio Pedro Salazar Cruz y Miriam Esther Zambrano Navarrete por el delito de injurias tipificados y sancionados por el Art. 489, 490 y 491 del Código Penal.

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

Quito, 11 de septiembre del 2008; las 10h00.

VISTOS: Julio Pedro Salazar Cruz y Miriam Esther Zambrano Navarrete, interponen recurso de casación de la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Babahoyo en la que se revoca la sentencia absolutoria dictada por el Juez Séptimo de lo Penal de Los Ríos y se los declara autores responsables del delito de injurias no calumniosas graves que incrimina los números 1, 3 y 4 del Art. 490 del Código Penal y se les impone la pena de tres meses de prisión y multa de doce dólares a cada uno de ellos. Para resolver se considera: **PRIMERO:** Esta Sala es competente para resolver este recurso de casación por el sorteo de Ley realizado el 25 de septiembre del 2007 y por lo dispuesto en los Arts. 200 de la Constitución Política y 349 del Código de Procedimiento Penal. **SEGUNDO:** Los recurrentes fundamentan el recurso de casación expresando en lo principal que: En la sentencia impugnada se vulnera el debido proceso al no considerar las pruebas de descargo y al aceptar como pruebas de descargo, testimonios parcializados. Que en la parte resolutive del fallo dictado por el Tribunal de apelación, se violan los Arts. 495, 490 números 1, 2, 3 y 4, Arts. 492 y 491 del Código Penal. Que los testigos no responden a las preguntas como se requiere en derecho sino que se limitan a expresar solo afirmativamente, es decir sin proporcionar información sobre el hecho que se les pregunta ni sobre sus circunstancias. Que se vulnera el Art. 80 del Código de Procedimiento Penal al aceptar como prueba actuaciones que se vulneran garantías constitucionales. **TERCERO:** La Sala luego de un pormenorizado análisis del contenido de las sentencias expedidas, tanto por el Tribunal de apelación como por el Juez de primera instancia, establece que en el

considerando octavo de la sentencia expedida por éste, se motiva constitucionalmente el fallo absolutorio, en estricta observancia de la garantía del debido proceso contemplada en el numeral 13 del Art. 24 de la Constitución porque, se aceptan como válidos testimonios diminutos, lacónicos, que no expresan absolutamente el conocimiento de los actos imputados a los querellados, ya que todos los testigos responden a las preguntas del interrogatorio afirmativamente, sin narrar en lo absoluto ningún hecho, situación o circunstancia, sino que simplemente expresan “sí, sí, sí”; lo cual no constituye narración de lo que se le pregunta y consecuentemente, el fallo condenatorio carece de motivación por no existir prueba alguna de las supuestas injurias imputadas a los querellados, por lo que se aplica falsamente los numerales 1, 3 y 4 del Art. 490 del Código Penal. **CUARTO:** La Sala observa también que, cada uno de los numerales del Art. 490 del citado código punitivo tipifica un caso específico de injurias no calumniosas graves, porque cada uno tiene su específica circunstancia constitutiva, que difiere sustancialmente a la prevista en los otros casos, por lo que existe indebida acumulación de acciones, ya que un mismo acto no puede constituir cuatro tipos de injurias no calumniosas graves sino solamente una razón por la cual la acusación es ilógica porque vulnera el principio de identidad y además viola el principio de eficiencia, contemplado en el Art. 192 de la Constitución Política y debe ser observado tanto por la acusación como por la defensa, así como por los jueces y tribunales para que los actos procesales que les corresponde ejercer, surtan plenos efectos jurídicos procesales, por lo que al haber vulnerado este principio se viola el debido proceso. **QUINTO:** La Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Los Ríos viola el principio dispositivo contemplado como garantía del debido proceso en el Art. 194 de la Constitución Política porque el querellante al formalizar la acusación particular acusó por los delitos tipificados y sancionados “en los Art. 489 y 490 del Código Penal con la circunstancia del Art. 491 de dicho cuerpo legal” debía pronunciarse sobre esta acusación equivocada y no tratar de corregirla. Ya que esta acusación no es admisible en derecho, porque el mismo acto no puede constituir delito de injuria calumniosa y delito de injuria no calumniosa grave.- Por estas consideraciones, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, se acepta el recurso de casación interpuesto por Julio Pedro Salazar Cruz y Miriam Esther Zambrano Navarrete y corrigiendo los errores de derecho cometidos en la sentencia expedida por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Babahoyo, se la revoca, en aplicación del Art. 358 del Código de Procedimiento Penal. Notifíquese y devuélvase.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado.

f.) Dr. Rodrigo Serrano Valarezo, Conjuez Permanente.

Certifico.

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO PENAL.- Es fiel copia de su original.- Quito, octubre 30 del 2008.- Certifico.- f.) El Secretario Relator.

No. 393-08

Juicio colusorio penal No. 410-06 propuesto por Manuel María Peñafiel Iglesias en contra de Jorge Campoverde, Diana Ramírez; Duesman Ramírez y Mayra Díaz.

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

Quito, 11 de septiembre del 2008; las 10h00.

VISTOS: Para resolver el recurso de apelación interpuesto por los demandados Jorge Campoverde; Diana Ramírez; Duesman Ramírez y Mayra Díaz, de la sentencia condenatoria dictada por la Primera Sala Especializada de lo Penal, Colusorio y Tránsito de la H. Corte Superior de Cuenca en que se declara con lugar la demanda y deja sin efecto el procedimiento colusorio y se les impone a los colusores la pena de un año de prisión de conformidad con el Art. 7 de la Ley para el Juzgamiento de la Colusión, concedido el recurso que se ha sustanciado en esta Segunda Sala, a la que le correspondiera su conocimiento por sorteo, encontrándose en estado de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO:** A fs. 12 y 13 de los autos, comparece Manuel María Peñafiel Iglesias con su escrito de demanda en el que en lo principal expone que compró a los señores Duesman Edulfo Ramírez Aguilar con su cónyuge Mayra Alexandra Díaz Coello y a Diana Mercedes Díaz Aguilar con su cónyuge Jorge Campoverde una fábrica de plástico la misma que estaba ubicada en un terreno de propiedad de los entonces vendedores y detalla los bienes que componían la misma, continúa el actor en su escrito de demanda manifestando que la venta se hizo por la suma de noventa y nueve mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica y que luego de realizada la compraventa se suscitaron problemas “por el hecho de que la fábrica estaba instalada en los terrenos de los entonces vendedores y por cuanto una serie de averías en la maquinaria no permitían un trabajo normal” señalando que hasta incluso se le impedía el paso al inmueble y que “en forma sorpresiva se presenta ante mí el administrador de dicha fábrica, esto es el señor JORGE ENRIQUE GUTIERREZ SERRATO (de nacionalidad colombiana) y me indica que teniendo dinero para invertir, quería él comprarme la fábrica, para lo cual me propone reconocerme parte del capital que yo pagué como entrada en la inicial compra de la fábrica, y, que además él se encargaría de pagar TODAS LAS LETRAS DE CAMBIO PENDIENTES” y “que me entregaría 25.000 dólares”. Continúa el actor manifestando que aceptó la oferta de compraventa y que ésta se realizó mediante escritura pública realizada ante el Notario Décimo del Cantón Cuenca, el 13 de octubre del 2004. Luego indica el actor: “Así con un ardid plenamente planificado, se me hizo suscribir el contrato mediante el cual yo vendí la fábrica a JORGE ENRIQUE GUTIERREZ SERRATO, ante el Notario Sexto del Cantón Cuenca, en fecha 13 DE OCTUBRE DEL 2004, momento en el que se me entregó las letras de cambio aludidas y empecé a esperar que Gutiérrez trabaje la fábrica y me cancele los 25.000 dólares que quedaba como saldo...” Continúa el actor expresando que coincidentalmente el 26 de enero del 2005” pude identificar en un vehículo grande que se trasladaba la maquinaria de la FABRICA DE PLASTICO, que averiguó al chofer del camión sobre quien le había dado la orden de trasladar dichos objetos, habiéndole contestado que eran los

dueños de la fábrica; que al trasladarse con resguardo policial al sitio de la fábrica, pudo constatar que efectivamente se estaban llevando todos los objetos y maquinaria que comprendía la FABRICA DE PLASTICO ALUDIDA, “ante mis requerimientos GUTIERREZ en forma alterada agredió de palabra a la policía indicando que él era un “refugiado” nadie le puede tocar”; “sorpresivamente sale la señora DIANA MERCEDES RAMIREZ AGUILAR y le dice a la Policía que se retiren, pues la dueña de la fábrica era ella y saca a relucir un contrato CELEBRADO EL DIA 13 DE OCTUBRE DEL 2004 (según se nota del documento de detalle de los muebles de la fábrica que tiene esa fecha, aunque en el instrumento de compraventa esta con fecha 15 de octubre del 2004), documento celebrado ante el Notario Décimo de este cantón Cuenca”. “Es decir Srs. Jueces NUNCA EXISTIO LA INTENCION DE GUTIERREZ DE COMPRARME NADA, toda su actuación FUE UN ACTO PREMEDITADO Y PLANIFICADO COLUSORIAMENTE ENTRE GUTIERREZ Y LOS ANTERIORES PROPIETARIOS DE LA REFERIDA FABRICA, quienes planificaron todo este ardid para hacer que les entregue la propiedad o transferencia de dominio de la fábrica a los primeros propietarios, para lo cual el Sr. Gutiérrez se presentó como un supuesto comprador, una persona que supuestamente pagó la deuda a DIANA RAMIREZ y recupera las letras y luego se obligó a trabajar la fábrica para pagarme los veinticinco mil dólares, pero eso no sucedió NUNCA, GUTIERREZ simuló esa compra simuló el pago de las letras de cambio...” “todo ello para el mismo día en que supuestamente me compraba (o en el peor de los casos dos días después) transferir la propiedad a los primeros dueños en la persona de DIANA MERCEDES RAMIREZ; todo ello con el evidente perjuicio que se me ha ocasionado, pues habiéndose DESMANTELADO LA FABRICA, y con el simulado contrato de compraventa, se me HA DESPOJADO DE MI PROPIEDAD SOBRE LA FABRICA y de todo LO QUE PAGUE EN SU MOMENTO POR LA MISMA, pues habiéndose trasladado, desmantelado y llevado los objetos que formaba esa fábrica, se me ha dejado con un mero documento de 25.000 imposible de cobrar...”. Concluye el actor manifestando: “Por lo antes expuesto y en amparo del Art. 1 y mas pertinentes de la Ley para el Juzgamiento de la colusión; acudo ante su autoridad y demando y/o PRESENTO LA ACCION DE COLUSION, en contra de: JORGE ENRIQUE GUTIERREZ SERRATO y a los señores DIANA MERCEDES RAMIREZ AGUILAR, JORGE CAMPOVERDE, DUESMAN EDULFO RAMIREZ AGUILAR, y, MAYRA ALEXANDRA DIAZ COELLO, esto para que su autoridad en sentencia declare con lugar mi demanda y por ello declare como lo actuado por los descritos demandados, como un acto colusorio debiendo por ello declararse como NULO el contrato mediante el cual el señor JORGE ENRIQUE GUTIERREZ SERRATO, me compró la FABRICA DE PLASTICOS, esto es todos los muebles que conformaban el mismo, contrato celebrado ante el Sr. Notario Décimo de este cantón Cuenca, en fecha 13 de octubre del 2004; así como se declarará nulo el documento mediante el cual JORGE ENRIQUE GUTIERREZ SERRATO, le vende a DIANA MERCEDES RAMIREZ AGUILAR, todos los muebles que conformaban dicha fábrica de plástico...” “y por ello que vuelvan las cosas al estado anterior y como se encontraba antes de que se pague este acto colusorio...” “Por último pido expresamente que en sentencia a los demandados se los condene al MAXIMO DE LA PENA PREVISTO POR

LA LEY PARA ESTOS CASOS, esto es a un año de presión”. **SEGUNDO:** Citados que han sido los demandados, contestan a la demanda en los siguientes términos: a fs. 19 comparece **Jorge Enrique Gutiérrez Serrato**, quien manifiesta: “...Yo he sido trabajador del señor Manuel María Peñafiel Iglesias y fue él quien me contrató como técnico para que yo trabajara administrando la fábrica sin que me haya siquiera señores Ministros pagado mis mensualidades por el trabajo realizado y peor aun haya cumplido con sus obligaciones de patrono como determinan la Constitución de la República y el Código del Trabajo. Soy señores Ministros un comprador de buena fe de la maquinaria y muebles que pertenecían a la fábrica de plásticos que tenía el señor Manuel María Peñafiel, a quien yo le entregué la cantidad de TREINTA MIL DOLARES EN LETRAS DE CAMBIO le firmé como soporte del restante un documento de crédito por veinte y cinco mil sucres cantidad, que conozco le estoy debiendo al señor Peñafiel, y no pretendo perjudicarlo absolutamente en nada al señor peor aun que yo haya pactado con otra persona para perjudicarlo. El negocio que yo hice con la señora Diana Ramírez Aguilar lo hice por mi propia responsabilidad y como dueño de la maquinaria por cuanto ya había comprado de buena forma al señor Manuel María Peñafiel y fue él quien en persona fue a la notaría y sin presiones de ninguna clase a firmar los papeles respectivos. Oportunamente probaré señores Ministros que el señor Manuel Peñafiel incluso no había sido dueño de la maquinaria sino que ésta estaba a nombre de su hermano y que se hizo poner a su nombre a última hora con la finalidad de negociar con mi persona. Por otro lado jamás he pactado con el señor Peñafiel el hecho de que yo no mueva la maquinaria del sector o lugar en donde se encontraba, pues señores Ministros, el terreno no le pertenece al señor Peñafiel, por lo mismo el no puede disponer del mismo sin darme siquiera un contrato de arriendo. Contestando a la demanda lo hago en siguientes términos: 1.- Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda 2.- Improcedencia de la acción. 3.- Falta de derecho para proponer la demanda 4.- Ilegitimidad de personería activa y pasiva”. A fs. 20 comparecen **Duesman Edulfo Ramírez Aguilar y Mayra Alexandra Días Cuello**, quienes manifiestan, entre otras cosas lo siguiente “...Se da el caso de que el señor Manuel María Peñafiel efectivamente con nosotros realizó una transacción comercial o un negocio mediante el cual le dimos en venta maquinaria y materia prima que correspondían a los activos de una fábrica de plásticos; sin embargo luego de haber pactado precio, el señor Manuel María Peñafiel nos entregó un bien como parte de pago el mismo que incluso había estado con prohibición de enajenar a favor de la AGD para poder solucionar el inmueble y poder recuperar nuestro dinero. Por otro lado nada tenemos que ver con el negocio que voluntariamente han realizado los señores Manuel María Peñafiel con el señor Jorge Enrique Gutiérrez Serrato y peor aún con la señora Diana Mercedes Aguilar, quien es hermana del primero de los comparecientes, peor aún que nosotros hayamos pactado con ninguno de ellos en perjudicarlo y causarle un daño al señor Manuel María Peñafiel ni haya firmado documento alguno en este sentido, por el contrario el accionante en esta causa jamás cumplió con nuestras personas en las obligaciones que contrajo cuando vendimos la fábrica y tuvimos que negociar los documentos de crédito a favor de otra persona por cuanto el señor Manuel María Peñafiel no tiene bien alguno con los que pueda respaldar las cambiales que firmó en respaldo de las obligaciones, incluso señores Ministros estas se

negociaron a precios más bajos con la finalidad de poder rescatar algo. Ruego se tome en cuenta lo manifestado por nosotros, ya que el señor Manuel María Peñafiel para no pagar las cambiales u obligaciones contraídas con nosotros, había él sí pactado con su hermano Jorge Peñafiel Iglesias, con quien hicieron contratos de compraventa a fin de que podamos secuestrar los bienes del señor Manuel María Peñafiel, todo esto lo demostraremos dentro del respectivo término de prueba. Dejamos anotado señores Ministros que estas letras de cambio se negoció con el señor Jorge Enrique Gutiérrez Serrato, quien fue el técnico colombiano que trabajó con el mismo señor Manuel María Peñafiel. Dando contestación a la infundada demanda la hacemos en los siguientes términos: 1.- Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda. 2.- No me allano con ninguna nulidad procesal. 3.- Falta de derecho para plantear la demanda y peor aún para demandar” a fs. 21, comparen: **Jorge Campoverde y Diana Ramírez Aguilar**, quienes manifiestan lo siguiente: “...Sorpresa nos ha causado la infundada demanda presentada por el señor Manuel María en nuestra contra y de otros por supuesta colusión, más sucede señores Ministros que nada tenemos que ver con acuerdos o documentos suscritos por el señor Manuel María Peñafiel y otras personas, pues únicamente la segunda de las comparecientes es quien ha intervenido dentro como compradora de muebles y enseres de la fábrica de plásticos al señor Jorge Enrique Gutiérrez Serrato y ha dispuesto de los mismos como dueña que es en la actualidad. Nada tenemos que ver con los negocios que el señor Manuel María Peñafiel haya hecho con el señor Duesman Ramírez y con el señor Jorge Gutiérrez, pues a pesar de que el señor Duesman Ramírez es hermano de la segunda compareciente, nada nos une con el señor Peñafiel, persona que ha estado ocupando el local en donde funcionaba la fábrica y disponiendo del mismo de manera arbitraria sin consultar sobre el uso del suelo a los propietarios del terreno. Por lo expuesto y como lo demostraremos dentro del término de prueba; pues nada y ningún documento nos une a nosotros con el señor Manuel María Peñafiel, por lo que dando contestación a la demanda la hacemos con los siguientes términos: 1.- Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda. 2.- Falta de derecho para demanda. 3.- Falta de personería activa y pasiva. 4.- Improcedencia de la acción. ...”. **TERCERO.-** El Director General de Asesoría encargado, Subrogante de la Ministra Fiscal General, de ese entonces, en dictamen de fs. 7 a 9 del cuaderno de la Sala, expresa que de la prueba practicada consistente en: a) Copia certificada de la escritura de compraventa de la fábrica de plásticos, celebrada ante el Notario Undécimo de Cuenca, el 13 de octubre del 2004, según la cual, Manuel María Peñafiel Iglesias, da en venta a favor de Jorge Enrique Gutiérrez Serrato, dicha fábrica; b) Copia de la escritura de fecha 15 de octubre del 2004, otorgada ante el Notario Sexto de Cuenca mediante la cual Jorge Enrique Gutiérrez Serrato, da en venta a favor de Diana Mercedes Ramírez Aguilar, la referida fábrica de plásticos, que lo adquirió a Manuel María Peñafiel Iglesias, dos días antes de este último contrato; c) testimonios de los señores Juan Diego Muñoz Arizaga, William José Ordóñez Sempértegui y Nidia Clotilde Astudillo, quienes en forma concordante, precisan respeto a la negociación, a las personas que eran socios de la fábrica y la relación existente entre el colombiano Gutiérrez Serrato, con los primeros vendedores, quien vivía en la casa de Jorge Campoverde y Duesman Ramírez, corroborando con las declaraciones de Martha Yolanda Escandón Mera, Teófilo

Antonio Vilche Mancilla, quienes manifiestan conocer a Jorge Enrique Gutiérrez Serrato, como propietario de un restaurante "Tierras Colombianas", en sociedad con la señora Diana Ramírez Aguilar, a cuyo nombre se encuentra registrado en la base de datos del Registro Unico de Contribuyentes, con el No. 01033784001, perteneciente a la indicada señora Diana Ramírez Aguilar, así como consta en el certificado de ETAPA; que la línea telefónica del mencionado restaurante, ha sido asignada a dicha señora, instalada el 14 de octubre del 2004, es decir al siguiente día de la suscripción de la compraventa de la fábrica de plásticos que lo hiciera el colombiano Gutiérrez, circunstancias éstas que sumadas a las negociaciones de compra venta de la fábrica de plásticos que sirvieron únicamente de ardid para fraudulentamente ocasionar el perjuicio al accionante Manuel María Peñafiel Iglesias; además de todo aquello se agrega el criterio tanto de la doctrina como de la jurisprudencia: "Para que exista colusión no es necesario de un convenio expreso entre las partes, basta con que los hechos la relevan en forma unívoca y clara", como sucede en el presente caso". Por lo que concluye solicitando que de todo lo analizado y encontrándose justificado los elementos constitutivos de la colusión, se deseché el recurso de apelación interpuesto por los demandados y se confirme la sentencia venida en grado.

CUARTO.- dentro del término de prueba el actor para probar la relación existente entre Duesman Ramírez, Jorge Gutiérrez y Diana Ramírez solicita los testimonios de los señores William Ordóñez y Juan Muñoz para quienes presenta el interrogatorio de fs. 31 vuelta de los autos, testigos que responden afirmativamente este interrogatorio, con lo que se establece que las mencionadas personas eran socios del restaurante "Tierras Colombianas" en el cual incluso realizaban gestiones administrativas. Por petición del actor se realiza a fs. 126, la inspección del local en el que funcionaba la fábrica de plásticos, diligencia en la que la Primera Sala de lo Penal de la H. Corte Superior de Justicia de Cuenca, observa que el local es un adicional a la casa de habitación del señor Jorge Campoverde que aparentemente está en proceso de remodelación; no existe materia prima alguna, el local cuenta con dos ingresos principales; uno a través de la casa de habitación mencionada y cuya entrada puede ser bloqueada desde la misma y otra exterior que da a una calle de una urbanización privada y que igualmente puede ser bloqueada desde su interior. Además el acta presenta dos letras de cambio por las cantidades de 10.000 y 15.000 dólares respectivamente aceptadas por Jorge Gutiérrez Serrato; también se encuentran agregados al proceso: **1.-** La Escritura de compraventa de bienes muebles a favor de Manuel María Peñafiel Iglesias, otorgada por Duesman Ramírez Aguilar y señora \$ 99.000,00, Escritura celebrada el día 16 de enero del 2004, ante el Notario Sexto del cantón Cuenca. **2.-** Escritura de compraventa de bienes muebles, que otorga Manuel María Peñafiel Iglesias a favor de Jorge Gutiérrez Serrato. Cuantía \$ 99.000,00. Escritura celebrada el día 13 de octubre del 2004, ante la Notaría Décima Primera del cantón Cuenca; y, **3.-** Escritura de compraventa de muebles a favor de Diana Mercedes Ramírez Aguilar, otorgada por Jorge Enrique Gutiérrez Serrato. Cuantía \$ 5.000,00. Escritura celebrada el día 15 de octubre del 2004, ante el Notario Sexto del cantón Cuenca.

QUINTO.- De la prueba analizada se concluye que el actor no ha justificado el acto colusorio, con las exigencias del Art. 1 de la Ley para el Juzgamiento de la Colusión cuales son: **1.-** Acuerdo o pacto ficticio y fraudulento entre dos o más personas para perjudicar a un tercero. **2.-** Perjuicio real

y efectivo ocasionado a un tercero, privándole de sus derechos reales sobre algún inmueble o de otros derechos que le competan. En la especie de la documentación que obra de autos, especialmente de las escrituras de compraventa, no se observa vicios de consentimiento, como tampoco las de fondo y de forma, todo lo contrario la venta de los bienes muebles fue realizada mediante documentos notariados, esto es públicamente sin fraudulencia. Se han producido dos negociaciones completamente diferentes la una de la otra, pero que en definitiva versan o recaen sobre bienes muebles estrictamente, entre ellos maquinaria, que si bien son parte de una empresa dedicada a la producción o fabricación de plásticos, en ningún momento se habla del traspaso del dominio de la empresa como tal, que debía cumplirse bajo las normas que rigen a las compañías y las regulaciones dictadas por la Superintendencia de Compañías, limitándose entonces la negociación a un común y corriente contrato de compraventa de bienes muebles. Por lo que no se ha llegado a establecer el perjuicio ocasionado al demandante Manuel María Peñafiel, pues él mismo reconoce que tiene una letra de cambio por veinte y cinco mil dólares, que fue la que Jorge Gutiérrez Serrato le entregó en la negociación, aunque posteriormente resultan ser dos cambiales que suman ese valor. Consecuentemente, esta Sala establece que el accionante Manuel María Peñafiel, se equivocó en la acción planteada, ya que los hechos deducidos en la demanda, y luego corroborados con las constancias procesales debieron ser planteadas ante un Juez ordinario de lo civil, ya que cuando el titular del derecho lo enajena por error, fuerza, engaño o dolo del comprador, no se configura la colusión, sino una causa de nulidad de contrato. Finalmente como queda analizado, no se han probado los fundamentos de la acción, ni los elementos configurativos de la colusión por parte del demandante Manuel María Peñafiel Iglesias. Por estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, Declara procedente el recurso de apelación deducido por los demandados, y revoca la sentencia venida en grado, y sin lugar la acción colusoria planteada. Por cuanto el demandante ha pretendido hacer valer sus derechos presuntamente lesionados, se declara su demanda no maliciosa ni temeraria. Sin costas. Notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal Inferior para que se cumpla lo resuelto.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado.

f.) Dr. Rodrigo Serrano Valarezo, Conjuez.

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.-SEGUNDA SALA DE LO PENAL.- Es fiel copia de su original.- Quito, octubre 30 del 2008.- Certifico.- f.) El Secretario Relator.

No. 394-08

Juicio penal No. 184-06 contra Rafael Alfredo Valle Raza, por el delito de estafa tipificado y sancionado en el Art.563 del Código Penal.

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

Quito, 11 de septiembre del 2008; las 09h45.

VISTOS: El sentenciado Rafael Alfredo Valle Raza, interpone recurso de casación de la sentencia condenatoria dictada en su contra por el Tribunal Segundo de lo Penal de Tungurahua, la cual lo declara autor responsable del delito de estafa tipificado y sancionado en el Art. 563 del Código Penal y se le impone la pena de seis meses de prisión correccional. Concluido el trámite, para resolver se considera. **PRIMERO:** Esta Sala Especializada de lo Penal es competente para conocer y resolver este recurso de casación, por el sorteo de ley realizado el 6 de marzo del 2006 y por lo dispuesto en los Arts. 200 de la Constitución Política del Estado y 349 del Código de Procedimiento Penal.- **SEGUNDO:** El recurrente fundamenta el recurso de casación expresado en lo principal que no se ha valorado el conjunto de pruebas, por lo que se vulneran las reglas de la sana crítica, ya que sin existir prueba alguna sobre la existencia del delito y su responsabilidad se dicta la sentencia condenatoria, sin acatar lo dispuesto en los Arts. 84, 85, 86, y 87 del Código de Procedimiento Penal. Adicionalmente realiza un análisis de lo actuado en la sentencia de juzgamiento en relación a fundamentar su criterio de que se ha dictado la sentencia condenatoria sin existir prueba alguna.- **TERCERO:** La representación del Ministerio Público contestando al traslado con fundamentación del recurso presentado por el recurrente, después de un análisis de las pruebas actuadas en la audiencia de juzgamiento manifiesta que carece de fundamento lo expresado por el recurrente por lo que el recurso se ha interpuesto indebidamente, en consideración a que se ha comprobado conforme a derecho la existencia del delito de estafa y la responsabilidad del acusado como autor, porque el acusado ahora recurrente recibió treinta mil dólares americanos utilizando falsamente la calidad de Gerente de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Microempresarial CACMERT Ltda., a un mes de plazo, con el fin de que Lourdes Margoth Guzmán Salazar obtenga al final del mismo el valor correspondiente a los intereses, lo que no ha ocurrido y la referida depositante fue perjudicada, por lo que se confirma el delito de estafa; y concluye la representante del Ministerio Público que por observarse violaciones de la ley a la sentencia se declare improcedente el recurso de casación. **CUARTO:** La Sala luego del estudio del contenido de la sentencia en relación a las alegaciones deducidas como fundamento del recurso de casación y a la contestación a éste presentada por el representante del Ministerio Público, establece que el recurrente pretende una nueva valoración de la prueba constitucionalmente actuada en la audiencia de juzgamiento y que al ser valorada por el juzgador mediante las reglas de la sana crítica arriba a la certeza de la existencia material del delito de estafa, si como de la responsabilidad del acusado como autor del delito de estafa tipificado y sancionado en el Art. 563 del Código Penal, porque se encuentra probados los siguientes hechos: **1)** Que el acusado no se encontraba registrado al momento de la recepción de los treinta mil dólares en la Subdirección de Cooperativas como Gerente de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Microempresarial CACMERT Ltda.; **2)** Que el acusado aduciendo ser gerente de esta Cooperativa se hizo entregar el dinero por la ofendida Lourdes Margoth Guzmán Salazar que lo hizo convencida que realizaba un depósito a plazo fijo; **3)** Que de la certificación del interventor de la misma cooperativa,

el doctor Fausto Moreno, consta que no existe ningún depósito a plazo fijo por treinta mil dólares a nombre de la ofendida, de la contadora general testifica que los treinta mil dólares no ingresaron a las cuentas de la cooperativa y quedó en poder del acusado. Con estos hechos se establece la existencia de los elementos tanto como objetivos como subjetivos de la estafa, porque el acusado utilizó en engaño como medio para hacerse entregar los treinta mil dólares, que la ofendida entregó el dinero bajo la influencia de este engaño y convencida que realizaba un depósito a plazo fijo; y que el acusado se quedó con el dinero en su poder, es decir, que se lo hizo entregar con el propósito de apropiarse.- **QUINTO.-** El fallo condenatorio se encuentra debidamente motivado conforme lo exige el numeral 13 del Art. 24 de la Constitución Política del estado y el Art. 304 del Código de Procedimiento Penal, por lo que es coherente con la realidad de los hechos constitucionalmente probados en la audiencia de juzgamiento, con observancia de los principios que regulan la práctica de la prueba oral contemplados en el Art. 194 de la Carta Magna. Por estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se declara improcedente el recurso de casación interpuesto por Rafael Valle Raza.- Notifíquese y devuélvase.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado.

f.) Dr. Rodrigo Serrano Valarezo, Conjuez Permanente.

Certifico.

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.-SEGUNDA SALA DE LO PENAL.- Es fiel copia de su original.- Quito, octubre 30 del 2008.- Certifico.- f.) El Secretario Relator

No. 395-08

Juicio penal No. 184-08 contra Joffre Vicente Loroña Logroño, por el delito tipificado y sancionado en el Art. 560 del Código Penal.

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

Quito, septiembre 10 del 2008; las 15h00.-

VISTOS: El Recurrente Joffre Vicente Loroña Logroño, interpone recurso de casación de la sentencia condenatoria dictada por el Cuarto Tribunal Penal del Guayas, que lo declara autor responsable del delito tipificado y sancionado en el Art. 339 del Código Penal, imponiéndole a la pena de seis años de reclusión menor ordinaria. Concluido el trámite, para resolver se considera: **PRIMERO:** Esta

Segunda Sala de lo Penal es competente para conocer y resolver este recurso de casación; por el sorteo de ley realizado el 7 de abril del 2008 y por lo dispuesto en los Arts. 200 de la Constitución Política del Estado y 349 del Código de Procedimiento Penal.- **SEGUNDO.-** El recurrente fundamenta el recurso de casación expresando en lo principal: Que en la sentencia se viola el numeral 13 del Art. 24 de la Constitución Política, porque carece de motivación por no haberse valorado el conjunto de pruebas y consecuentemente no corresponda a la realidad de los hechos y se lo condena sin haberse justificado la existencia del delito objeto del juicio ni su responsabilidad. Que en la sentencia se realiza una falsa aplicación del Art. 339 del Código Penal, porque las facturas no son instrumento público ni bancario ni judicial, sino instrumentos privados, de acuerdo con lo dispuesto en los Arts. 191 y 193 del Código de Procedimiento Civil. Que se lo condena por el delito de falsedad instrumental sin haberse realizado el examen grafotécnico de los documentos presuntamente alterados, por lo que se violan los Arts. 148 y 152 del Código de Procedimiento Penal Que no se ha considerado la transacción o finiquito en que consta que no se ha ocasionado perjuicio para Autorradiador S.A. Que no reconocen atenuantes, contraviniendo los Arts. 29 y 72 del Código Penal. **TERCERO:** El Dr. Washington Pesantes Muñoz, Ministro Fiscal General del Estado, contestando el traslado con la fundamentación al recurso de casación presentada por el recurrente, después de un exhaustivo análisis del contenido de la sentencia impugnada especialmente de la prueba constitucionalmente actuada, manifiesta en lo principal que el Tribunal juzgador viola el Art. 339 del Código Penal al imponer la pena de seis años de reclusión menor ordinaria al acusado, porque solamente se ha demostrado que este se dispuso arbitrariamente una suma de dinero, sin que yo lo haya restituido, porque esta conducta configura el delito tipificado en el Art. 560 del Código Penal, ya que se dispuso del dinero recaudado que no le pertenecía y que debía ser entregado a la coordinadora de cobranzas de Autorradiador S.A. y concluye el representante del Ministerio Público expresando de que la Sala case la sentencia recurrida y corrigiendo los errores de derecho contenidos en la sentencia, imponga al acusado la pena correspondiente al delito tipificado en el Art. 560 del Código Penal.- **CUARTO:** La Sala después de analizar el contenido de la sentencia y en especial de la prueba actuada en la audiencia de juzgamiento con observancia de las garantías en la práctica de la prueba oral, contempladas en el Art. 194 de la Constitución Política, observa que se han probado los siguientes hechos: **1)** Que el acusado alteró la nota de crédito con el propósito de disponerse arbitrariamente del dinero recaudado y que no le pertenecía; **2)** Que efectivamente el acusado se dispuso arbitrariamente del dinero utilizando como medio comisivo a nota de crédito; **3)** Que la alteración de la nota de crédito es parte del proceso de ejecución de la disposición arbitraria del dinero; **4)** Que la alternación de la nota de crédito y la disposición arbitraria configuran un delito único y que es el delito de abuso de confianza, tipificado en el Art. 560 del Código Penal y por lo tanto debe ser juzgado en forma divisible porque la alteración de la nota de crédito constituye acto ejecutivo para la realización de la disposición arbitraria, lo cual significa que dicha alteración constituye el fraude previsto en tipo como medio comisivo, que se altera para engañar, para ocultar, para disimular, para simular y para asegurar los resultados de la apropiación ilícita o indebida.- **QUINTO:** El Tribunal Juzgador viola las reglas de la sana crítica contempladas en el Art. 86 del

Código de Procedimiento Penal y el principio de la concentración de la prueba establecido en el Art. 194 de la Constitución Política de Estado, al no valorar en el conjunto de pruebas y como resultado de estos errores de derecho realiza una falsa aplicación del Art. 339 del Código Penal en el fallo condenatorio, considerando al medio fraudulento empleado para disponerse del dinero por parte del acusado como delito independiente y a la nota de crédito como instrumento público, siendo que estas no son otorgadas por funcionarios públicos y además, no se encuentran previstas en la citada disposición penal, Por estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se acepta parcialmente el recurso de casación interpuesto por el recurrente y corrigiendo los errores de derecho cometidos en la sentencia condenatoria, se la reforma en el sentido de que a el acusado Joffre Vicente Loroña Logroño se lo declara autor responsable del delito tipificado y sancionado en el Art. 560 del Código Penal y se le impone la pena de un año de prisión correccional, debiéndose descontar el tiempo que se ha encontrado privado de su libertad por esta causa y multa de ocho dólares de Norte América.- Notifíquese y devuélvase.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado.

f.) Dr. Rodrigo Serrano Valarezo, Conjuéz Permanente.

Certifico.

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO PENAL.- Es fiel copia de su original.- Quito octubre 30 del 2008.- Certifico.- f.) El Secretario Relator.

No. 396-08

Juicio penal No. 104-08 contra Marcia Esmilda Vallejo Merino, por injurias a Guido Arsenio Mancero Guevara.

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

Quito, septiembre 11 del 2008; las 17h30.

VISTOS: El querellante Guido Arsenio Mancero Guevara, interpone recurso de casación de la sentencia de mayoría dictada por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Riobamba, en la que se confirma la sentencia absolutoria dictada por el Juez Primero de lo Penal de Chimborazo a favor de la querellada Marcia Esmilda Vallejo Merino. Para resolver se considera: **PRIMERO:** Esta Sala es competente para resolver este recurso de casación por el sorteo de Ley realizado el 26 de febrero del 2008 y por lo dispuesto en los Arts. 200 de la

Constitución Política y 349 del Código de Procedimiento Penal. **SEGUNDO:** El recurrente fundamenta el recurso de casación expresando en lo principal que en la sentencia de mayoría se infringen las siguientes normas de derecho: El Art. 10 del Código Penal, porque a pesar de que en el escrito presentado en su contra por la querellada que contiene injurias, no se aplica esta disposición. Que también se infringe el Art. 489 del Código Penal que define la injuria calumniosa, porque no se lo aplica a pesar de la existencia del referido escrito. Que también se viola el Art. 491 del Código Penal que determina las sanciones para el delito de injuria calumniosa, Que también se vulneran los Arts. 23, 24 y 194 de la Constitución Política, porque el fallo es ilegal por apartarse de los principios contemplados en la Constitución. **TERCERO:** El inciso segundo del Art. 125 de la Constitución Política establece que: “**se prohíbe el nepotismo en la forma que determine la ley. La violación de este principio se sancionará penalmente**”, porque es evidente que constituye un acto de corrupción, por lo que, la misma Constitución en el Art. 97 numeral 14, establece como un deber para todo ciudadano la denuncia de los actos de corrupción, es decir que existe acción popular reconocida constitucionalmente para denunciar el nepotismo. En el presente caso, la querellada denunció un acto de nepotismo cometido por el querellado a favor de su sobrina, el mismo que consta en el considerando octavo de la sentencia del Juez de primera instancia, fue establecido con certeza mediante prueba constitucionalmente actuada, por lo que la querellada al denunciar el acto de nepotismo, ejerció un derecho reconocido por la Constitución. **CUARTO:** El Tribunal de apelación en el considerando noveno de la sentencia impugnada acepta la motivación de la sentencia realizada por el juzgador y concluye expresando que no ha existido la intención deliberada de ofender o el ánimo de injuriar, lo que esta Sala considera que es acertado, porque quien denuncia un acto de corrupción cumple un deber que impone la Constitución a todo ciudadano y precisamente esto fue lo que hizo la querellada Marcia Esmilda Vallejo Merino, por lo que tanto la sentencia de primera como de segunda instancia se encuentran debidamente motivadas conforme lo exige el numeral 13 del Art. 24 de la Constitución Política y el Art. 304-A del Código de Procedimiento Penal y consecuentemente, no existen ninguna de las violaciones de la ley en la sentencia que infundadamente alega el querellante recurrente en su escrito de fundamentación del recurso de casación. Por estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY. Se declara improcedente el recurso de casación interpuesto por Guido Arsenio Mancero Guevara. Notifíquese y devuélvase.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado.

f.) Dr. Rodrigo Serrano Valarezo, Conjuez Permanente.

Certifico.

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO PENAL.- Es fiel copia de su original.- Quito, octubre 30 del 2008.- Certifico.- f.) El Secretario Relator.

No. 403-08

Juicio Penal No. 134-08 contra Joselito Paz Galeas por el delito de estafa tipificado y sancionado por el Art. 563 del Código Penal en perjuicio de Marco Antonio Alencastro Núñez.

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

Quito, 22 de septiembre del 2008; las 09h30.

VISTOS: El acusador particular, Marco Antonio Alencastro Núñez, interpone recurso de casación de la sentencia condenatoria dictada por el Segundo Tribunal Penal de Pichincha en contra de Joselito Paz Galeas, declarándole autor responsable del delito de estafa tipificado y sancionado en el Art. 563 del Código Penal y se le impone la pena atenuada de un año de prisión correccional. Para resolver se considera: **PRIMERO:** Esta Segunda Sala Especializada de lo Penal es competente para conocer y resolver este recurso de casación, por el sorteo de ley realizado el 11 de marzo del 2008 y por lo dispuesto en los Arts. 200 de la Constitución Política del Estado y 349 del Código de Procedimiento Penal.- **SEGUNDO:** Examinado el expediente se establece que se han observado las garantías del debido proceso y por lo cual se declara su validez procesal.- **TERCERO:** El recurrente Marco Antonio Alencastro Núñez, fundamenta el recurso de casación expresando en lo principal que, el Tribunal Juzgador viola en la sentencia el Art. 73, los numerales 6 y 7 del Art. 29, y el Art. 30 del Código Penal, y así como también el Art. 150 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, porque no se han considerado las agravantes probadas en la audiencia de juzgamiento y en este sentido se hace una falsa valoración de la prueba, porque se le reconocen atenuantes al acusado, por lo que se aplica falsamente en Art. 73 del Código Penal y los numerales 6 y 7 del Art. 29 ibídem; que se contraviene el texto del numeral 9 del Art. 150 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, al no considerar como agravante que el acusado es doctor en jurisprudencia. adicionalmente realiza un análisis desde su particular punto de vista, de las actuaciones probatorias practicadas en la audiencia de juzgamiento sobre la existencia de las agravantes.- **CUARTO:** El doctor Washington Pesantez Muñoz, Ministro Fiscal General del Estado, después de un detenido análisis de las pruebas actuadas constitucionalmente en la audiencia de juzgamiento y que constan en la sentencia impugnada, expresa su criterio de que el Juzgador no ha violado ninguna de las disposiciones legales que el recurrente cita indebidamente en la fundamentación, porque ha valorado en conjunto la prueba en aplicación a las reglas de la sana crítica contempladas en el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal y como resultado de esta valoración arriba a la certeza sobre la existencia material del delito de estafa tipificado en el Art. 563 del Código Penal y sobre la responsabilidad del acusado como autor, por lo que no existe la violación en la sentencia de ninguna de las disposiciones que cita el recurrente, porque la pena se ha aplicado con relación a las pruebas practicadas, de las que no aparece la existencia de agravantes y peor aún que el delito se haya perpetrado por motivo de discriminación, al que se refieren el numeral 6 del Art. 30 del Código Penal ni tampoco que el acusado se encuentre en la circunstancia

establecida en el numeral 5 de esta disposición penal; y concluye el representante del Ministerio Público expresando su criterio de que se rechace el recurso de casación por improcedente.- **QUINTO:** La fundamentación del recurso de casación deducido por el acusador particular Marco Antonio Alencastro Núñez se concreta a que se ha violado la ley en la sentencia porque al acusado se le reconocen las atenuantes 5 y 6 del Art. 29 del Código Penal, sin considerar que, según afirma el recurrente, ha probado en la audiencia de juzgamiento la existencia de las agravantes determinadas en los numerales 5 y 6 del Art. 30 del Código Penal. Al respecto la Sala observa que el juzgador en el considerando octavo de la sentencia impugnada ha valorado las pruebas actuadas en la audiencia de juzgamiento, como son los certificados de antecedentes personales del acusado, certificados de antecedentes penales del mismo, y la ordenanza municipal obtenida por el acusado a favor de la Urbanización Jesús del Gran Poder, declara que se han probado la existencia de las indicadas atenuantes, lo cual se encuentra conforme a derecho, porque en el inciso primero del Art. 29 del Código Penal se establece que constituye atenuante la circunstancias que no revelan peligrosidad alguna en el acusado, como son las que se mencionan, considerando además que la estafa es un delito de carácter económico.- **SEXTO:** Respecto a la alegación de que no se ha considerado la agravante del numeral 9 del Art. 150 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, la Sala observa que esta circunstancia es una causa de inhabilitación para el ejercicio de la profesión, pero no un agravante, porque la ley al darle el tratamiento jurídico de causa de inhabilitación para ejercer la profesión de abogado, no puede usarse esta circunstancia también como agravante, porque la misma circunstancia no puede agravar doblemente la situación del acusado, y por encontrarse expresamente el efecto de la inhabilitación se observará solamente este.- **SEPTIMO:** La Sala observa que el Juzgador si bien acepta las atenuantes mencionadas no aplica la disminución de la pena que establece el Art. 73 del Código Penal. Por estas consideraciones. **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,** se declara improcedente el recurso de casación presentado por el acusador particular Marco Antonio Alencastro Núñez y de oficio en aplicación del Art. 358 del Código de Procedimiento Penal se reforma la sentencia condenatoria dictada por el Segundo Tribunal Penal en el sentido de que se le impone al acusado Joselito Paz Galeas la pena de tres meses de prisión correccional, debiéndose descontar el tiempo que ha permanecido detenido. Se acepta la acusación particular deducida por Marco Antonio Alencastro Núñez.- Notifíquese y devuélvase.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado.

f.) Dr. Rodrigo Serrano Valarezo, Conjuez Permanente.

Certifico.

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

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

Quito, 8 de octubre del 2008; las 08h40.

VISTOS: Marco Antonio Alencastro Núñez, solicita aclaración de la sentencia, en el sentido de por qué se le disminuye nuevamente la pena al acusado, sin considerar que el Juzgador lo sentenció a cinco años de prisión y aceptando las atenuantes le bajó a un año de prisión. Al respecto la pena para el delito de estafa por el cual fue declarado autor responsable el acusado, es la de prisión de seis meses a cinco años y multa de ocho a ciento cincuenta y seis dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, por lo que en aceptación de las atenuantes y en aplicación del Art. 73 del Código Penal, la pena, necesariamente tenía que ser inferior al margen mínimo señalado en el Art. 563 ibídem es decir, a los seis meses y por consiguiente al haberse impuesto al acusado la pena de un año, a pesar de las atenuantes, se viola el Art. 73 del Código antes citado, lo cual constituye error de derecho y se lo corrige en la sentencia, lo que no existe oscuridad en la sentencia y por lo cual se deniega la aclaración solicitada.- Por los términos descomedidos en el que el solicitante se dirige al Tribunal, se ordena devolver el escrito bajo prevenciones de ley al abogado patrocinador y se proceda conforme a lo establecido en el Art. 202 de la Ley Orgánica de la Función Judicial.- Notifíquese y devuélvase.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Rodrigo Serrano Valarezo, Conjuez Permanente.

f.) Dr. Máximo Ortega Ordóñez, Conjuez Permanente. V. S.

Certifico.

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

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

Quito, 8 de octubre del 2008; las 8h40.

VISTOS: por cuanto no integré la Sala a la época en que se expidió la sentencia de 22 de septiembre del 2008, a las 09h30, en juicio de Estafa No. 134-K4-2008, que sigue Marco Antonio Alencastro Núñez contra Joselito Paz Galeas, no me corresponde emitir pronunciamiento alguno acerca de la aclaración de dicha resolución, solicitada por Marco Antonio Alencastro Núñez. Notifíquese.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Rodrigo Serrano Valarezo, Magistrado.

f.) Dr. Máximo Ordóñez, Conjuez Permanente, Voto Salvado.

Certifico.

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO PENAL.- Es fiel copia de su original.- Quito, octubre 30 del 2008.- Certifico.- f.) El Secretario Relator.

No. 37-2008

ACTOR: Dr. Azael Moreno Aguirre en calidad de apoderado especial y procurador judicial del Ing. Elías Gattass Sahih.

DEMANDADO: Banco del Pacífico S. A., y Ab. Luis Villacís Guillén.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL
SALA DE CONJUECES PERMANENTES**

Quito, a 18 de febrero del 2008; las 15h00.

VISTOS (100-2003): Avocamos conocimiento de la presente causa en nuestras calidades de conjuceces permanentes designados por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución tomada el 29 de agosto del 2007; y además, el Dr. Manuel Sánchez Zuraty por disposición del auto de 15 de enero del 2008, fs. 38 de los autos. En lo principal, el Dr. Azael Moreno Aguirre en calidad de apoderado especial y procurador judicial del Ing. Elías Gattass Sahih, en el juicio ordinario que, por daños morales y daños y perjuicios, sigue contra el Banco del Pacífico S. A., y Ab. Luis Villacís Guillén, dentro del término previsto en el artículo 5 de la Ley de Casación, presenta recurso de casación (fojas 278 de segunda instancia) de la sentencia dictada por la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, el día 6 de noviembre del 2002; a las 16h39 (fojas 271 a 273 del cuaderno de segunda instancia), que confirma en todas sus partes la sentencia subida en grado, que declara sin lugar la demanda. **PRIMERO:** Este Tribunal de Casación es competente para conocer y resolver la presente causa en virtud del mandato contenido en el Art. 200 de la Constitución Política de la República y en atención a lo dispuesto en el Art. 1 de la Ley de Casación. **SEGUNDO:** En virtud del principio dispositivo, el recurrente es quién fija el ámbito de competencia de la Sala de Casación a través de los cargos precisos contra la sentencia que impugna. Este criterio ha sido reiteradamente establecido, entre otros fallos, en los publicados en el Registro Oficial No. 282 de marzo 12 del 2001, pág. 31; Registro Oficial No. 336 del 30 de mayo del 2001, pág. 9, y en la Gaceta Judicial No. 8, Serie XVII, pág. 2288. El demandado en su escrito de recurso de casación, señala como normas infringidas los siguientes artículos del Código Civil: Art. innumerado a continuación del Art. 2258 (actual 2232), Art. 2256 (actual 2229), Art. 2244 (actual 2217), Art. 1744 (1717), Art. 1747 (1720); y, los siguientes del Código de Procedimiento Civil: Art. 518 (actual 507), Art. 120 (actual 116), y Art. 180 (actual 176). **TERCERO:** Las causales en las que funda el recurso son la 1 y la 3 del Art. 3 de la Ley de Casación. **CUARTO:** El casacionista determina su recurso (Capítulo 111 del escrito del Recurso de Casación) en: a) Falta de aplicación de normas de derecho: 1° La que menciona en el ordinal segundo literal a) del escrito de casación; artículo innumerado a continuación del Art. 2258 del anterior Código Civil, respecto del daño moral. 2° Art. 2256 del mismo Código Civil sobre la responsabilidad por actos de dolo o malicia; 3° Art. 2244 del mismo Código Civil, sobre la responsabilidad de los autores; 4° Art. 1744 del Código Civil, sobre la fecha de los instrumentos

públicos; y, 1747 del mismo Código sobre la fecha de un instrumento privado; b) También invoca como causal del recurso de casación, en el literal f), Capítulo Segundo del escrito de casación, respecto de la errónea interpretación del Art. 518, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil anterior, respecto de la improcedencia de la demanda de concurso de acreedores sin existir mandamiento de ejecución; y, c) Por último invoca el recurrente la falta de aplicación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, lo cual ha conducido a la no aplicación de normas de Derecho en la sentencia. La falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, que invoca el casacionista, son los siguientes: a) Falta de aplicación del Art. 120 del Código de Procedimiento Civil anterior, que limita la prueba a lo que se litiga, lo cual se determina en la litis contestatio. En éste proceso, menciona el casacionista, tanto el Juez a quo como el Tribunal de Apelación aceptaron pruebas impertinentes presentadas por la parte demandada; b) Dentro de ésta causa -dice- los jueces a quo y de Segunda Instancia ni siquiera tomaron en cuenta pruebas legalmente actuadas producidas por la parte actora, lo cual condujo a la no aplicación de los artículos 2244, 2258 y 2256 del Código Civil. **QUINTO:** En primer lugar corresponde analizar los cargos presentados por la causal tercera. **5.1.** En el Capítulo III, literal C) se encuentran los siguientes cargos: falta de aplicación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; causal que se encuentra en el numeral 3° del Art. 3 de la Ley de Casación; a) falta de aplicación del Art. 120 del Código de Procedimiento Civil que limita la prueba a lo que se litiga, lo cual se determina con la litis contestatio, pues tanto el Juez a quo, como el Tribunal de apelación permitieron pruebas impertinentes solicitadas por la parte demandada; y b) estos mismos jueces no tomaron en cuenta las pruebas legalmente solicitadas y actuadas por la parte actora, lo que condujo a la no aplicación de los artículos 2258 y 2256 del Código Civil anterior, así como el Art. 2244 del mismo código. Estos cargos tienen relación directa con el principio dispositivo que da a las partes el derecho para proponer la demanda, las excepciones y las pruebas, y que en nuestro País este principio tiene rango constitucional porque consta en el Art. 194 de la Constitución y por tanto prevalece sobre cualquier norma de menor nivel; determina que las partes son los sujetos activos del proceso ya que sobre ellos recae el derecho de iniciarlo y determinar su objeto, mientras que el Juez dirige el debate y decide la controversia; este principio rige desde la iniciativa porque el proceso solo se inicia si media la correspondiente petición del interesado por conducto del acto que en lo civil se denomina demanda, respondiendo de esta manera al aforismo latino *nemo iudex sine actore* (no hay Juez sin actor) y *-ne procedt iudex ex officio* (el Juez no puede proceder o actuar de oficio). De esta manera, las partes también imponen el tema de decisión que es el tema de debate o controversia, el tema es fijado por las partes correspondiéndole al demandante determinarlos en la demanda y al demandado en la contestación: esto constituye la materia sobre la cual el juez da su sentencia. Como complemento de lo anterior el tema de los hechos se funda en los hechos que invocan las partes. El principio dispositivo comprende también la iniciativa para que se decreten las pruebas y practiquen para demostrar los hechos materia del tema de acuerdo con el principio de la carga de las pruebas, es decir, el demandante le corresponde probar los hechos en que sustenta sus peticiones, mientras que al demandado le interesa demostrar sus excepciones, de tal manera que, conforme a este principio, el Juez carece de

facultad para introducir pretensiones en la demanda y contestación ni para decretar pruebas de oficio tendientes a aclarar hechos del debate, limitándose a lo que aparezca de las solicitudes de las partes. Pero el principio dispositivo tiene directa relación con el principio de contradicción que consiste en que una parte tenga la oportunidad de oponerse a un acto realizado a instancia de la contraparte y a fin de verificar su regularidad, por tanto, es propio de los procesos donde existe un demandante y un demandado, es decir, en los procesos de tipo contencioso. Son dos los aspectos que integran la contradicción: 1) el derecho que tiene la parte de oponerse a la realización de un determinado acto, y, 2) la posibilidad que tiene la parte de controlar la regularidad y cumplimiento de los preceptos legales. Se persigue con este principio evitar suspicacias sobre las proposiciones de las partes. Es por esto que "debe su ponerse lógicamente que nadie habrá de tener más interés que el adversario en oponerse y contradecir las proposiciones inexactas de su contraparte; y, por consiguiente, cabe admitir que las proposiciones no contradichas deben suponerse exactas", como lo afirma Eduardo J. Couture. La contradicción no requiere que la parte en cuyo favor se surte realice los actos que con tal efecto consagra la ley, sino basta que se le haga conocer la respectiva providencia, puesto que esto le da la posibilidad de llevarlos a cabo. Es obvio que el demandado podrá ejercer la contradicción de las pretensiones que constan en la demanda y que no podrá hacerlo de aquellas que no constan. Principio procesal universal es el de la Congruencia del Juez respecto de la pretensión de las partes, consiste en la concordancia que debe existir entre el pedimento formulado por las partes y la decisión que sobre él tome el Juez. **5.2.** Respecto del cargo a) mencionado en el literal C) es necesario examinar las excepciones propuestas por la parte demandada para determinar la pertinencia o no de las pruebas solicitadas. Estas excepciones se encuentran determinadas en el Capítulo III del escrito de contestación de la demanda, de fecha 25 de mayo de 1999, que dice: a) Negamos los fundamentos de hecho y de derecho en los cuales se sustenta la improcedente demanda y los escritos posteriores presentados por el actor; b) Negamos haber causado daño moral al actor; c) Negamos haber causado daños y perjuicios al actor; d) Negamos ser legítimos contradictores del actor por el alegado incumplimiento del supuesto contrato, pues él debió demandar a su contratante; e) Alegamos expresamente la falsedad del contenido del denominado convenio de inversión y compra de producto; y, de la supuesta carta que firma el 16 de agosto de 1998 el señor Monroy; f) Petición abusiva (sic). Trabada así la litis las pruebas debieron concretarse a lo que se litigaba pero lejos de eso se observa que tanto el Juez a quo como el Tribunal ad quem admitieron pruebas extrañas a la litis, como son las que se refieren al total de exportaciones de tilapia por país de destino, grado de elaboración, concesiones y/o autorizaciones, y al registro de criadores de peces en la Subsecretaría de Recursos Pesqueros, pruebas que, por ser impertinentes y violatorias a lo dispuesto en el Art. 120 (actual 116) del Código de Procedimiento Civil, no pueden servir a favor de la mencionada parte demandada. El Art. 116 del Código antes mencionado es claro e imperativo: "las pruebas deben concretarse al asunto que se litiga...". Examinado el proceso se observa que las pruebas solicitadas por la parte demandada no se refieren a las excepciones que propuso al contestar la demanda. Además, se observa que la parte demandada pese a que en su contestación alega la falsedad del contenido del denominado convenio de inversión y compra de producto y de la carta que firma el 16 de agosto de 1998 el señor

Monroy, no aporta prueba alguna para demostrar tal falsedad, al contrario, dentro del término de prueba la parte demandada en su escrito de fecha abril 20 del año 2000, en su numeral 5.1, pide que se reproduzca como prueba a su favor "el convenio de inversión y compra de productos supuestamente suscrito el 14 de abril de 1998, por el cual el actor debió exportar quinientas cincuenta mil libras de filetes de tilapia durante ocho años cuyo contenido es simulado" (sic); y 5.2, "la carta supuestamente enviada al actor el 16 de agosto de 1998 con la que se dejaba sin efecto el convenio aludido en el número que precede, cuyo contenido es simulado" (sic). Respecto a esto hay que observar que no puede aceptarse un instrumento en forma condicional por prohibirlo la ley; en efecto, el Art. 176 del Código de Procedimiento Civil es claro e imperativo: "Es indivisible la fuerza probatoria de un instrumento y no se puede aceptarla en una parte y rechazarla en otra". Por consiguiente, al haber la parte demandada reproducido como prueba a su favor los instrumentos presentados por el actor, estuvo obligado a aceptarlo en todas sus partes y así lo declara este Tribunal. Respecto de la alegada "simulación", la Excma. Corte Suprema de Justicia tiene establecido que para que un acto o contrato sea anulado por simulación, debe proponerse la acción ordinaria de nulidad de un contrato por simulación (Gaceta Judicial Serie IX, N. 10, pág. 999; Registro Oficial No. 575, del 14 de mayo del 2002, pág. 33), lo cual no se ha cumplido en el presente caso. Esta falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, han conducido a la no aplicación de los artículos 2258, 2256 y 2244 del Código Civil anterior (actuales artículos 2231, 2229 y 2217), que se refieren, los dos primeros al derecho de demandar por daño moral, y el tercero a la solidaridad entre las personas que han cometido un delito o cuasidelito. En base al análisis realizado, se acepta este cargo. **5.3.** Respecto del cargo b) mencionado en el literal C) del recurso de casación, se observa que la alegación del casacionista de que "ni siquiera se tomaron en cuenta pruebas legalmente actuadas dentro del término probatorio por parte del actor, lo cual condujo a la no aplicación de los Arts. 2258 y 2256 del Código Civil, así como el Art. 2244 del mismo Código", no explica si se trata de alguno de los vicios de aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, contemplados en el numeral tercero del Art. 3 de la Ley de Casación, motivo por el cual no se acepta el cargo. - **SEXTO:** Respecto de la causal primera, que alega el recurrente en el Capítulo III, literal B) de su escrito de casación se refiere a la errónea interpretación del Art. 518 del Código de Procedimiento Civil, inciso segundo, sobre la procedencia de la demanda de concurso de acreedores, sin existir mandamiento de ejecución. - Al respecto, en la sentencia impugnada el Tribunal ad quem dice que "en tanto no existe en la especie lesión extrapatrimonial que redimir, deviene irrelevante entrar al análisis de las pruebas de cargo...". Para afirmar que no existe lesión extrapatrimonial el Tribunal ad quem utiliza el argumento de que "la acción de concurso de acreedores (...) no es un tema propiamente materia de un debate por daño moral, y esto por la simple y llana razón a que las acciones o ejercicios que viabiliza o posibilita la ley no pueden ser antijurídicas o peor configurativas de un hecho ilícito que obligue a resarcir al presunto agraviado o perjudicado lesiones extrapatrimoniales o morales (...) auto de negativa al trámite por parte del Juez Quinto de lo Civil de Guayaquil, no se encuentra ejecutoriado, existiendo una apelación ante la Corte Superior de Justicia de Guayaquil,

por lo que es válida la apreciación del inferior en el fallo dictado de que el actor asume en forma inoportuna, extemporánea e ilegal que la sola presentación de una demanda de concurso de acreedores sea causa suficiente para un enjuiciamiento por daño moral". Esta forma de motivación que utiliza el Tribunal ad quem es un sofisma porque parte de la consideración de que las acciones que posibilita la ley no pueden ser antijurídicas, sin considerar que para ello es necesario que estas acciones sean propuestas precisamente cumpliendo los presupuestos legales y no como en el caso que se juzga en que en la demanda de concurso de acreedores contra Elías Gattass Sahih, presentada en el Juzgado Quinto de lo Civil de Guayaquil, el Banco accionante no ha acompañado algún mandamiento de ejecución no cumplido, como lo dispone el Art. 518 (actual 507) del Código de Procedimiento Civil que establece que "Tiene lugar el concurso de acreedores, en los casos de cesión de bienes, y de insolvencia sea por falta de dimisión de bienes por parte del deudor, cuando fuere compelido a señalarlos para el embargo, o por insuficiencia en la dimisión. Tratándose de comerciantes matriculados, el juicio se denominará de quiebra, y esta se declarará, además de las causales expresadas en el inciso anterior, por la presentación, por parte de un acreedor, de un auto de pago no satisfecho, por cesación en el cumplimiento de sus obligaciones a tres o más personas distintas, acreditadas con documento reconocido o con instrumento público". Esta Sala hace hincapié en que, la frase "además de las causales expresadas en el inciso anterior", que utiliza el segundo inciso del artículo citado, significa que debe cumplirse las dos disposiciones en forma copulativa, por lo que no es suficiente que en el caso de comerciantes se presente "un auto de pago no satisfecho", sino que, además, debe existir "falta de dimisión de bienes por parte del deudor, cuando fuere compelido a señalarlos para el embargo, o por insuficiencia en la dimisión", esto es, no cumplir un "mandamiento de ejecución", que el Banco del Pacífico no ha presentado en el juicio de insolvencia. De esta manera se encuentra demostrada la causal establecida por el casacionista en su Capítulo III, literal B) de su escrito en que interpone el recurso de casación que dice "errónea interpretación del Art. 518 del Código de Procedimiento Civil sobre la procedencia de la demanda de concurso de acreedores sin existir mandamiento de ejecución".

SEPTIMO: En relación a la misma causal primera, otras impugnaciones que hace el recurrente son la falta de aplicación de los artículos que menciona en el capítulo tercero literal A) del escrito que contiene el recurso de casación, es decir del artículo innumerado incorporado a continuación del Art. 2258 (actual 2232) del Código Civil respecto de daño moral, del Art. 2256 (actual 2229) del Código Civil por actos de dolo o malicia, y Art. 2244 (actual 2217) del mismo código sobre la responsabilidad de los actores. Al respecto, examinado el proceso, aparece que, en efecto, no se han aplicado las disposiciones mencionadas anteriormente y que se transcriben a continuación: "Art. Innumerado agregado luego del Art. 2258 (actual 2232). En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta. Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito y cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación, o quienes causen lesiones, cometan

violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes". De autos consta la prueba de los sufrimientos síquicos y morales sufridos por el señor Elías Gattass Sahih, como resultado de la acción dolosa materia de esta acción, sin que la pretendida tacha de los testigos presentados por el actor para acreditarlo, que hace el demandado, les quite idoneidad, pues las únicas causas de tacha de los testigos se encuentran enumeradas en el Art. 216 del Código de Procedimiento Civil (que además deben probarse), ninguna de las cuales afecta a tales testimonios. Respecto del certificado médico que rechaza la parte demandada esta Sala tiene el criterio de que los certificados médicos otorgados por un facultativo prestan un obligado mérito procesal, porque son profesionales que adquirieron la facultad legal de emitir esa clase de informes al optar los correspondientes títulos académicos; así lo ha resuelto la Excma. Corte Suprema de Justicia en el fallo publicado en la Gaceta Judicial No. 6, de la Serie XII, pág. 1215. Tampoco se ha aplicado, como acusa el casacionista, el Art. 2244 (actual 2217) del Código Civil que dice: "Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas cada uno de ellos será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito". La condena a la indemnización de todo perjuicio debe hacerse conforme lo define el Art. 1572 de la actual codificación del Código Civil que dice: "La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante (...)". Con base a este análisis también se acepta este cargo.

OCTAVO: Una vez que este Tribunal de Casación ha aceptado los cargos expresados en los considerandos anteriores, procede dictar la Sentencia de mérito que corresponde.

8.1.- El señor Elías Gattass Sahih demanda al Banco del Pacífico S. A., y solidariamente al Ab. Luis Villacís Guillén, la indemnización por daño moral y por daños y perjuicios, por cuanto, dice que fue ilegal y abusivamente demandado ante el Juez Quinto de lo Civil de Guayaquil para que se forme contra él juicio de concurso de acreedores fundamentado en los artículos 518 y 530 del Código de Procedimiento Civil anterior y sea declarado insolvente, pidiendo (en dicha demanda de concurso de acreedores) que se oficie a la Superintendencia de Compañías y de Bancos, Notarios Públicos y Registradores de la Propiedad de la República del Ecuador y por último a las autoridades de Migración del país para que impida su salida. Que extraoficialmente, continúa, se enteró sobre la mencionada demanda que por sorteo conoció el señor Juez Quinto de lo Civil de Guayaquil con el número 658/A/98, ante el cual el recurrente hubo de comparecer con toda la documentación, previamente certificada de todos los Juzgados de lo Civil donde se tramitaban los diferentes juicios incoados en contra de sus representadas TILAMAR ECUADOR S. A., LIBANOMAR S. A., y MARMÍ S. A., juicios uno en trámite, otros donde ya existían desistimientos de los actores por haber cancelado valores, y algunos concluidos. Que sin embargo el Ab. Luis Villacís Guillén con su mal fundamentada petición de concurso de acreedores hizo inducir a engaño a la autoridad que la conocía porque jamás adjuntó a su pretensión ningún mandamiento de ejecución que constituye un requisito de admisibilidad previo a demandar concurso de acreedores, pues el accionado en este juicio Ab. Luis Villacís Guillén, solamente acompañó, a su conveniencia, demandas y autos de calificación de algunos juicios pero no las excepciones planteadas por el recurrente ni tampoco los desistimientos

existentes en ciertos casos, lo que ocultó conscientemente con el único y perverso fin de causarle daño material, psíquico y moral. Que el Juez Quinto de lo Civil de Guayaquil se abstuvo de tramitar la susodicha e improcedente demanda ordenando además su archivo mediante providencia dictada y notificada el 27 de julio de 1998. Que la acción de Luis Villacís Guillén, Procurador del Banco del Pacífico, al demandarlo sin justificación alguna -lo que realizó de manera consciente y voluntaria- ha lesionado su honor y dignidad, que lo consiguió y además afectó su reputación y buen nombre así como el deterioro de su salud física y psíquica por haber sido demandado a concurso de acreedores para que se declare su insolvencia por la dolosa actitud del mencionado Luis Villacís Guillén quien trastocó la verdad de los hechos por lo cual el actor (es decir el casacionista), amparado en lo dispuesto en los artículos 2258 e innumerados siguientes del Código Civil de aquella época, demandó a Luis Villacís Guillén por sus propios derechos y por los que representa del Banco del Pacífico S. A., en su calidad de Procurador Judicial, para que sea condenado por el agravio moral cometido y la reparación de dicho daño; fija la cuantía es tres mil millones de sucres.- Posteriormente, como aún no había sido citada la demanda por daño moral antes relatada, el señor Elías Gattass Sahih reformó la demanda en la siguiente forma: 1) La demanda no solo es por reparación de daños morales sino también por los daños y perjuicios ocasionados de conformidad a lo dispuesto en los artículos 2256 incisos 1ero, y 2258 del Código Civil anterior; y, 2) Según lo dispuesto en los artículos 2244 inciso 2do, del mismo Código, todo fraude o dolo cometido por dos o más personas debe ser pagado solidariamente por todos los que han intervenido en él. Que fundamentado en las disposiciones antes mencionadas, reformó la demanda en los siguientes términos: a) La demanda es contra el Banco del Pacífico S. A., y contra el Ab. Luis Villacís Guillén, a este por sus derechos personales, pues los actos dolosos cometidos contra el suscrito (el actor Elías Gattass Sahih), fueron cometidos por dicho letrado en calidad de Procurador Judicial del Banco del Pacífico S. A., por lo que lo obliga solidariamente y así propone su demanda pues las acciones del mandatario obligan al mandante; y, b) El valor de los daños y perjuicios que reclama en esta demanda pasa los setenta millones de dólares americanos, porque, por culpa de la acción dolosa de los demandados perdió un contrato de exportación de filetes de tilapia, a razón US \$ 3.25 dólares americanos cada libra bajo un mínimo de doscientos cincuenta mil libras de tilapia mensuales durante ocho años: este contrato debidamente protocolizado ante un Notario Público fue celebrado el día 14 de abril de 1998 y fue revocado por su contratante con fecha 16 de agosto de 1998, luego de que llegó a tener conocimiento de la demanda de insolvencia dolosa y perversa que le hizo el Ab. Luis Villacís Guillén en calidad de Procurador Judicial del Banco del Pacífico S. A., demanda que fue expuesta al público en el Juzgado Quinto de lo Civil de Guayaquil (que es una dependencia pública) y que fue leída (ya que es muy conocido en el comercio) por más de cuarenta personas, algunas de las cuales se la hicieron conocer a su contratante vía telefónica y fax. Que acompaña al efecto el original del contrato revocado por culpa de la parte demandada y que iba a comenzar a regir a partir del mes de octubre de 1998. Que adjunta también el original de la comunicación de su contratante, en la que le hace saber su decisión de que por haber tenido conocimiento de las acciones del Banco del Pacífico dejaba sin efecto tal contrato. **8.2.-** El señor Luis Wilfrido Villacís Guillén, por sus propios derechos y por

los que representa en su calidad de Gerente del Banco del Pacífico S. A., contesta la demanda expresando lo siguiente: 1. Redarguye de falso y objeta la legitimidad de todos los documentos con los que pretende el actor justificar su demanda, en especial el pseudo (sic) convenio de inversión y compra de producto y la comunicación supuestamente suscrita el 16 de agosto de 1998 por el señor Néstor Manuel Enrique Monroy Cedeño; 2. En el apartado "Antecedentes" hace una relación de su punto de vista respecto de su relación con el actor, los antecedentes de éste, y sobre los documentos presentados por el accionante; 3. Presenta las siguientes excepciones: a) Negativa de los fundamentos de hecho y derecho en los cuales se sustenta la improcedente demanda y los escritos posteriores presentados por el actor; b) Negativa de haber causado daño moral al actor; c) Negativa de haber causado daños y perjuicios al actor; d) Negativa de ser legítimos contradictores del actor por el alegado incumplimiento del supuesto contrato, pues él debió demandar a su contratante; e) Alega expresamente la falsedad del contenido del denominado Convenio de Inversión y Compra de producto; y, de la supuesta carta que firma el 16 de agosto de 1998 el señor Monroyh; f) Petición Abusiva. En el mismo escrito de excepciones la parte demandada reconviene al actor por la suma de diez millones de dólares por concepto de daño moral y daños y perjuicios causados a su representado Banco del Pacífico S. A.- Se sustanció la reconvenición, luego se celebró la Junta de Conciliación, se recibió la causa a prueba dentro de la cual se practicaron las pedidas por las partes. **8.3-** La sentencia de primera instancia declararon sin lugar la demanda y la reconvenición, y la sentencia de segunda instancia confirma en todas sus partes la sentencia subida en grado, por lo que el actor, Elías Gattass Sahih, agraviado con tales fallos ha interpuesto Recurso de Casación, juicio que, ha recaído en esta Sala de Conjuces de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Excma. Corte Suprema de Justicia. **8.4-** El accionante dice que el Banco del Pacífico S.A., presentó contra él, Elías Gattass Sahih, demanda de concurso de acreedores (insolvencia) sin existir pronunciamiento por parte de Juez alguno del mandamiento de ejecución respectivo, es decir la disposición judicial de que Elías Gattass Sahih haya sido requerido para que pague o dimita bienes en el término de veinticuatro horas. Efectivamente, examinado el proceso no aparece que junto con la demanda de concurso de acreedores de Elías Gattass Sahih, presentada en el Juzgado Quinto de lo Civil de Guayaquil, el mencionado Banco haya acompañado algún mandamiento de ejecución no cumplido, como lo dispone el Art. 518 (actual 507) del Código de Procedimiento Civil que establece que "Tiene lugar el concurso de acreedores, en los casos de cesión de bienes, y de insolvencia sea por falta de dimisión de bienes por parte del deudor, cuando fuere compelido a señalarlos para el embargo, o por insuficiencia en la dimisión". El segundo inciso del mismo artículo dice lo siguiente: "Tratándose de comerciantes matriculados, el juicio se denominará de quiebra, y esta se declarará, además de las causales expresadas en el inciso anterior, por la presentación, por parte de un acreedor, de un auto de pago no satisfecho, por cesación en el cumplimiento de sus obligaciones a tres o más personas distintas, acreditadas con documento reconocido o con instrumento público". Es decir, respecto del concurso de acreedores se requiere la existencia del mandamiento de ejecución (orden de que el deudor pague o dimita bienes); pero si el deudor es comerciante matriculado se requerirá además, la presentación por parte de un acreedor, de un auto de pago no satisfecho o, por cesación en el cumplimiento de sus

obligaciones a tres o más personas distintas acreditadas con documento reconocido o con un instrumento público. Ninguna de estas circunstancias justificó el Banco del Pacífico por haber presentado la demanda de concurso de acreedores contra Elías Gattass Sahih en el Juzgado Quinto de lo Civil de Guayaquil, sin mandamiento de ejecución alguno. Citada que fue la parte demandada con la demanda ordinaria de daños y perjuicios que se está juzgando se observa que el demandado dio la siguiente contestación (escrito de fecha 25 de mayo de 1999): 2.1. "Antecedentes.- El 18 de junio de 1998 a las 15h20 del Banco del Pacífico S.A., presentó en la sala de sorteos de la H. Corte Superior de Justicia de Guayaquil una demanda solicitando se ordene el inicio de un concurso de acreedores en contra del señor Elías Gattass Sahih, fundamentada en el Art. 18 y 530 del Código de Procedimiento Civil, en virtud de los cuales se puede solicitar la formación del concurso de acreedores de todas aquellas personas que se encuentren en estado de cesación en el cumplimiento de sus obligaciones a tres o más personas distintas, acreditadas con documentos reconocidos o con instrumento público". Esto afirmó, la parte demandada cambiando el texto de la ley para justificar el acto cometido, pues el Art. 518 del Código de Procedimiento Civil no dice eso. Esta contestación a la demanda, efectuada por la parte demandada, demuestra claramente la mala intención no solo de justificar la acción dolosa del Banco del Pacífico sino también la de tratar de engañar a la administración de justicia, pues, siendo como es el Ab. Luis Villacís Guillén, Abogado Bancario, debe saber y tener experiencia que la ley no dice lo que transcribió sino que, a más del mandamiento de ejecución, para que proceda el concurso de acreedores (la quiebra en tratándose de un comerciante matriculado) la ley exige los requisitos siguientes: a) Insolvencia por falta de dimisión de bienes cuando fuere compelido a señalarlos para el embargo; b) En caso de quiebra tratándose de un comerciante matriculado: 1) Presentación por parte de un acreedor de un auto de pago no satisfecho; 2) Cesación en el cumplimiento de sus obligaciones a tres o más personas distintas; y, 3) Que estas obligaciones sean acreditadas con documentos reconocidos o instrumentos públicos. Como ya se expresó anteriormente, ninguna de estas circunstancias se cumplieron respecto del casacionista Elías Gattass Sahih, sino que el Banco del Pacífico S. A., a sabiendas, demostrando el designio y propósito de hacerle daño al señor Elías Gattass Sahih, tergiversó el texto de la ley para proponer la demanda de concurso de acreedores que le causó los daños y perjuicios que reclama. **8.5.-** Sobre el daño moral, de autos consta la prueba de los sufrimientos síquicos y morales sufridos por el señor Elías Gattass Sahih, como resultado de los actos del banco, que se acredita con las declaraciones de los testigos señores Julio Alberto Lozano Cruz, Lauro Walterio Cangá Caicedo, José Reinaldo Zeli Palomino y Juan Francisco Loor Alvarez, sin que la pretendida tacha que hace el demandado, les quite idoneidad, pues las únicas causas de tacha de los testigos se encuentran enumeradas en el Art. 216 del Código de Procedimiento Civil (que además deben probarse), ninguna de las cuales afecta a tales testimonios. También constan a fojas 802 a 804 certificaciones otorgadas el 24 de junio, el 30 de junio de 1998, y el 17 de abril del 2000, las dos primeras emitidas por el médico clínico Dr. Luis Augusto Sorroza y la última por el psicólogo clínico Dr. Enrico Bonfanti Habze en las que dichos profesionales afirman que el actor padecía un síndrome gastrointestinal, insomnio, crisis nerviosa y un cuadro mixto ansioso depresivo; certificaciones respecto de las cuales esta Sala tiene el

criterio de que los certificados médicos otorgados por un facultativo prestan un obligado mérito procesal, porque son profesionales que adquirieron la facultad legal de emitir esa clase de informes al optar los correspondientes títulos académicos; así lo ha resuelto la Excma. Corte Suprema de Justicia en el fallo publicado en la Gaceta Judicial No. 6, de la Serie XII, pág. 1215. **8.6.-** Sobre los daños y perjuicios sufridos por el actor existe lo siguiente: 1) Junto al libelo de demanda en su parte reformativa el actor recurrente presentó dos instrumentos probatorios de suma importancia: el original del convenio de inversión y compra de productos celebrado entre el actor Elías Gattass Sahih por sus propios derechos y como Gerente de la Compañía TILAMAR ECUADOR S. A., y el señor Enrique Monroy Cedeño, debidamente autenticado ante el Notario Público Ab. Segundo Ibole Zurita Zambrano, con fecha 14 de abril del mismo año, y la comunicación enviada por el contratante Enrique Monroy Cedeño con fecha agosto 16 del mismo año, documento cuya copia debidamente autenticada lo volvió a presentar en el término de prueba. En esta comunicación, el contratante Néstor Enrique Monroy Cedeño le manifiesta al señor Elías Gattass Sahih que la demanda de concurso de acreedores que le propuso el Banco del Pacífico le ha hecho dudar seriamente de su honradez y por ese motivo deja sin efecto el contrato celebrado el 14 de abril del mismo año. Durante el término probatorio de primera instancia, por providencia dictada el 8 de agosto del año 2000, se trasladó el juzgado a la Notaría del cantón Yaguachi para la exhibición del Protocolo de dicha Notaría a fin de examinar el convenio de inversión y venta celebrado entre el actor y Enrique Monroy Cedeño a fin de constatar los instrumentos que contienen el convenio de inversión y ventas celebrado entre el actor Elías Gattass Sahih y el Broker Enrique Monroy Cedeño; en efecto, en esa diligencia se constató que el referido contrato se encuentra debidamente incorporado en el Protocolo de la Notaría del cantón Yaguachi con fecha 14 de abril de 1998 fecha muy anterior a la demanda de concurso de acreedores propuesta por la parte demandada, que ha motivado éste juicio. En dicha diligencia consta que se volvió a agregar otra copia de la comunicación enviada por el señor Néstor Monroy Cedeño que contiene la certificación auténtica que también consta agregada en el protocolo referido del mismo Notario, motivo por el cual estos documentos hacen prueba plena dentro del juicio, más aún si la misma parte demandada los reprodujo como prueba conforme ya se analizó anteriormente. Dice el Art. 1720 de la actual codificación del Código Civil que "la fecha de un instrumento privado no se cuenta, respecto de terceros, sino desde el día en que ha sido copiado en un registro público o que se haya tomado razón de él o lo haya inventariado un empleado competente con el carácter de tal. A su vez, la Corte Suprema de Justicia tiene establecido que "La protocolización de un instrumento privado produce el efecto de asegurar la identidad del documento y su existencia en la fecha en que se protocoliza ante el Notario", así consta en el fallo publicado en la Gaceta Judicial Serie XVII N° 5, pág. 1317. Por lo tanto, conforme la ley y la doctrina la validez de los negocios jurídicos se presume salvo que falte alguna solemnidad sustancial, en cuyo caso sería nulo (Registro Oficial No. 190 de octubre 15 del 2003, pág. 17). En esta virtud dicho contrato o convenio de inversión y compra de tilapia celebrado entre Elías Gattass Sahih y Néstor Enrique Monroy Cedeño tiene pleno valor de credibilidad pues la parte demandada no impugnó la veracidad de las fechas de otorgamiento ni intentó producir prueba alguna que haga dudar de la fecha de su otorgamiento por lo que se acepta su

veracidad en cuanto a su real existencia a la fecha de su otorgamiento en forma indiscutible. Siendo, pues, verdadero tal otorgamiento con anterioridad al acto cometido por el Banco del Pacífico S. A., es pertinente examinar las principales cláusulas contenidas en dicho contrato o convenio: La cláusula segunda establece el tiempo dentro del cual debía comenzar la entrega de doscientos cincuenta mil libras mensuales de filetes de tilapia que serían conseguidas de uno o más proveedores. En la cláusula quinta, el comprador Enrique Monroy se compromete a realizar todas las gestiones para la consignación de un crédito (Joint Venture) de tres millones de dólares en un plazo de tres meses una vez efectuada la primera exportación del producto, inversión que tenía por objeto cancelar deudas que mantiene Elías Gattass Sahih y la compañía que representa con el Banco del Pacífico S. A., y otras entidades financieras, para que se levante hipotecas y gravámenes que pesan sobre bienes inmuebles, comprometiéndose a su vez Elías Gattass Sahih a respaldar con hipotecas el dinero adeudado a favor de la compañía que iba a conceder el préstamo, etc. la cláusula sexta dice que el precio del pescado filete fresco por libras de calidad AA, pactado entre las partes, sería de 3,25 dólares americanos, CIF Miami-Estados Unidos. Y, además, la cláusula octava establece que el plazo pactado entre ambas partes para iniciar la exportación estipulada en la cláusula segunda será a partir del sexto mes de suscrito el acuerdo, y la producción y exportación estipulada en la cláusula tercera será a partir de un año contado a partir del cumplimiento del contenido de la cláusula quinta. De acuerdo a estas cláusulas del contrato, el monto total de ventas durante la vigencia del mismo hubiera sido de aproximadamente setenta y ocho millones de dólares (US \$ 78'000.000. Todas estas cláusulas son claras, sencillas y factibles de ser cumplidas entre las partes, porque nada hay dudoso ni impugnado ni que ponga en duda la posibilidad de cumplimiento tanto más que fue celebrado bajo la presunción de buena fe, sin que fuera posible suponer ni predecir lo que más tarde cometería el Banco del Pacífico S. A., demandando al señor Elías Gattass Sahih, en juicio de concurso de acreedores, sin cumplir los requisitos legales.

8.7.- De acuerdo al tratadista Dr. Juan Carlos Gardella (Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo V. pág. 607. Driskill S.A. Buenos Aires 1977) "los romanos han elaborado una teoría sobre los elementos de los daños y perjuicios, que ha pasado a la tradición jurídica occidental y ha llegado hasta nuestros días: se concreta en la distinción entre el *damnum emergens* y el *lucrum cessans*. *Damnum emergens* es el perjuicio sufrido por el acreedor, en forma efectiva, y que puede ser directo o indirecto. *Lucrum cessans* es la ganancia o provecho de que ha sido privado el acreedor, por causa del incumplimiento (...). Esta clasificación de los elementos del daño ha pasado a las legislaciones modernas; hay un ejemplo clásico, repetido por todos los autores, para mostrar gráficamente los dos conceptos: en un contrato de un actor teatral con un empresario de teatro, en caso de incumplimiento por el actor, debe considerarse, en primer lugar, la indemnización de los gastos hechos por el empresario (...) y, en segundo lugar, las ganancias probables de que se ve privado por la actitud del actor (...); lo primero es *damnum emergens*, lo segundo es *lucrum cessans*". En nuestra legislación la condena a la indemnización de todo perjuicio debe hacerse conforme lo define el Art. 1572 de la actual codificación del Código Civil que dice: La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante (...)" **8.8.-** El Art. 2232 del Código Civil vigente establece que podrá demandar indemnización

pecuniaria, a título de reparación, quien hubiere sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta, ordenando que están especialmente obligados a esta reparación, entre otros, quienes provoquen procesamientos injustificados y en general sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes. En el presente caso, la demanda de insolvencia que no cumple con los requisitos legales, presentada por el Banco del Pacífico contra el actor, constituye, sin lugar a dudas, un procesamiento injustificado. **8.9.-** La reconvencción presentada por el demandado pide indemnización por daño moral y daños y perjuicios, y se fundamenta en que el actor ha propuesto un proceso judicial injustificado contra el Banco del Pacífico y en el cometimiento de delito o cuasidelito, lo que no ha sido probado en este juicio, al contrario el accionante ha demostrado que actuó conforme a derecho en defensa de sus intereses.- Por todas las consideraciones anteriores esta Sala de Conjuces de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, declara procedente el recurso de casación interpuesto por el señor Elías Gattass Sahih y, revocando la sentencia de segunda instancia, y consecuentemente la de primera instancia, declara con lugar la demanda de indemnización por daño moral, y daños y perjuicios contra el Banco del Pacífico S. A., y solidariamente contra el Ab. Luis Villacís Guillén, y esta Sala haciendo uso de la facultad soberana e imperativa que le concede al Juzgador el Art. 279 del Código de Procedimiento Civil, determina la cantidad que deben pagar los demandados, en forma solidaria, por concepto de daño moral, daño emergente y lucro cesante, en la suma de cinco millones de dólares americanos (US \$ 5'000.000). Se declara sin lugar la reconvencción por falta de fundamento de derecho y de prueba. Con costas. En diez mil dólares (US \$ 10.000) se fijan los honorarios de los defensores del actor, de lo que se descontará el 5% para el Colegio de Abogados del Guayas. Publíquese, notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Freddy Ordóñez Bermeo, Gerardo Morales Alcázar y Manuel Sánchez Zuraty, Conjuces Permanentes.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator que certifica.- Es igual a su original.- Quito, a 16 de julio del 2008.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator, Segunda Sala Civil y Mercantil, Corte Suprema de Justicia.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL
SALA DE CONJUECES PERMANENTES**

Quito, a 28 de febrero de 2008; las 11h00.

VISTOS: El Ab. José Eduardo Cheing Flores, por los derechos que representa en su calidad de Procurador Judicial del representante legal del Banco del Pacífico S. A., comparece en autos y solicita nulidad de la sentencia y también aclaración y ampliación de la misma, mediante escrito presentado el veinte y uno de febrero de dos mil ocho, que impugna la sentencia dictada por la Sala de conjuces permanentes el 18 de febrero del 2008 y

notificado a las partes procesales en la misma fecha. Se ha corrido traslado y para resolver se considera: **PRIMERO:** El Art. 281 del Código de Procedimiento Civil, dispone: "El Juez que dictó sentencia, no puede revocarla ni alterar su sentido en ningún caso; pero podrá aclararla o ampliarla, si alguna de las partes lo solicitare dentro de tres días."; consecuentemente, está prohibido a los jueces y tribunales con potestad jurisdiccional, revocar o alterar el sentido de la sentencia, en ningún caso. **SEGUNDO:** El pedido de la parte demandada de nulidad de la sentencia es improcedente, por los siguientes motivos: **2.1.-** El tenor del Art. 61 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, es claro y preciso, conforme así lo transcribe la parte demandada; y, efectivamente, en la transcripción con negrita y subrayado, está la explicación de nuestra competencia para conocer y resolver la presente causa, cuando transcribe: "...En la Corte Suprema, en caso de falta o impedimento de algún Ministro para conocer una causa específica, el Presidente de la Sala llamará al respectivo Conjueces permanente...". Obsérvese que la norma habla de la falta o impedimento de algún **Ministro**, para conocer una causa. En el evento que contempla la norma referida; esto es, cuando en la Sala de ministros titulares, falte por alguna causa o motivo un Ministro titular, el **Presidente de la Sala**, llamará a un Conjueces Permanente, tal como dispone la norma citada. (La negrita y subrayado es de la Sala). **2.2.-** Las partes procesales, y más concretamente la parte demandada, no se ha percatado que la competencia de esta causa, está radicada en la Sala de Conjueces Permanentes de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, por cuanto, la Sala de Ministros Titulares de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, perdió la competencia, cuando ésta dispuso en auto de 19 de diciembre del 2006, en aplicación del Art. 17 de la Ley de Casación, que el proceso pase a conocimiento de la Sala de conjueces permanentes; y, el Art. 21 del Código de Procedimiento establece cuando se pierde la competencia en el conocimiento de una causa, cuando dice: "El juez pierde la competencia:...2. En la causa en que se ha admitido la excusa o la recusación". En la especie, los ministros titulares de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia fueron recusados por la parte actora en petición presentada el tres de octubre del dos mil seis, al amparo de lo dispuesto en el Art. 17 de la Ley de Casación. Por este hecho procesal, los señores Magistrados Titulares de la Sala, perdieron la competencia para seguir en el conocimiento de la presente causa y a la vez dictaron el auto de 19 de diciembre del 2006 (fs. 33 del cuaderno de casación). **2.3.-** Consecuentemente, desde la fecha del referido auto, pasó la competencia del Juez (la Sala Titular) para conocer la causa, a esta Sala de Con jueces Permanentes, para su correspondiente sustanciación y resolución, en conformidad con lo dispuesto en el Art. 54 de la Ley Orgánica de la Función Judicial. Por lo mismo, cualquier petición, incidente o como en el presente caso la forma de cómo debía integrarse esta Sala de conjueces, corresponde única y exclusivamente a los mismos conjueces permanentes, y para el caso que se requería completar la Sala de conjueces permanentes de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, vista la vacante que se produjo al haber sido designado el doctor Rigoberto Barrera Carrasco como Ministro titular de la Sala, (que antes de sus designación como Ministro titular era Conjueces Permanente de esta Segunda Sala) se procedió en la forma prevista en la norma de los Arts. 54 y 61 de la Ley Orgánica de la Función Judicial. Por tanto, no hay infracción del Art. 346 del Código de Procedimiento Civil, por inobservancia de alguna de las solemnidades

sustanciales ni tampoco hay motivo legal declarar la nulidad de la sentencia dictada en esta causa. **TERCERO:** Sobre el pedido de aclaración y ampliación, hecho por la parte demandada, respecto de la sentencia expedida, al referirse este pedido a sucesos ajenos a la litis que se está juzgando, el compareciente tergiversa el sentido de los recursos horizontales que prevé la ley y que constituye un derecho y garantía de debido proceso para las partes procesales, considerando esta Sala de conjueces permanentes, que la sentencia dictada en el presente proceso es absolutamente clara en su contenido y lo suficientemente amplia en sus consideraciones, motivaciones y decisiones, sin que amerite, por lo tanto, ningún pronunciamiento adicional al respecto. **CUARTO:** La petición presentada por el propio Ab. José Eduardo Cheing Flores, por los derechos que representa en su calidad de Procurador Judicial del Banco del Pacífico S. A., el veinte y dos de febrero de dos mil ocho, es extemporánea por haberse presentado fuera del término previsto en el Art. 281 del Código de Procedimiento Civil, y se la desecha por improcedente y por lo analizado ya en líneas anteriores. Por lo expuesto, la Sala de conjueces permanentes, rechaza por improcedentes las peticiones de nulidad de la sentencia y sus correspondientes pedidos de aclaración y ampliación. Notifíquese.

Fdo.) Dres. Freddy Ordóñez Bermeo, Gerardo Morales Alcázar y Manuel Sánchez Zuraty, Conjueces Permanentes.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator que certifica.- Es igual a su original.- Quito, a 16 de julio del 2008.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator, Segunda Sala Civil y Mercantil, Corte Suprema de Justicia.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL
SALA DE CONJUECES PERMANENTES**

Quito, a 11 de marzo del 2008; las 11h00.

VISTOS: El abogado José Eduardo Cheing Flores, por los derechos que representa en su calidad de procurador judicial del representante del Banco del Pacífico S. A., presenta en esta Sala el escrito con fecha 4 de marzo del 2008, y solicita revocatoria del auto de 28 de febrero del año en curso. Para resolver, se considera: **PRIMERO:** La Sala de conjueces permanentes expresamente rechaza las ofensas proferidas por la parte demandada en su escrito que antecede, por ser atentatoria a los derechos constitucionales del buen nombre, la honra y la dignidad de las personas, más aún si estas personas a quienes se ofende, son jueces o magistrados de un Tribunal de Justicia. **SEGUNDO:** La Sala considera que no han variado los fundamentos jurídicos que expuso en su auto de 28 de febrero del 2008 para que proceda el pedido de revocatoria conforme ha solicitado la parte demandada en su escrito injurioso. **TERCERO:** El contenido del Art. 61 de la Ley Orgánica de la Función Judicial es claro en su texto y no admite interpretación alguna. Esta norma manda que ante la ausencia, por cualquier causa de un Ministro, el Presidente de la Sala llamará al respectivo Conjueces Permanente, esto en el caso de falta de un Ministro titular; y, en el caso de la falta de un Conjueces Permanente, los conjueces hábiles deben llamar a otro Conjueces en el orden de su nombramiento. Debe quedar claro que los reemplazos deben hacerse dentro de la respectiva Sala; de tal manera

que, el Presidente de la Sala titular no puede intervenir en la Sala de conjuces permanentes, porque la Sala titular ya ha perdido su competencia. **CUARTO:** El Art. 291 del Código de Procedimiento Civil dispone que concedida o negada la revocación, aclaración, ampliación o reforma, no se podrá pedir por segunda vez, con la prevención contenida en el Art. 292 y siguientes del mismo cuerpo legal. En la especie, la parte demandada ha inobservado dicha disposición legal, por lo que la petición de revocatoria presentada, se la desecha por improcedente. La Sala se reserva la facultad establecida en la parte final del primer inciso del Art. 202 de la Ley Orgánica de la Función Judicial. Notifíquese.

Fdo.) Dres. Freddy Ordóñez Bermeo, Gerardo Morales Alcázar y Manuel Sánchez Zuraty, Conjuces Permanentes.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator que certifica.- Es igual a su original.- Quito, a 16 de julio del 2008.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator, Segunda Sala Civil y Mercantil, Corte Suprema de Justicia.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL
SALA DE CONJUECES PERMANENTES**

Quito, a 18 de marzo del 2008; las 16h00.

VISTOS: El Ab. José Eduardo Cheing Flores, por los derechos que representa en su calidad de Procurador judicial del representante legal del Banco del Pacífico S. A., comparece a fs. 101 de los autos de casación, y manifiesta que esta Sala de conjuces permanentes debe pronunciarse sobre las aclaraciones y ampliaciones que ha solicitado oportunamente, pidiendo que se atiendan dichos pedidos. Al efecto, se considera: **PRIMERO:** Esta sala de conjuces permanentes dictó su resolución en la presente causa, con fecha 18 de febrero del 2008, de dicha resolución la parte demandada la impugnó con los recursos horizontales que le ampara y le permite la ley; esto es, los recursos horizontales de ampliación y aclaración, conforme el Art. 281 del Código de Procedimiento Civil. También solicita la nulidad de la sentencia, impugnación que la referida disposición legal no prevee. **SEGUNDO:** Una vez que se corrió traslado con la petición del demandado, la Sala de conjuces permanentes, procedió a absolver los recursos propuestos en auto dictado el 28 de febrero del 2008, y en sus consideraciones, en forma motivada se desechó las mismas por improcedentes. **TERCERO:** De este auto dictado por la Sala de conjuces permanentes, la parte demandada, compareció con su escrito presentado el 4 de marzo del 2008, solicitando revocatoria del auto precedente, recurso que sin embargo de no estar previsto en el Art. 281 del Código de Procedimiento Civil, norma aplicable para impugnar una sentencia dictada por un Juez o Tribunal de Justicia, la Sala atendió dicho pedido y dictó el auto de 11 de marzo del 2008, que debidamente fundamentado en la normativa legal, desechó su pedido de revocatoria, por improcedente. **CUARTO:** Pronunciado el auto referido, la parte demandada nuevamente ha comparecido a los autos de casación, con escrito de fecha 14 de marzo del 2008, manifestando que en la sentencia se evidencia un grave error de cálculo al haber impuesto a la demandada una

indemnización pecuniaria excesiva. **QUINTO:** La última petición presentada por la institución demandada, a no dudarla inobserva claras disposiciones legales; esto es, el Art. 281 del Código de Procedimiento Civil, que solo permite impugnar una sentencia y proponer los recursos horizontales de ampliación y aclaración. Esta petición, por tanto, no está enmarcada dentro de esta facultad; el Art. 291 del Código de Procedimiento Civil, que ordena que no se podrá pedir por segunda vez ninguno de los recursos que esa norma contempla; tampoco observa; el Art. 15 de la Ley de Casación, que no permite causar incidentes en el recurso de casación. **SEXTO:** El actor en su demanda reclamó del Banco del Pacífico, una suma indemnizatoria por reparación de daño moral y daños y perjuicios ocasionados, por sobre los setenta millones de dólares americanos, pero de las pruebas aportadas por los justiciables, la Sala en aplicación del Art. 279 del Código de Procedimiento Civil, determinó que la cantidad de dinero que el Banco del Pacífico S. A. y solidariamente el Ab. Luis Villacís Guillén, paguen al actor la suma de cinco millones de dólares americanos, sin que se pueda alegar por la demandada error de cálculo. Por lo expuesto se niega la solicitud de la institución demandada, por improcedente.- Notifíquese.

Fdo.) Dres. Freddy Ordóñez Bermeo, Gerardo Morales Alcázar y Manuel Sánchez Zuraty, Conjuces Permanentes.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator que certifica.- Es igual a su original.- Quito, a 16 de julio del 2008.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator, Segunda Sala Civil y Mercantil, Corte Suprema de Justicia.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL
SALA DE CONJUECES PERMANENTES**

Quito, a 27 de marzo del 2008; las 11h45.

VISTOS: El abogado José Eduardo Cheing Flores, por los derechos que representa en su calidad de Procurador Judicial del representante legal del Banco del Pacífico S. A., nuevamente comparece con escrito presentado el 24 de marzo del 2008, y solicita que se revoque la providencia de 18 de marzo del año en curso, que ésta Sala de Conjuces dictó. Al respecto se considera: **PRIMERO:** El Art. 291 del Código de Procedimiento Civil, prohíbe a las partes procesales solicitar por segunda vez ampliación, aclaración, reforma o revocación de un mandato judicial. Así mismo, el Art. 15 de la Ley de Casación Vigente establece la prohibición a las partes procesales de hacer incidente dentro del recurso de Casación. Estos dos aspectos, la parte demandada los sigue inobservando, a pretexto de solicitar que se amplíe o se aclare la sentencia que la Sala de Conjuces Permanentes expidió el 18 de febrero del 2008. **SEGUNDO:** Según el Art. 281 del Código de Procedimiento Civil, le está prohibido al Juez revocar o alterar el sentido de la sentencia que dictó, en ningún caso; es por esto, que esta Sala de Conjuces Permanentes no puede acoger los petitorios de la parte demandada; pues, estos tienden o procuran modificar o alterar el sentido de lo resuelto sobre el fondo de la litis. **TERCERO:** Sin embargo, la parte demandada insiste en seguir causando incidente después de haberse notificado las partes la correspondiente sentencia, e insiste en su último petitorio

con ejemplos de casos en donde se han pagado montos indemnizatorios que no tiene que ver en lo absoluto con el asunto que se litiga. La Sala de conjuces permanentes, nuevamente reitera, que en la resolución dictada se hizo un análisis lo suficientemente amplio y claro en su texto resolutivo e hizo uso de la facultad prevista en el Art. 279 del Código de Procedimiento Civil para cuantificar la indemnización solicitada por la parte actora, por concepto de daño moral, daño emergente y lucro cesante que la parte demandada causó por los daños infringidos. Se hace saber a las partes procesales que el pronunciamiento que dictó esta Sala de conjuces permanentes está estrictamente ceñido a la verdad procesal y al análisis jurídico que de esa verdad procesal ha realizado el juzgador, dando la razón a la parte procesal que ésta Sala considera ha sido lesionada en sus derechos. Por lo expuesto, una vez más se rechaza el pedido de revocatoria solicitada por la parte demandada, por improcedente. Notifíquese.

Fdo.) Dres. Freddy Ordóñez Bermeo, Gerardo Morales Alcázar y Manuel Sánchez Zuraty, Conjuces Permanentes.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator que certifica.- Es igual a su original.- Quito, a 16 de julio del 2008.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator, Segunda Sala Civil y Mercantil, Corte Suprema de Justicia.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL
SALA DE CONJUECES PERMANENTES**

Quito, a 4 de abril de 2008; las 11h45.

VISTOS: Agréguese a los autos los escritos presentados por la parte actora Ing. Elías Gattas Sahih y por la parte demandada. En lo principal, el Abogado Josué Eduardo Cheing Flores, por los derechos que representa en su calidad de procurador judicial del representante legal del Banco del Pacífico S. A., comparece con sus escrito presentado el primero de abril del 2008, y solicita expresamente que se sirvan ampliar la providencia dictada por esta Sala el 27 de marzo del 2008, con los argumentos expuestos en dicho petitorio. Para resolver sobre la solicitud presentada, la Sala considera: **PRIMERO:** El Art. 281 del Código de Procedimiento Civil, establece como única posibilidad para impugnar la sentencia dictada, la interposición de los recursos horizontales de aclaración y ampliación, que en el presente caso, la parte demandada ya ha solicitado en su escrito presentado el 21 de febrero del 2008, petición que esta Sala de Conjuces proveyó oportunamente mediante auto dictado el 28 de febrero del 2008, sin que la ley prevea en ninguna de sus disposiciones, que las partes puedan seguir presentado escritos de ampliación o aclaración sobre la misma sentencia; por el contrario, la ley prevé en el Art. 291 ibídem, la prohibición de pedir por segunda vez, cualquiera de los recursos horizontales establecidos en dicha norma; prohibición que es advertida por la ley con prevenciones legales, según los Arts. 292 y 293 del mismo cuerpo legal. **SEGUNDO:** En la especie, resuelta evidente que la parte demandada ha incurrido en un círculo vicioso al proponer sucesivamente peticiones de ampliación, de aclaración, nulidad de sentencia, revocatorias, sin ningún fundamento legal. Existe abundante jurisprudencia sobre la interposición de recursos

horizontales, esto es que una vez que las partes procesales han solicitado ampliación, aclaración, revocatoria, o reforma de una resolución, éstas no pueden seguir presentando solicitudes en forma sucesiva respecto de los autos que nieguen o acepten los recursos horizontales, pues hacer lo contrario nos llevaría a los juzgadores a ingresar en un círculo vicioso que imposibilitaría que los autos y las sentencias se ejecutorien, contraviniendo claras disposiciones constitucionales sobre la seguridad jurídica y el debido proceso, que establecen los Arts. 23, numeral 26 y Art. 24 de la Constitución Política de la República.

TERCERO: Atendiendo la petición presentada por la parte demandada, la Sala considera que no se puede hacer cálculos matemáticos exactos respecto del sufrimiento que ha tenido una persona por daño moral, y tampoco se ha ordenado el pago de daños y perjuicios por el monto total aproximado del convenio de inversión y compra de productos, que el mismo demandado José Eduardo Cheing Flores, por los derechos que representa y su calidad de procurador judicial del representante legal del Banco del Pacífico C. A, dice que podría llegar a los ciento setenta y un millones seiscientos mil dólares de América, según el escrito presentado el 14 de marzo del 2008, sino que la Sala de Conjuces Permanentes ha dictado resolución fijando el monto total y único en la indemnización en cinco millones de dólares, en uso de la facultad soberana e imperativa le concede al juzgador el Art. 279 del Código de Procedimiento Civil, para fijar el monto de los daños y perjuicios y el daño moral, sin que tenga ninguna importancia la fragmentación de la indemnización entre daños y perjuicios y daño moral, porque no se trata de una obligación divisible sino que se debe pagar en el monto global fijado en la sentencia. **CUARTO:** Debido a que de conformidad al Art. 291 del Código de Procedimiento Civil, no se puede pedir por segunda vez aclaración y ampliación de la sentencia, y que el Art. 15 de la Ley de Casación dispone que durante el trámite del recurso de casación no se aceptará incidente alguno, esta Sala de Conjuces Permanentes dispone que el presente proceso se devuelva inmediatamente al juez de origen; consecuentemente, se niega lo solicitado por la parte demandada por improcedente. Notifíquese.

Fdo.) Dres. Freddy Ordóñez Bermeo, Gerardo Morales Alcázar y Manuel Sánchez Zuraty, Conjuces Permanentes.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator que certifica.- Es igual a su original.- Quito, a 16 de julio del 2008.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator, Segunda Sala Civil y Mercantil, Corte Suprema de Justicia.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL
SALA DE CONJUECES PERMANENTES**

Quito, a 11 de abril de 2008; las 11h00.

VISTOS: El Abg. José Cheing Flores, por los derechos que representa en su calidad de procurador judicial del representante legal del Banco del Pacífico S. A., nuevamente comparece con una petición presentada el 9 de abril del 2008, en el cual insiste sobre aspectos procesales que ya fueron analizados y decididos en autos precedentes dictados por esta Sala. Sin embargo para proveer lo

solicitado, se considera que debido a que la alegación de error de cálculo ya fue atendida en providencia de 18 de marzo del 2008, y que de conformidad al Art. 291 del Código de Procedimiento Civil, no se puede pedir por segunda vez y sucesivamente aclaración y ampliación de la sentencia o de los autos que expida esta Sala, además que el Art. 15 de la Ley de Casación dispone que durante el trámite del recurso de casación no se aceptará incidente alguno. Consecuentemente se niega una vez más la improcedente petición presentada por la parte demandada, por carecer de fundamento legal. Se dispone enviar el proceso al Juez de origen en forma inmediata. Notifíquese.

Fdo.) Dres. Freddy Ordóñez Bermeo, Gerardo Morales Alcázar y Manuel Sánchez Zuraty, Conjueces Permanentes.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator que certifica.- Es igual a su original.- Quito, a 16 de julio del 2008.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator, Segunda Sala Civil y Mercantil, Corte Suprema de Justicia.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL
SALA DE CONJUECES PERMANENTES**

Quito, a 24 de abril de 2008; las 11h00.

VISTOS: Los escritos presentados por el Ab. José Eduardo Cheing Flores, por los derechos que representa en su calidad de Procurador Judicial del representante legal del Banco del Pacífico S. A. adjúntense al proceso. El Art. 291 del Código de Procedimiento Civil, es absolutamente claro cuando manifiesta que no se puede pedir por segunda vez aclaración y ampliación de la sentencia, y el Art. 15 de la Ley de Casación dispone de manera obvia que durante el trámite del recurso de casación no se aceptará incidente alguno, sin embargo, el peticionario insiste por octava vez en los recursos horizontales mencionados y además repite el pedido de que se corrija un supuesto error de cálculo que ya fue negado. Esta conducta del peticionario constituye abuso del derecho de petición porque contraria los fines de las normas citadas, que es cumplir con los principios de celeridad y eficiencia en la administración de justicia, contemplados en el Art. 192 de la Constitución Política; por lo expuesto, esta Sala de conjueces permanentes, cumpliendo la obligación que le impone el Art. 293 del Código de Procedimiento Civil, rechaza el escrito porque tiende a entorpecer el curso del juicio y a suscitar incidentes que propenden al mismo fin y se previene a los Drs. Roberto Rovayo Vera y Franklin Maldonado León, abogados que firman las peticiones presentados por la parte demandada, con el claro contenido del Art. 293 del Código de Procedimiento Civil. Se dispone que el presente trámite se devuelva inmediatamente al Juez de origen.- Notifíquese.

Fdo.) Dres. Freddy Ordóñez Bermeo, Gerardo Morales Alcázar y Manuel Sánchez Zuraty, Conjueces Permanentes.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator que certifica.- Es igual a su original.- Quito, a 16 de julio del 2008.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator, Segunda Sala Civil y Mercantil, Corte Suprema de Justicia.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL
SALA DE CONJUECES PERMANENTES**

Quito, a 21 de mayo de 2008; las 10h00.

VISTOS: El escrito presentado por el Ab. José Eduardo Cheing Flores, por los derechos que representa en su calidad de Procurador Judicial del representante legal del Banco del Pacífico S. A. adjúntense al proceso. Otra vez recordamos al peticionario que el Art. 291 del Código de Procedimiento Civil, es absolutamente claro cuando manifiesta que no se puede pedir por segunda vez aclaración y ampliación de la Sentencia, y el Art. 15 de la Ley de Casación dispone de manera obvia que durante el trámite del recurso de casación no se aceptará incidente alguno, sin embargo, el peticionario insiste por novena vez en los recursos horizontales mencionados y además tergiversa su naturaleza de medios de impugnación de la sentencia porque pide que se aclare la forma en que se enviará el proceso al juez de origen, que es un asunto administrativo a cargo de la Secretaría de la Sala que conoce perfectamente el procedimiento de devolución de procesos a los jueces de niveles inferiores de Guayaquil y de toda la República del Ecuador; y, además, solicita que se aclare por qué ordenamos que se envíe el proceso inmediatamente al juez de origen, sabiendo, por su profesión de abogado, que el proceso debe devolverse inmediatamente porque al momento el trámite del recurso de casación ha concluido y no existe ningún recurso pendiente que puedan utilizar las partes en el mismo. Esta conducta del peticionario constituye abuso del derecho de petición porque contraria los fines de las normas citadas, que es cumplir con los principios de celeridad y eficiencia en la administración de justicia, contemplados en el Art. 192 de la Constitución Política; por lo expuesto, esta Sala de Conjueces Permanentes, cumpliendo la obligación que le impone el Art. 293 del Código de Procedimiento Civil, rechaza el escrito porque tiende a entorpecer el curso del juicio y a suscitar incidentes que propenden al mismo fin y nuevamente se previene al abogado Roberto Rovayo Vera que firma la petición presentada, con el claro contenido del Art. 293 del Código de Procedimiento Civil. Notifíquese.

Fdo.) Dres. Freddy Ordóñez Bermeo, Gerardo Morales Alcázar y Manuel Sánchez Zuraty, Conjueces Permanentes.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator que certifica.- Es igual a su original.- Quito, a 16 de julio del 2008.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator, Segunda Sala Civil y Mercantil, Corte Suprema de Justicia.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL
SALA DE CONJUECES PERMANENTES**

Quito, a 25 de junio de 2008; las 16h00.

VISTOS: El Ab. José Cheing Flores, por los derechos que representa en su calidad de Procurador Judicial del representante legal del Banco del Pacífico S. A., a fs. 129 de los autos del cuadernillo de casación, en petición presentada el 27 de mayo del año en curso, solicita revocatoria del auto

dictado por esta Sala de conjuces permanentes, el 21 de mayo del 2008. Al efecto se considera: Que la petición presentada por la parte demandada contraviene nuevamente la disposición del Art. 291 del Código de Procedimiento Civil; pero, para que los justiciables no queden con la duda del procedimiento a seguir con la devolución del proceso al Tribunal de instancia, se dispone que el Actuario de la Sala, devuelva este proceso al señor Presidente de la H. Corte Superior de Justicia de Guayaquil, para que, en aplicación de la Resolución del Pleno de la Excma. Corte Suprema de Justicia, de 18 de febrero del 2004, publicada en el R. O. No. 284 de 3 de marzo del 2004, previo sorteo se asigne a la Sala Especializada correspondiente y continúe con el trámite previsto en la ley. Notifíquese.

Fdo.) Dres. Freddy Ordóñez Bermeo, Gerardo Morales Alcázar y Manuel Sánchez Zuraty, Conjuces Permanentes.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator que certifica.- Es igual a su original.- Quito, a 16 de julio del 2008.

Certifico: Que las veinte y un copias que anteceden son auténticas, ya que fueron tomadas del juicio No. 100-2003 F.I. que sigue Dr. Azael Moreno Aguirre en calidad de apoderado especial y procurador judicial del Ing. Elías Gattas Sahih contra el Banco del Pacífico S. A., y Ab. Luis Villacís Guillén. Resolución No. 37-2008.- Quito, 16 de julio del 2008.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator, Segunda Sala Civil y Mercantil, Corte Suprema de Justicia.

No. 59-2008

ACTOR: María Noemí Galárraga Cocíos.

DEMANDADO: Fabián Alejandro Mariño Mariño.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL**

Quito, 27 de febrero del 2008; las 08h55.

VISTOS: Avocamos conocimiento de la presente causa en nuestras calidades de magistrados titulares de esta Sala, designados por el Comité de Calificación, Designación y Posesión de Magistrados y Conjuces de la H. Corte Suprema de Justicia, mediante Resolución No. 199 de 29 de Noviembre del 2005, publicada en el Registro Oficial No. 165 de 14 de noviembre del mismo año; y el Dr. Rigoberto Barrera Carrasco, mediante Resolución del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en sesión de 9 de enero del 2008. El demandado Fabián Alejandro Mariño Mariño interpone recurso de casación impugnando la sentencia dictada por la Corte Superior de Justicia de Esmeraldas que desecha el recurso de apelación y la adhesión de la actora, quedando de este modo confirmada la sentencia del Juez a quo que rechaza la reconvenición y declara con lugar la

demanda, dentro del juicio ordinario que por nulidad de sentencia sigue en su contra María Noemí Galárraga Cocíos.- Por concluido el trámite del recurso, al resolver la Sala hace las siguientes consideraciones: **PRIMERA:** La Sala es competente para conocer el Recurso de Casación en virtud de lo dispuesto en el artículo 200 de la Constitución Política de la República del Ecuador y el artículo 1 de la Ley de Casación, así como por sorteo de 27 de agosto del 2007; y, por cuanto calificado el recurso por la Sala mediante auto de 20 de septiembre del 2007, por cumplir los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación y formalidades en la forma dispuesta en el Art. 6 de la Ley de Casación, fue admitida a trámite. **SEGUNDA:** El casacionista funda el recurso en las siguientes causales y vicios establecidos por el Art. 3 de la Ley de Casación: **2.1.** En la causal primera, por falta de aplicación del Art. 301, numeral 1 del Código de Procedimiento Civil. **2.2.** En la causal segunda, por falta de aplicación de los Arts. 334 y 1014 del Código de Procedimiento Civil. **TERCERA:** El casacionista invoca la causal segunda. **3.1.** La causal segunda se configura por la violación de normas procesales que produce el efecto de nulidad procesal insanable o provoca indefensión del agraviado, por aplicación indebida, falta de falta de aplicación o por errónea interpretación. Para que estas formas de vicio configuren la causal se requiere: a) Que la violación produzca nulidad insanable o indefensión; b) Que el vicio esté contemplado en la ley como causa de nulidad (principio de especificidad); c) Que los vicios hubieren influido en la decisión de la causa (principio de trascendencia); d) Que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente. **3.2.** El casacionista aduce que el Tribunal ad quem no se pronunció sobre la confirmación o no de la sentencia de primera instancia, transgrediendo de esta forma -dice- el Art. 334 del Código de Procedimiento Civil, que establece que el Juez para ante quien se impone el recurso puede confirmar, revocar o reformar, la resolución apelada; y, que al haberse omitido el referido pronunciamiento se ha producido la violación del Art. 1014 del Código de Procedimiento Civil. Al respecto la Sala advierte que al haber desechado el recurso de apelación y adhesión, de la actora, la sentencia del Juez a quo quedó confirmada. Además el supuesto vicio que se alega no está contemplado en la ley como causa de nulidad. Se desecha el cargo. **CUARTA:** El recurso se interpone también por cargos relacionados con la causal primera: **4.1.** La causal primera de casación contempla el vicio de violación directa de la norma sustantiva, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, porque no se ha producido la correcta subsunción del hecho en la norma; es decir, no se dio el enlace lógico de la situación específica y concreta que se juzga con la previsión abstracta y genérica realizada por el legislador, por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas, siempre que estas formas del vicio hubiesen sido determinantes de la parte dispositiva de la sentencia. **4.2.** El casacionista alega que la actora en este juicio, María Noemí Galárraga Cocíos carece de derecho para intentar la acción de nulidad de sentencia dictada en el juicio ordinario de prescripción adquisitiva de dominio No. 190-2000, propuesto contra el señor Italo Yannuzzelli, por cuanto la sentencia se encontraba ejecutada; y por consiguiente aduce que existe falta de aplicación del Art. 301, numeral 1 del Código de Procedimiento Civil al respecto la Sala hace el siguiente análisis: **4.2.1.** La escritura de protocolización de la sentencia de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio que otorga el Juzgado Quinto de lo Civil de Muisne y Atacames a favor de Fabián

Alejandro Mariño Mariño, se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad del Cantón Atacames el 18 de Febrero del 2003, bajo el número 340 de Repertorio y con el No. 7 del Registro respectivo; es decir la inscripción en referencia es anterior a la presentación y aceptación de la demanda; de fecha 27 de abril del 2004. **4.2.2.** De conformidad con lo prescrito en el Art. 301, numeral 1 del Código de Procedimiento Civil, no ha lugar a la acción de nulidad. Si la sentencia ha sido ya ejecutada; y, en el caso subjúdice, al encontrarse inscrita en el Registro de la Propiedad la sentencia de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, la misma ha sido ya ejecutada, y por tanto la acción de nulidad no procede. Por lo expuesto, se acepta el cargo formulado por la causal primera. **QUINTA:** En conclusión, procede casar la sentencia impugnada; y en aplicación del Art. 16 de la Ley de Casación se debe dictar la que en su lugar corresponda. Al respecto, la Sala hace las siguientes consideraciones: **5.1.** En lo principal comparece la señora María Noemí Galárraga Cocíos manifestando que mediante sentencia promulgada por el Juez Quinto de lo Civil de Muisne y Atacames, en juicio de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, se concede a favor de Fabián Alejandro Mariño Mariño el dominio de un solar ubicado en la Parroquia Tonsupa del Cantón Atacames; que en este proceso los propietarios del lote no han sido demandados y peor citados; que el lote es de su propiedad; que fundamentada en los Arts. 303, numeral 2° y 3° en concordancia con los Arts. 304, 355 numeral 3 del Código de Procedimiento Civil y Art. 1725 del Código Civil, demanda la nulidad de la sentencia ejecutoriada dictada en el juicio No. 190-2002, seguido por el señor Fabián Alejandro Mariño Mariño en contra de un señor Italo Yannuzzelly, trámite ordinario, cuantía indeterminada. El demandado comparece a fs. 61 y deduce las siguientes excepciones: niega pura y simplemente los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; falta de derecho de la actora para deducir esta acción, alega "la falta de legítimo contradictor por cuanto a la actora no le asiste ningún derecho para demandar"; la demanda es improcedente en el fondo y la forma; alega la ilegitimidad de personería de la actora ya que no le asiste ningún derecho para demandar; alega nulidad de la causa por omisión de las solemnidades de ley propios y comunes para todos los juicios e instancias; alega que la sentencia cuya nulidad se pide se encuentra ejecutada. **5.2.** El demandado alega la ilegitimidad de personería de la actora, pero en el proceso no se ha comprobado la incapacidad legal ni la falta de poder de la actora para comparecer en este juicio. Más, lo que ocurre es que el demandado confunde la ilegitimidad de personería (legitimatio ad causam). La legitimidad de personería (legitimatio ad processum), establecida como solemnidad sustancial común a todos los juicios e instancias por el Art. 346. No 3, del Código de Procedimiento Civil, constituye la capacidad procesal para comparecer en juicio por sí mismo, como actor o demandado. Todos pueden comparecer a juicio, por regla general, con las excepciones que establece el Art. 33 del Código de Procedimiento Civil. La ilegitimidad de personería es entonces causa de nulidad procesal. La legitimación en causa se refiere a la calidad que debe tener la parte en relación con el interés sustancial discutido en el proceso. Es decir que, para que exista la legitimación en causa el actor debe ser la persona que pretende ser el titular del derecho discutido, y el demandado la persona llamada por la ley a contradecir la demanda mediante las excepciones. Por lo dicho "... no existe no existe debida legitimación en la causa en dos casos: a) Cuando el demandante o el demandado no tenía en absoluto

legitimación en la causa, por ser personas distintas a quienes correspondía formular esas pretensiones o contradecirlas, y b) Cuando aquéllas debían ser parte en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso." (Remando Devis Echandía, Teoría General del Proceso, 33 Edición, Buenos Aires, Editorial Universal, 2004 pág. 259); es decir no existe la litis consorcio necesaria, pues la legitimación estaría incompleta y no será posible la sentencia de fondo. La falta de legitimación en causa implica el rechazo de la demanda, no la nulidad procesal. En conclusión, no se advierte omisión de solemnidades sustanciales que influyan en la decisión de la causa. El proceso es válido. **5.3.-** Conforme se analizó en el numeral 4.2.2. del considerando anterior, la sentencia de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio en favor del demandado Fabián Alejandro Mariño Mariño, cuya nulidad se pide, ha sido inscrita en el Registro de la Propiedad antes de la demanda en este proceso, y por consiguiente la misma ha sido ejecutada. Por lo expuesto la demanda es improcedente, según lo dispuesto en el Art. 301 numeral 1, del Código de Procedimiento Civil, que establece que no ha lugar a la acción de nulidad si la sentencia ha sido ya ejecutada. **SEXTA:** En la acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, el demandado debe ser el propietario del bien que se pretende prescribir (legitimación pasiva), lo que se acreditará con el correspondiente certificado del Registrador de la Propiedad; así se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, en los fallos publicados de triple reiteración en la Gaceta Judicial Nro. 14, Serie XVI. En el caso, la actora en este juicio María Galárraga Cocíos, para demostrar que es la legítima propietaria del inmueble que se encuentra incluido en otro predio de mayor extensión y conformando un solo cuerpo que se encuentra catastrado a nombre de Fabián Mariño Mariño y que lo adquirido a través de una prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio...", adjunta al proceso certificado de fs. 3, 4, 5 y 6 y escritura pública de la propiedad inscrita de fs. 7 a 11, pero la señora María Noemí Galárraga Cocíos no fue demandada y por tanto no es parte en el juicio de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio que el señor Fabián Mariño Mariño planteó contra Italo Yannuzzelly. Por lo expuesto, la sentencia pronunciada en el juicio N° 190-2000 de prescripción extraordinaria de dominio, planteado por Fabián Mariño Mariño contra Italo Yannuzzelly, no surte efecto contra la señora María Noemí Galárraga Cocíos, ni afecta el derecho de dominio que ella tiene en el lote de terreno No. 9, de la manzana 8° de la Lotización Miramar, ubicada en la parroquia Tonsupa del cantón Atacames, provincia de Esmeraldas, singularizado en el certificado del Registrador de la Propiedad de fs. 3 y 3 vta. de este proceso; pues de conformidad con lo previsto en el Art. 286 del Código de Procedimiento Civil, las sentencias no aprovechan ni perjudican sino a las PARTES que litigan en el juicio sobre que recayó el fallo. Por las consideraciones expuestas la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia impugnada y declara sin lugar la demanda, dejando a salvo los derechos de María Noemí Galárraga Cocíos conforme al considerando sexto de este fallo. Entréguese la caución conforme lo determina el Art. 12 de la Ley en la materia.- Notifíquese.- Devuélvase.

Fdo.) Dres. Rigoberto Barrera Carrasco, Carlos Ramírez Romero y Ramón Jiménez Carbo, Ministros Jueces.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator, que certifica.- Es fiel copia de su original.- Quito, 16 de julio del 2008.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL**

Quito, 10 de julio del 2008; las 11h00.

VISTOS: Para resolver la petición de aclaración presentada por la parte actora se considera lo siguiente: El Art. 282 del Código de Procedimiento Civil, establece que: *“La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere obscura; y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas (...)”*.- En la especie, la actora solicita aclarar cómo puede ejercer los derechos concedidos en el considerando SEXTO del fallo de esta Sala, si la sentencia de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio se encuentra ejecutoriada. Al respecto, esta Sala debe señalar que en la resolución adoptada se dejan a salvo los derechos de la actora para intentar las acciones legales que le cupieren, no siendo obligación de este Tribunal determinar cuáles podrían ser dichas acciones ni, mucho menos, analizar o prever el resultado de las mismas.- Por lo manifestado, se niega la solicitud de aclaración presentada por María Galárraga Cocíos.- Notifíquese.

Fdo.) Dres. Rigoberto Barrera Carrasco, Carlos Ramírez Romero y Ramón Jiménez Carbo, Ministros Jueces.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator, que certifica.

Certifico: Que las cuatro copias que anteceden, son tomadas de sus originales, constantes en el juicio No. 192-2007 SDP (Resolución No. 59-2008) que, Sigue María Noemí Galárraga Cocíos contra Fabián Alejandro Mariño Mariño.- Quito, 16 de julio del 2008.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

No. 133-2008

ACTOR: Segundo Andrés Pacheco Torres.

DEMANDADO: Vicente Abbud Isaías.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL**

Quito, 19 de mayo de 2008; las 16h10.

VISTOS: Avocamos conocimiento de la presente causa en nuestras calidades de magistrados titulares de esta Sala,

designados por el comité de Calificación, Designación y Posesión de Magistrados y Conjuces de la Corte Suprema de Justicia, mediante Resolución No. 199 de 29 de noviembre del 2005, publicada en el R. O. No. 165 de 14 de diciembre del mismo año; y, el Dr. Rigoberto Barrera Carrasco, designado Ministro Titular por Resolución del Pleno de la Excm. Corte Suprema de Justicia, adoptada en sesión ordinaria de 9 de enero del 2008. En lo principal, Vicente Abbud Isaías interpone recurso de casación impugnando la sentencia dictada por la Quinta Sala de la H. Corte Superior de Justicia de Guayaquil, el 22 de abril del 2003, que declara con lugar la demanda, revocando la sentencia de primera instancia, dentro del juicio ordinario por daños y perjuicios que le sigue Segundo Andrés Pacheco Torres. Con estos antecedentes, para resolver, se considera: **PRIMERO:** La Sala es competente para conocer el recurso de casación interpuesto, en virtud de lo dispuesto en el Art. 200 de la Constitución Política de la República, en relación con el Art. 1 de la Codificación de la Ley de Casación, una vez que el juicio fue sorteado el 6 de octubre del 2003, y el recurso admitido a trámite y calificado, mediante auto de 15 de marzo del 2004, por considerar que cumple con los requisitos de procedencia, legitimación y de formalidades que prescribe el Art. 6 de la Codificación de la Ley de Casación, en concordancia con el artículo 2, 4 y 5 *ibídem*. **SEGUNDO:** La parte recurrente basa su recurso en las causales primera y segunda del Art. 3 de la Ley de Casación. Por la causal primera, considera infringidos el Art. 2259 (actual 2235) del Código Civil, invocando el vicio de falta de aplicación; y los Arts. 78 y 91 de la Ley de Aguas y 18, regla séptima, del Código Civil, por aplicación indebida. Y por la segunda causal, invocando el vicio de falta de aplicación, los artículos 16 (con modificación, actual 15) y 1068 (actual 1015) del Código de Procedimiento Civil. **TERCERO:** Corresponde analizar los cargos efectuados a la sentencia del Tribunal ad quem, por medio de la causal segunda, pues de prosperar ésta no sería necesario el análisis de la otra causal invocada. **3.1.** El recurrente afirma que: *“...no se han aplicado las disposiciones contenidas en los Arts. 16 (con modificación, actual Art. 15) y 1068 (1015) del Código de Procedimiento Civil”*, por lo que cabe transcribir los textos de la Ley: *“Art. 16.- Ejercen jurisdicción privativa los jueces a quienes se encarga el conocimiento de materias específicas”*. En el caso, la argumentación del recurrente estaría correcta si es que el tema de los daños y perjuicios estuviera dentro de la materia de la Ley de Aguas, pero no está en la razón porque la propia Ley de Aguas en el Art. 91 establece la competencia del Juez Civil para conocer el juicio de indemnización por daños y perjuicios, por lo que ha hecho bien la parte actora en deducir su demanda en sede civil, lo que deja sin base el cargo efectuado a esta disposición legal. **3.2.** El Art. 1068 dice: *“El Juez que conozca el juicio tramitará verbal y sumariamente todo incidente o reclamación, inclusive la rendición de cuentas del depositario, en cuyo caso, sin perjuicio de aplicar lo dispuesto por el Art. 141 de la Ley Orgánica de la Función Jurisdiccional si hubiere culpabilidad del depositario, ordenará su detención y le pondrá inmediatamente a disposición del juez competente”*. Del texto de esta disposición legal de procedimiento queda claro que será el mismo juez que conozca del asunto principal el que tramitará los incidentes o lo accesorio de dicho asunto, punto que no está en discusión, ya que el caso materia de nuestro estudio, por tener ley especial debe justamente registrarse a ella, la Ley de Aguas, en la cual hay clara e indiscutible disposición de que la liquidación de daños y

perjuicios se tramite en sede civil. Los juicios de daños y perjuicios se tramitan en cuerda separada y en vía verbal sumaria (actual Art. 828 del Código de Procedimiento Civil), como principio general, lo cual hace improcedente la pretensión del demandado de que sea el mismo Juez de Aguas o el órgano administrativo competente el que conozca y resuelva sobre la liquidación de daños y perjuicios, porque excede su competencia. La Sala estima que ninguno de los dos artículos mencionados por el recurrente han sido infringidos en la sentencia del Tribunal ad quem, por falta de aplicación, por lo que no se ha viciado el proceso de nulidad insanable ni ha provocado indefensión a la parte demandada, puesto que ha comparecido debidamente en el proceso, ni tampoco se han violado las garantías del debido proceso, requisitos estos indispensables para que se configure la causal segunda, por lo que se niega este cargo. **CUARTO:** En lo relativo a la causal primera invocada, el recurrente estima infringidos por falta de aplicación los Arts. 18 regla séptima y 2259 (actual 2235) del Código Civil; 78 y 91 de la Ley de Aguas. **4.1.** El Art. 18, regla séptima del Código Civil, dispone que: “Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley... “y si se diere el caso, se aplicará la regla séptima, que dice: “... A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal”, caso concreto este del Código Civil que no se ajusta a nuestro estudio, en el cual se ha aplicado debidamente la Ley de Aguas, por ser específica para el tema, además cabe hacer hincapié en que las disposiciones para casos análogos se aplican exclusivamente cuando hay vacío legal o a falta de ley, cosa que no ocurre en el presente caso; y, se aplica también, posteriormente, el Código de Procedimiento Civil, que como ya se dijo en el considerando Tercero de esta resolución, fue correctamente aplicado, razones por las cuales no se ha dejado de aplicar esta disposición sobre la correcta interpretación de la ley. **4.2.** El Art. 2259 (actual 2235) dice: “Las acciones que concede este Título por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto”. Con la infracción de este artículo el recurrente trata de argüir que la acción que se contiene en el presente juicio se encuentra prescrita, sin tomar en consideración que la misma, es decir este juicio en el cual se reclama la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, es el resultado de una reclamación de tipo administrativo, oportunamente iniciada, que tuvo su base legal en la Ley de Aguas y que se ventiló ante el Juez de la materia, en primera instancia y ante el órgano administrativo regular, el Consejo Nacional de Recursos Hídricos, en segunda instancia, quienes en su debido momento dejaron reconocido el derecho del actor a demandar los daños y perjuicios que el demandado, Vicente Antonio Abbud Isaías había ocasionado en el predio del reclamante; y, como bien lo reconoce el propio recurrente en su escrito, las resoluciones de los Jueces Especiales de Aguas tienen fuerza de sentencia, por esta razón no se halla prescrito el derecho a reclamar dicha liquidación, y por ende no se ha dejado de aplicar esta disposición legal. Para reforzar el concepto se transcribe la siguiente jurisprudencia: “*Doctrinariamente, el fin de la prescripción es tener por*

extinguido un derecho por no habérselo ejercitado oportunamente, pues, la facultad del titular no es ni puede ser indefinida en el tiempo y era preciso que se señale un plazo para que la exteriorice y se haga valer con las fórmulas legales. Esta excepción, en definitiva, es un medio que tiende a aniquilar la acción en sus aspectos sustantivos”. 28-II-83 (GJ XIV, No. 2, p. 324). Se desecha también este cargo. **4.3.** En cuanto se refiere a la alegación de que se han aplicado indebidamente los Arts. 78 y 91 de la Ley de Aguas (R. O. 69, de 30 de mayo de 1972, vigente a la época de presentación de la demanda), dichas disposiciones dicen: “Art. 78.- Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, el infractor deberá retirar la obra y volver las cosas a su estado anterior; reponer las defensas naturales o artificiales y pagar el costo de su reposición; en todo caso, será responsable de los daños y perjuicios ocasionados.” El Art. 91.- “El juicio de indemnización por daños y perjuicios originados en servidumbre, **se tramitará ante los Jueces Civiles Comunes, de conformidad con las leyes respectivas**” (el resaltado es nuestro). Del texto del Art. 78 se desprende claramente la responsabilidad de cubrir los daños y perjuicios ocasionados, que en el caso es del demandado por la resolución de primera y segunda instancias, Juez de Aguas y Consejo Nacional Hídrico, respectivamente. En cuanto al Art. 91, la disposición no puede ser más clara, la Ley de Aguas, considera que su competencia originada en la materia, tiene un límite, el caso concreto de la indemnización de daños y perjuicios, debe ser conocido y tramitado en sede civil. Ambos artículos se aplican debidamente al asunto de nuestro estudio, el actor ha cumplido con ambas disposiciones legales en su demanda y tramitación, por ello la Sala no encuentra que el Tribunal ad quem haya incurrido en indebida aplicación ni de éstas últimas normas ni de las anteriormente analizadas, por lo que no se acepta ninguno de los cargos efectuados a la sentencia recurrida. Con estas consideraciones, esta Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, no casa la sentencia dictada por la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil.- Sin costas ni multas. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Rigoberto Barrera Carrasco, Carlos Ramírez Romero y Ramón Jiménez Carbo; Ministros Jueces.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator que certifica.

RAZON: Las tres (3) copias que anteceden son auténticas, ya que fueron tomadas del juicio original No. 272-2003 E.R, que sigue: Segundo Andrés Pacheco Torres contra Vicente Abbud Isaías.- Resolución No. 133-2008.- Quito, 2 de octubre del 2008.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator, Segunda Sala Civil y Mercantil, Corte Suprema de Justicia.