



REGISTRO OFICIAL

ÓRGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

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

EDICIÓN ESPECIAL

Año IV - Nº 375

**Quito, lunes 10 de
diciembre del 2012**

Valor: US\$ 1.25 + IVA

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

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

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

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

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

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

50 ejemplares -- 48 páginas

www.registroficial.gob.ec

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

SUMARIO:

Págs.

FUNCIÓN JUDICIAL Y JUSTICIA INDÍGENA:

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

PRIMERA SALA DE LO PENAL:

Recursos de casación en los juicios seguidos a
las siguientes personas:

183-05	Señor Jaime Omar Buenaño Valencia	2
396-06	Señor Roberto Alejandro Cárdenas Guaricela .	3
284-07	Señor Aurelio Ricardo Loayza Dávalos	6
298-07	Señor Hernán Arturo Morales Cedeño	10
50-08	Señor Carlos Antonio Tosi Murillo	12
30-09	María Dolores Barreno Muñoz	15
452-09	Oswaldo Quisalema Shuguli y otro	19
685-09	Señor Edison Marcelo Garcés Chacha y otra ...	20
864-09	Señor Alfredo Geovanny Andrade Morejón	22
908-09	Blanca Gómez Gaviria y otra	24
982-09	Leo Nardo Zúñiga Sarango y otro	25
1242-09	Señor José Pedro Loor Arteaga	27
1316-09	Jenny Dorinda Jara Valladares	29
48-10	Señor Juan Mensías Camino Arias	29
90-10	Señor Olger Euclides Chávez Valle	30
266-10	Señor Luis Rolando Quinabanda Chacán	30
428-10	Señor Fabián Enrique Maldonado Anrango	31
488-10	Señor Fredy Aníbal Ortiz Orbe	31

	Págs.
512-10 Señor Eduardo Vivanco Celi	32
548-10 Señor Iván Vicente Analuisa Alavarez ...	33
560-10 Ab. Manuel Espinoza Flores, Agente Fiscal del Distrito de Los Ríos	38
635-10 Señora Jacqueline Mirella Loayza Encarnación	39
930-10 Karina Isabel Roche León	40
273-11 Señor Víctor Hugo Figueroa Aguiar y otros	41
316-2011 Dr. René Astudillo Orellana, Fiscal de lo Penal del Guayas, cantón Samborombón	42
336-2011 Señor Alí Douglas Matamoros Vedoya y otro	42
342-2011 Beatriz Mercedes Núñez Torres	43
358-11 Señor Edgar Leonardo Zambrano Mera y otro	44
382-11 Jacqueline Noemí Quinchuela Olalla y otro	47
431-11 Señor Jorge Eduardo Palomeque García y otras	48

No. 183-05-or

CONJUEZ PONENTE: Dr. Arturo Pérez Castillo.
(Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial).

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

Quito, 20 de julio de 2011, las 17h40.

VISTOS: El sentenciado JAIME OMAR BUENAÑO VALENCIA, presenta recurso de REVISIÓN, contra la sentencia ejecutoriada y que fue dictada por el Quinto Tribunal Penal del Guayas; el 25 de enero del 2002, a las 09h20, en, la que se impone la pena de nueve años de reclusión menor, por considerar al sentenciado JAIME OMAR BUENAÑO VALENCIA como autor responsable de los delitos que tipifica y reprime los Arts. 339, 326, 370 inc. 1, y 548 del Código Penal, este ultimo en concordancia con el Art. 46 ibidem.- El recurso presentado ha sido debidamente fundamentado por el recurrente, habiéndose corrido traslado con el mismo a la señora Ministra Fiscal General del Estado, quien contestó, de conformidad con lo

que establece el Art. 365 del Código de Procedimiento Penal. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.-** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y resolver el recurso de apelación interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1; Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador, publicada, en el R. O. No. 449 del 20 de Octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R. O. No. 479 del 2 de Diciembre del 2008; y, la Resolución Sustitutiva dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de Diciembre del 2008 y publicada en el R. O. 511 del 21 de enero del 2009; y, el Sorteo de ley respectivo; y en nuestras calidades de Jueces Nacionales de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento del presente juicio penal.- **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial alguna, que podría causar nulidad por lo que este Tribunal de Alzada, declara la validez de esta causa.- **TERCERO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.-** Jaime Omar Buenaño Valencia en su escrito de fundamentación del recurso de revisión, dentro del término probatorio, de conformidad a lo prescrito en el Art. 362, del Código de procedimiento Penal, invocando al efecto la causal constante en el numeral 6 del Art. 360 ibidem; además, por haberse infringido, entre otros, dice, los Arts. 187, 339, 326 del Código Penal y 95 y 250 del Código de procedimiento Penal, Art. 24 numerales 5, 6, 14 y 17 de la Constitución Política de la República. Alega "... tanto la FALSIFICACION DE DOCUMENTOS, así como la ADULTERACION DE CHEQUES, por los cuales se me ha sentenciado a la pena de NUEVE AÑOS DE RECLUSION MENOR, no está comprobado conforme a derecho".- **CUARTO: DICTAMEN FISCAL.-** La señora Ministra Fiscal General del Estado, en su opinión Fiscal manifiesta: El delito por el que el Tribunal juzgador sentencia al recurrente en el grado de autor, y que los delitos relativos a la falsificación, de documentos públicos, falsificación de cheques y asociación ilícita, están plenamente justificados: 1) El informe pericial documentológico.- 2) 18 cheques del Filanbanco de la cuenta Nro. 825996383-5, perteneciente al Ing. José Soria Parra, Pildora del Deleite, presentan en la parte derecha una adulteración por corte en donde se evidencia que falta la firma del girador.- 3) 24 libretas del Filanbanco sin numero y sin llenar son falsificadas.- 4) una cedula de ciudadanía Nro. 170231737-0, perteneciente a Proaño Vásquez Javier Ornar, es falsificada.- 5) cedula de ciudadanía Nro. 170231737-0, perteneciente a Pluas Rogelio Eleuterio es un documento falsificado.- 6) las cedula 171051943-7 de Verónica del Carmen Naranjo Coos; 091377337-0 de Lucia Priscila Ulloa Quishpe, y 013051378-1 de José Nicolás Santacruz Anchundia, son documentos originales, pero presentan adulteración por corte y agregado de las fotografías de los titulares; en tanto que las cedula números 091196752-9, de Flowen Pastor Coppiano Intriago, 080082921-0 de Jorge Eduardo Mosquera Estupiñán; 091806500-4 de Virginia María Sánchez Aviles; y 091364709-5 de Luis Adolfo Dueñas Cabezas, son igualmente originales y presentan adulteración por corte de la fotografía del titular 7) 4 cheques del Filanbanco Nos.

023727, 023729, 023730 y 023731 de la cuenta No. 1050134243-1 de ECAPAG, no poseen las medidas de seguridad que presentan los cheques indubitados, por lo que se establece que son falsificados.- 8.- Que las firmas constantes en los cheques del Filanbanco, no guardan identidad caligráfica ni morfológica, con las firmas indubitadas de Carlos Espinoza Torres y Glenda Gamero Rubio, habiendo sido realizadas por personalidades gráficas distintas.- 8.- El parte de detención de Jaime Omar Buenaño Valencia, (a) Picasso, quien portaba en su poder la cedula No. 170231737-0 a nombre de , con su fotografía colocada en ella.- 9) La declaración preprocesal rendida por el recurrente.- 10) Con la prueba mencionada, llega el Tribunal a determinar que en la especie se ha justificado conforme a derecho la existencia material de las infracciones de falsificación de cheques y documentos públicos, así como la asociación ilícita.- 11) En consecuencia que no procede el recurso de revisión interpuesto por Jaime Omar Buenaño Valencia. **QUINTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.-** El recurso de revisión es un medio extraordinario para remover la sentencia injusta pasada en autoridad de cosa juzgada (en base a las causales determinadas por la ley), mediante un nuevo examen para comprobar el error judicial en que ha incurrido el juzgador, es decir cuando el juzgador se ha equivocado “en el análisis de los elementos del delito, haciendo constar lo que, en efecto no existió; u omitiendo lo que, en realidad existió, entonces, ha lugar al recurso de revisión. (Zavala Baquerizo).- Este recurso permite revocar la sentencia condenatoria en firme, ejecutada o ejecutándose, cuando concurra una de las causales determinadas en el Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, para ello, la ley exige la presentación de nuevas pruebas, pero en el caso que nos ocupa, existen pruebas que indican la materialidad y responsabilidad de la infracción y del comedimiento del delito que se le acusa al imputado Jaime Omar Proaño Vásquez; en conclusión, para que prospere el recurso de revisión presentado la ley exige presentación de nuevas pruebas, hecho que no se ha dado, en el presente caso. **RESOLUCION.-** Por las consideraciones expuestas y en armonía con el criterio del Ministerio Público, esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia “**ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO, SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**”, declara IMPROCEDENTE el recurso de revisión deducido por JAIME OMAR PROAÑO VÁSQUEZ, confirmado, por lo tanto el fallo recurrido, dictado por el Tribunal Quinto de lo Penal del Guayas.- Devuélvase este proceso al órgano jurisdiccional de origen para los fines de ley.- Notifíquese y cúmplase.-

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Milton Peñarreta Álvarez y Arturo Pérez Castillo, Jueces Nacionales y Arturo Pérez Castillo, Conjuez Permanente.

Certifico, Secretario Relator, Dr. Hermes Sarango Aguirre.

RAZON: Siento por tal que la fotocopia que antecede es igual al original.- Quito, 8 de septiembre del 2011.

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

N° 396-06-OR

JUEZ PONENTE: DR. HERNAN ULLOA PARADA
Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
PRIMERA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL**

Quito, 13 de julio del 2011, las 16h45.

VISTOS: Los ofendidos Zoila Beatriz Velasco y William Hidalgo Dávalos interponen recurso de casación, a la sentencia emitida por el Tribunal Tercero de lo Penal de Pichincha, el 22 de Mayo del 2006 a las 09h30, en la que se declara al procesado Roberto Alejandro Cárdenas Guaricela, autor responsable del delito de homicidio por omisión tipificado y sancionado por el artículo 449 del Código Penal, en concordancia con los artículos 11 y 12 del mismo cuerpo legal, y reconociéndole atenuantes, en concordancia con lo previsto en el artículo 72 del Código Penal, se le impone la pena modificada, de CINCO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA, según reza, el fallo. El recurso ha sido debidamente fundamentado por los recurrentes, habiéndose corrido traslado al ministerio público que contestó, de conformidad con lo que dispone el artículo 355 del Código de Procedimiento Penal, siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de apelación interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1; Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el R. O. No. 449 del 20 de Octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R. O. No. 479 del 2 de Diciembre del 2008; y, la Resolución Sustitutiva dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de Diciembre del 2008 y publicada en el R. O. 511 del 21 de Enero del 2009; así como, en atención al oficio No. 823-SG-SLL-2011, de 17 de junio de 2011, mediante el cual, el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, encarga del despacho del señor doctor Luis Moyano Alarcón, Juez Nacional de esta Primera Sala de lo Penal, al Dr. Arturo Pérez Castillo; y, el sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de Jueces Nacionales de esta Primera Sala de lo Penal y Conjuez Permanente, avocamos conocimiento del presente recurso de casación.- **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial alguna, que podría causar nulidad; por lo que este Tribunal de Alzada, declara la validez de esta causa. **TERCERO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.-** Los recurrentes en su escrito de fundamentación del recurso han manifestado que las normas de Derecho que estiman infringidas son las que a continuación se expresan: **1) Violación de la ley por errónea interpretación del artículo 29 del Código Penal**, en su numeral 7, ya que los recurrentes han manifestado que en la parte final del considerando cuarto de la sentencia impugnada se han aceptado como prueba cuatro certificados de los Tribunales Penales de la Provincia de Pichincha, en los que se señala que el acusado no tiene otra causa

pendiente en su contra por la que se le haya llamado a juicio en los últimos años, haciéndolos valer como condición suficiente para poder aplicar la atenuante contenida en dicho numeral del artículo 29 del Código Penal, en el que se menciona que para recibir dicha atenuante, el delincuente debe comprobar, mediante su conducta anterior al hecho, que no ha sido un individuo peligroso. Los recurrentes han manifestado al respecto que solo un estudio criminológico del individuo puede comprobar su peligrosidad y en el caso concreto, dicho estudio no se ha realizado. Los recurrentes han expresado que la peligrosidad es una condición o estado personal del individuo que lo hace temible, que hace que otros esperen un mal de él, para los acusadores particulares, la peligrosidad se puede determinar efectivamente en los antecedentes personales de conducta y en la vida que lleva la persona dentro de la sociedad a la que pertenece, por lo que un certificado de no tener causas penales, no puede ser usado como determinante de la conducta social del individuo. Ser peligroso, a entender de los casacionistas, no es lo mismo a que el individuo se encuentre encausado penalmente en etapa de juicio, y no estarlo, tampoco supone que el individuo no es peligroso; 2) Alegan falsa aplicación del artículo 146 del Código de Procedimiento Penal, ya que los recurrentes manifiestan que la sala no ha tomado en cuenta un certificado de la Policía Nacional, en el cual se manifiesta que Roberto Cárdenas Guaricela ha sido detenido dos veces, una por robo y otro por robo y asalto; añaden, los ofendidos, que el mismo acusado, en la Audiencia de Juzgamiento, y bajo juramento manifestó que años atrás, había sido detenido por dos veces, la primera por robo y la segunda por robo y asalto, lo que el tribunal nunca consideró para tomar su decisión respecto a los atenuantes concedidos a favor del procesado, en la opinión de los casacionistas; 3) Violación de la ley por falsa aplicación del artículo 72 del Código Penal; los recurrentes expresan que como consecuencia de la errónea interpretación de la atenuante contenida en el artículo 29 numeral 7 del Código Penal, el Tribunal Juzgador ha reducido la pena del sentenciado, por haber dos circunstancias atenuantes y ninguna agravante, lo que, a entender de los ofendidos, no es así ya que no se ha probado la no peligrosidad del procesado. **CUARTO: CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO FISCAL.-** El señor Fiscal General del Estado Jorge W. German R., con fecha 15 de Marzo del 2007, en virtud a lo dispuesto por el artículo 355 del Código de Procedimiento Penal, al contestar la fundamentación del Recurso de Casación realizado por Zoila Beatriz Velasco y William Hidalgo Dávalos, señala, en la parte pertinente, lo siguiente: 1) El delito de homicidio previsto y reprimido en el artículo 449 del Código Penal y que se le atribuye al recurrente Roberto Alejandro Cárdenas Guaricela, esta plenamente justificado, pues la prueba actuada en juicio no deja duda alguna del acto mediante el cual se dio muerte a Danny William Hidalgo Velasco y debido a las circunstancias en que se desarrollaron los hechos, esto es, en una habitación pequeña en la que permanecieron solo cuatro personas totalmente identificables, las cuales estuvieron ingiriendo licor, el acto antijurídico se califica de voluntario, tanto más cuanto que la localización de la herida y el instrumento que se utilizó (arma de fuego), no deja duda al respecto, por otro lado al no haberse probado quien ejecutó el disparo, todos los presentes se reputan sus autores, al tratarse del delito de homicidio simple; 2) El artículo 72 del Código Penal manda, como requisito para la modificación de la pena, que haya dos o más circunstancias

atenuantes y ninguna agravante no constitutiva o modificatoria de la infracción, dejando a criterio del juzgador la regulación de la pena, la misma que deberá guardar proporcionalidad con las circunstancias del acto antijurídico y la alarma social causado por éste. En la causa, el Tribunal Penal describe la prueba introducida en juicio, considerando que los Certificados de los Tribunales Penales justifican que la conducta anterior del delincuente, no revela tratarse de un individuo peligroso, criterio del Juzgador que no es compartido por la Fiscalía, pues, según el Ministro Fiscal General del Estado, esto tan solo comprueba que dicha persona no ha tenido otro enjuiciamiento en la circunscripción territorial del cantón Quito, no encontrándose justificado el comportamiento de la persona en su medio social, el mismo que deberá ser conforme a la moral imperante, con el ordenamiento jurídico vigente y con las buenas costumbres, por lo que el Fiscal del Estado considera que no se ha comprobado de forma alguna que el acusado no sea una persona peligrosa para la sociedad; 3) De la revisión de la sentencia, realizada por el Fiscal General del Estado, el mismo ha concluido que el Tribunal ha hecho una falsa aplicación del artículo 12 del Código Penal, pues de la prueba incorporada al juicio no se establece de manera alguna que se pudo evitar un acontecimiento, en este caso, la muerte de Danny Hidalgo por cualquier medio por parte de los imputados, comprobándose más bien que la conducta de Roberto Alejandro Cáceres Guaricela se encasilla en lo dispuesto en el artículo 449 del Código Penal; 4) El Fiscal General del Estado manifiesta que el Juzgador violó lo dispuesto en el artículo 72 del Código Penal, pues al no haberse justificado que la conducta anterior del delincuente revelaba no tratarse de un individuo peligroso, no procedía la modificación de la pena. **QUINTO: ANÁLISIS DE LA SALA.-** 1) La casación en materia penal es un recurso extraordinario vertical, de efectos suspensivos, contra sentencias en las que se hubiere violado la ley, ya por contravenir expresamente su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella, ya en fin, por haberla interpretado erróneamente, como señala Fabio Calderón Botero en su obra *Casación y Revisión en Materia Penal* que el recurso de casación “*es un juicio técnico jurídico, de puro derecho sobre la legalidad de la sentencia (errores in iudicando) o sobre el proceso en su totalidad o en diversos sectores del mismo (errores in procedendo); de ahí que la casación, como un juicio sobre la sentencia que es, no puede entenderse como una instancia adicional, ni como potestad ilimitada para revisar el proceso en su totalidad, en sus diversos aspectos tácticos y normativos, sino como una fase extraordinaria, limitada y excepcional del mismo*”, por lo tanto, la casación en materia penal se remite a analizar si alguna norma jurídica ha sido violada de alguna forma dentro del caso concreto; como establece el autor citado, es una fase del proceso que se encuentra limitada a hacer un examen de legalidad del fallo del juzgador para determinar si dicho fallo ha sido dictado respetando las normas jurídicas pertinentes; 2) En la especie, el recurso planteado por los casacionistas Zoila Beatriz Velasco y William Hidalgo y al que dio respuesta el Ministro Fiscal General del Estado Jorge W. German R. en virtud de lo expresado en el artículo 355 del Código de Procedimiento Penal, no plantean el tema de si el acusado es culpable o inocente, sino se plantea el problema de si los certificados de antecedentes penales constituyen prueba suficiente para poder aplicar, solo en base a ellos, la circunstancia atenuante contenida en el

artículo 29 numeral 7 del Código Penal que menciona que el procesado debe probar que con anterioridad al hecho del delito, mantuvo un comportamiento que revela su no peligrosidad, al respecto cabe decir que esta Sala no puede entrar a revalorar la prueba que se ha actuado en instancias inferiores del proceso, como se ha dicho en el primer numeral de este considerando, por medio de este recurso solo cabe analizar si se ha dado una violación a la ley; **3)** Para el análisis de si el artículo antedicho fue violado, corresponde analizar que se entiende por peligrosidad. Fernando Quiceno Álvarez, en su “Diccionario Conceptual de Derecho Penal”, al referirse a la peligrosidad del delincuente, señala que *“con respecto a la noción de peligrosidad, puede afirmarse que los autores modernos la consideran como la probabilidad científica de que un individuo cometerá o volverá a cometer un delito”*, en líneas posteriores y citando a Grispigni, manifiesta que *“la naturaleza del peligro esta no en la posibilidad, sino en la probabilidad notoria de que un ciudadano delinca”*. Podemos entonces colegir de lo antedicho, que la peligrosidad es la real probabilidad de que una persona cometa un delito o, que una vez cometida una primera infracción, dicha persona vuelva a delinquir. La peligrosidad es, como dice el autor citado, *“un modo de ser del sujeto, es un atributo, una cualidad de la persona, y mas precisamente, es la condición psíquica de una persona, en cuanto es causa probable de delitos”*. Esto nos ayuda a establecer que la peligrosidad del individuo, subjetivamente, se logra establecer por su personalidad, sin embargo, debemos tomar en cuenta la manera en la que el Código Penal constituye la circunstancia atenuante; dicho texto legal literalmente establece que esta circunstancia se prueba con la *“CONDUCTA ANTERIOR DEL DELINCUENTE QUE REVELA CLARAMENTE NO TRATARSE DE UN INDIVIDUO PELIGROSO”*, de esta manera la ley hace que se tenga que probar la existencia o no de la peligrosidad, no ya de manera subjetiva, sino más bien de una manera objetiva, manifestada en actos del individuo que hagan ver claramente su falta de peligrosidad. El Código Penal ha utilizado la palabra conducta, entendida como el obrar dentro de la sociedad del individuo, para que sea mediante este obrar que se demuestre la no peligrosidad del mismo. Es en base al análisis que se ha realizado de la norma, que esta Sala debe establecer si el juzgador a violado o no la ley; **4)** En el caso concreto, materia de este recurso de casación, el procesado ha presentado certificados de los Tribunales Penales de Pichincha que constan en fojas 616-618 del proceso, en los que se manifiesta que el procesado no tiene causas penales pendientes ni ha recibido sentencia condenatoria alguna, para hacerse acreedor a la circunstancia atenuante contenida en el artículo 29 numeral 7 del Código Penal. Siguiendo con el análisis hecho en el numeral anterior de este considerando, estos certificados se adaptan al requerimiento legal hecho por este artículo, ya que al no haber proceso alguno en contra del sentenciado, se deduce que sus acciones no han sido conducentes a que se ponga en marcha al sistema penal, es decir, su conducta no ha merecido que el sistema penal lo tome en cuenta e inicie un proceso en su contra, pues simplemente, no ha cometido ilícito alguno, anterior a éste, que le haya sido probado y por el que haya sido juzgado y condenado. Se constituye, este documento, en una prueba objetiva que muestra que la conducta del procesado no ha sido la de un individuo peligroso ya que no se presentan antecedentes en la misma que hacen pensar en él como un sujeto de esa

naturaleza. Ante la existencia de los certificados emitidos por la subdirección Técnico Científica de la Dirección Nacional de la Policía Judicial e Investigaciones de la Policía Nacional del Ecuador, en la que consta que en la base del archivo central unificada a nivel nacional, el imputado, si registra antecedentes personales, por detenciones hechas a su persona, esta Sala debe expresar que el principio de presunción de inocencia contenido en la Constitución Política de la República del Ecuador, norma aplicable al momento de producidos los hechos (y que está contenida en el artículo 76 numeral 2 de la actual Constitución de la República del Ecuador), manifiesta que: “Se presumirá la inocencia de toda persona cuya culpabilidad no se haya declarado mediante sentencia ejecutoriada”, es por esto que dichos certificados, al basarse solo en las detenciones que ha tenido el sentenciado y no en los procesos que se han seguido en su contra, no constituyen una manifestación del obrar del procesado, ya que de ellos no se concluye que la persona haya cometido un delito, pues es con posterioridad a un proceso dentro del cual se ha establecido mediante las pruebas presentadas y las normas jurídicas aplicables al caso concreto que se logra calificar a una persona de culpable; una detención sin un proceso en el que se determine que el individuo detenido es culpable, no sirve para hacer observar al juzgador que la conducta del procesado es la de una persona peligrosa. En la especie, los certificados de no presentar antecedentes penales que han emitido los Tribunales Penales de Pichincha a favor del sentenciado reflejan que la conducta del individuo, ha sido tal, que no ha ameritado su juzgamiento dentro de un proceso penal, hasta antes de éste, siendo por lo tanto lógico concluir que de su conducta no se han desprendido actitudes que se configuren en actos ilícitos que hayan tenido que ser juzgados, en cambio, del certificado de las detenciones que presentan los recurrentes, se debe hacer un análisis diferente, porque dichas detenciones no han llevado a que en un proceso penal se determine que el procesado es culpable de algún delito, estos certificados no prueban la peligrosidad del procesado, ya que, al no existir un proceso penal, como lo manifestamos anteriormente, no ha existido un medio idóneo para vincular al mismo, con los actos por los que fue detenido; **5)** Al existir dos circunstancias atenuantes y no existir agravantes constitutivas o modificatorias de la infracción en el presente caso, procede la aplicación del artículo 72 del Código Penal, por lo que la aseveración hecha tanto por los recurrentes como por el Ministro Fiscal General del Estado, de que se ha hecho una falsa aplicación de la ley no es correcta, pues del análisis realizado en el numeral 4 del presente considerando se desprende la existencia de la circunstancia atenuante prevista en el artículo 29 numeral 7 del Código Penal, que sumada a la circunstancia atenuante contenida en el numeral 6 del mismo artículo, dan al juzgador la posibilidad de modificar la pena dentro del caso concreto. **SEXTO: RESOLUCION.-** Por las consideraciones expuestas y alejándonos del criterio de la Fiscalía General, esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia **“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”** de conformidad a lo que dispone el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por los recurrentes Zoila Beatriz Velasco y William Hidalgo

Dávalos, ratificando por lo tanto la sentencia dictada por el Tercer Tribunal Penal de Pichincha. Devuélvase el proceso al inferior para la ejecución del fallo. **Cúmplase y Notifíquese.**

Fdo.) Dres. Milton Peñarreta Álvarez, Hernán Ulloa Parada, Jueces Nacionales y Arturo Pérez Castillo, Conjuez Nacional.

Certifico:

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

RAZON: Siento por tal, que las cuatro (4) fotocopias que anteceden son iguales a sus originales.- Quito, 8 de septiembre del 2011.

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

N° 284-07-OR

EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA.

JUEZ PONENTE: DR. HERNAN ULLOA PARADA.
(Art. 185 de la República del Ecuador).

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

Quito, 19 de mayo del 2011, las 17h30.

VISTOS: El señor Aurelio Ricardo Loayza Dávalos, interpone recurso de casación de la sentencia pronunciada por el Segundo Tribunal Penal de Chimborazo, el 3 de mayo del 2007 a las 9H00, mediante la cual se le impone la pena de ocho años de reclusión menor ordinaria, por considerarle autor responsable del delito previsto y reprimido por el Art. 257 del Código Penal. El recurso presentado fue debidamente fundamentado, habiéndose corrido traslado con el mismo al señor Ministro Fiscal General del Estado, quien contestó, de conformidad con lo que establece el Art. 355 del Código de Procedimiento Penal. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo, se considera: **PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.-** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1; la Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador publicada en el R.O. No. 4490 de 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; y, la Resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre de 2008, publicada en el Registro Oficial N° 511 del 21 de enero del 2009; y por el sorteo de ley respectivo,

SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad; por lo que este Tribunal de Casación declara la validez de esta causa penal. **TERCERO: FUNDAMENTACION DEL RECURRENTE.-** El recurrente Aurelio Ricardo Loayza Dávalos, en su escrito que obra de fs. 5 a 9 vta. del cuaderno de la Sala, fundamenta su impugnación manifestando que toda sentencia debe contener la expresión de honestidad y consecuentemente, obedecer a la probidad del juzgador para estimar la valoración de la prueba que hayan aportado las partes procesales, que en ésta existen violaciones que contravienen expresamente el texto de la ley, violando el Art. 152 del Código de Procedimiento Penal, al admitir prueba documental que no ha sido examinada por el fiscal en su presencia o de su defensor, a falta de éstos, ante dos testigos: Art. 156 del Código de Procedimiento Penal; al haberse admitido como prueba de registro informático el que no ha sido autorizado por el Juez en la causa; los Arts. 24 numeral 14 y 83 de la Constitución Política y Código de Procedimiento Penal respectivamente, por haberse faltado a la verdad; que igualmente se contraviene el Art. 338 del Código Penal, por establecer como verdaderos, hechos que no lo son; que se han incurrido en falsas aplicaciones de la ley, violando el Art. 312 del Código de Procedimiento Penal, porque el fallo debió mencionar el modo como se habría llegado a comprobar conforme a derecho, la existencia del delito y la responsabilidad del acusado, responsable penal, por haber tenido la condición de jefe operativo; violación del Art. 309 inciso 2° del Código de Procedimiento Penal, porque la sentencia no puede contener la relación de ningún acto punible en que haya incurrido el acusado, o en que se haya demostrado apropiación de dinero del supuesto ofendido en beneficio o provecho propio o de terceros; falsa tipicidad, violándose el numeral 4 del Art. 309 del Código de Procedimiento Penal, pues la parte resolutoria de la sentencia no específica, singularmente la tipicidad en relación con las condiciones, calidades o modalidades en que funda la condena; erróneas interpretaciones de la ley, en el inciso tercero del Art. 257 del Código Penal, pues éste no contiene ninguna tipicidad; y, se ha interpretado erróneamente los Arts. 277 y 140 del Código de Procedimiento Penal, en razón de que en la audiencia, el Tribunal Penal denegara el testimonio con juramento de la procuradora del acusador y el testimonio del acusado, interpretando erróneamente el Art. 90 ibidem. **CUARTO: DICTAMEN FISCAL.-** El señor Fiscal General del Estado, contesta la fundamentación del recurso, manifestando que: **1.-** Examinada la sentencia se observa que el Tribunal Penal, luego de analizar lo existente y actuado en la audiencia de juicio por las partes procesales, de acuerdo a la luz de la lógica jurídica y reglas de la sana crítica se colige lo siguiente: a) De autos consta prueba instrumental de que el acusado Aurelio Ricardo Loayza Dávalos, prestó sus servicios al Banco de Guayaquil al tiempo de los hechos, Jefe Operativo, como así consta del contrato laboral, el cual no ha sido impugnado ni desmentido por la defensa del acusado; b) Tanto la fiscalía como la acusación particular con el objeto de demostrar la existencia material de la infracción acusada han introducido al proceso la prueba testimonial de Holger Lemache y Carlos Poma, peritos acreditados al Ministerio Público que realizaron un examen del cajero automático 3452, ubicado en la puerta de entrada al Centro Agrícola Cantonal de la

ciudad de Riobamba, que según dicha experticia no existen huellas, señales o vestigios de que haya sido forzada en su interior como en su parte externa; testimonio del ingeniero en sistemas César Meléndrez Chérrez, quien practicó el reconocimiento contable, cuyo informe consta del proceso, el cual en forma cronológica y de acuerdo con el sistema de “Quirón”, desmenuza todas las operaciones realizadas por el cajero desde el 1 al 26 de diciembre del 2005, que en forma detallada constan en dicho informe, anotando además la serie de irregularidades en el comportamiento de dicha máquina, entre ellas la conexión y desconexión del cable de comunicación, sin que exista necesidad técnica u operativa para ello, así como las aperturas y cerramientos continuos de la bóveda, asegurando que de estos eventos debió conocer una sola persona que maneja las llaves del cubículo y clave de la bóveda del cajero, llave y claves que solo conocía el jefe operativo y si, alguna ocasión la conocían otras personas por breves lapsos, debió cambiar la clave en cumplimiento de sus deberes y políticas del banco; testimonios de los técnicos Gelvis Redrován Pérez y licenciada Taña Loza Arroyo, peritos también acreditados del Ministerio Público que realizan la auditoría contable del cajero 3452 por un periodo comprendido entre el 1 al 31 de diciembre del 2005, informe que consta del proceso como también su ampliación, pericia que lo hacen en base a la documentación entregada por la entidad perjudicada, así como las transacciones exitosas del cajero y las tiras auditoras que corresponden al movimiento propio del cajero, que reflejan al 22 de diciembre del 2005, un saldo de 32.120 dólares, que a partir del 23 de diciembre del 2005, a las 14h20, hasta el 31 de diciembre del año en mención, el cajero deja de prestar servicio, asegurando que el delito se ha cometido desde el 13 de diciembre del 2005, fecha en la que se adiciona dinero por sistema hasta el 26 de diciembre del mismo año, en la que desaparece el dinero físicamente.

2. En relación a la responsabilidad del acusado, en el mismo considerando, el juzgador dice que la responsabilidad del acusado en la infracción materia de este juicio, se han comprobado, porque se han receptado los testimonios de: Darwin Petronio Llerena y Carlos Alberto Samaniego, quienes hacen conocer que pasadas las 18h00, del 13 de diciembre del 2005, Loayza Dávalos, les ha pedido que le acompañen al cajero del centro agrícola para adicionar la suma de 20.000, 00 dólares, dinero que supuestamente llevaba en una funda manila, habiendo ingresado al pequeño cuarto del cajero (cubículo) únicamente Loayza, mientras que ellos se han quedado afuera, que luego de un momento, ha salido para dejarlo a Llerena en su casa; testimonio de Jaime Sierra, Jefe Regional de Cajeros, que asegura que el 13 de diciembre del 2005, el cajero 3452 se mantenía con 19.000,00 dólares, considerando anómala la conducta de Loayza, cuando dos horas más tarde adiciona a su decir, la suma de 20.000,00 dólares y peor aún por la noche, ya que con los 19.000,00 dólares, bien pudo satisfacer el cajero operaciones hasta el 27 de diciembre del 2005, testigo que además hace notar la serie de irregularidades y anomalías en que ha incurrido Loayza Dávalos, Jefe Operativo, quien conocía la clave de la bóveda del cajero y tenía las llaves del cubículo; testimonio de Santiago Efrén Paredes, Asistente de Auditoría del Banco, que verificó que el cajero del centro agrícola estaba vacío, sin dinero y que de acuerdo a las entrevistas que se han dado, la clave y las llaves del cubículo lo tenía Loayza, Llerena y Burgos y que el 13 de diciembre fecha en la que se realizó un arqueo por parte de Catalina Medina se ha

adicionado 20.000,00 dólares por sistema, operación que está fuera de las políticas del banco, concluyendo que Llerena y Burgos, fueron utilizados como escudo por Loayza para el cometimiento del fraude interno. Que fue extraña la actitud de Loayza Dávalos al momento de entrevistarse en la oficina de la sucursal con Darwin Llerena y María Augusta Burgos, cuando ya les informa el 20 de diciembre del 2005, entre las 09h00, que la caja del Centro Agrícola estaba vacía y que faltaba la suma de 32.000,00 dólares, cuando aún no se hacía el examen contable con los auditores del banco, que lo hacen más tarde; que además Loayza Dávalos no ha observado los manuales y políticas del banco respecto de la adición o depósito de dinero en los cajeros, como son: haberlo hecho únicamente hasta las 18h00, que dichos depósitos tenía que hacerlo mediante la compañía de seguridad Tevcol, entidad encargada de llevar el dinero hasta el cajero, y entregarlo al Jefe Operativo para que lo ingrese a través de la clave que solo él tenía, que debía confeccionar el reporte con los encargados del transporte, en el que debía contar la suma a la que alcanzaba el transporte, que una vez que le fueron devueltas la clave de Loayza Dávalos por parte de Llerena o Burgos, tenía la obligación de cambiar la clave. El Art. 257 del Código Penal sanciona el delito denominado peculado, que consiste en el abuso de fondos o efectos públicos o privados, por parte de funcionarios públicos y toda persona encargada de un servicio público encargados de su manejo, en beneficio propio o de terceros, ya consista dicho abuso en desfalco, malversación, disposición arbitraria u otra forma semejante, además en esta disposición se encuentran comprendidos los servidores que manejen fondos de los bancos estatales y privados; en la especie se ha establecido plenamente, que en el periodo del 1 al 31 de diciembre del 2005, en el que el acusado era Jefe Operativo, en la Institución Bancaria, Banco de Guayaquil, sucursal Riobamba, se determinó un faltante de 32.120,00 dólares, faltante que no ha sido justificado ni ha sido devuelto. Con este precedente, se determina que en la causa, el Tribunal analizó el acto mediante el cual el recurrente distrajo fraudulentamente el dinero detallado en los respectivos informes presentados por los peritos y por la Institución bancaria.

3. El delito de peculado responde a un proceso sucesivo de hechos que guardan entre sí relación causal, debe contemplar primeramente el empleo del medio fraudulento para distraer o disipar en perjuicio de otro un bien, que se le entregó para un uso determinado, en el hecho propuesto, originó un error determinante, existió la disposición patrimonial en provecho del sujeto activo del ilícito, todo esto contenido en la circunstancia del dolo.

4. El Segundo Tribunal Penal de Chimborazo, soberano en la apreciación de la prueba, con la facultad que le concede los Arts. 86, 87 Y 305 del Código de Procedimiento Penal, normas procedimentales que tiene relación con el ordinal segundo del Art. 309 del cuerpo legal citado que señala que las pruebas individuales, y en su conjunto deben ser entendidas como el raciocinio que se aplican en base de la inteligencia, de la experiencia y de la lógica jurídica, llega a la certeza de que el sentenciado Aurelio Ricardo Loayza Dávalos, es autor responsable del delito de peculado, previsto y reprimido en el Art. 257 inciso tercero del Código Penal. De la lectura de la sentencia no se advierte que el Tribunal Penal al sancionar al acusado Aurelio Ricardo Loayza Dávalos, haya violado la ley al emitir el fallo, por cualquiera de las formas determinadas en el Art. 349 del Código Procesal Penal, tornándose equivocado el

criterio del recurrente, al manifestar que no existen los elementos de convicción suficientes para la determinación de la materialidad del delito, que la sentencia del Tribunal, versa sobre un delito totalmente distinto, que no guarda congruencia con lo determinado por el Fiscal, con respecto a la determinación del delito; lo cual es contradictorio, con lo declarado por el juzgador en lo referente, pues los elementos constitutivos que configuran el antijurídico, son los mismos que éste los analizó, convalidando la deficiencia del inferior, referente a la tipificación, conforme se faculta en lo que dispone el Art. 238 del Código de Procedimiento Penal. Razón por la que solicita a la Sala, rechace por improcedente el recurso de casación interpuesto por Aurelio Ricardo Loayza Dávalos. **QUINTO: ANALISIS DE LA SALA: 1.** La casación según la doctrina se contrae al control de la legalidad de las sentencias dictadas por los jueces inferiores y en este contexto corregir posibles violaciones de la ley en la forma como se plantea en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal en vigencia, esto es, ya por contravenir expresamente su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella; ya en fin por haberla interpretado erróneamente.- Encontrándose vedado el Tribunal de casación volver a examinar la carga probatoria, que fue motivo de análisis del Tribunal Penal; empero, **siendo procedente la casación**, cuando el inferior ha hecho una indebida o errónea aplicación de las normas de derecho **o una valoración incorrecta de las pruebas actuadas en el juicio.**” o si en la sentencia definitiva no aparecen determinadas las pruebas legalmente actuadas, en las cuales se fundan o se debió fundamentar la declaración de comprobación de la existencia de la infracción, o de la responsabilidad del encausado; y esto último, porque la Casación cumple una función monofiláctica que es la correcta aplicación del derecho (para mantener a la ley como expresión de la voluntad soberana) y la unificación de la Jurisprudencia (función unificadora), para de esta forma defender y mantener una adecuada unidad del derecho objetivo y la igualdad de los ciudadanos ante la ley.- **2.** En este contexto y antes de entrar a un análisis de la sentencia impugnada, es menester señalar: **A.** Que el Peculado, según el Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas es: “la sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos, por aquel o a quien está confiada su custodia o administración” y según Sebastián Soler, el peculado: “en cierto sentido, es una retención calificada y que la calificación deriva de que **el abuso es cometido por funcionario público, en contra del Estado**, como propietario o guardián de ciertos bienes y con abuso de su función”.- De lo que se colige que el peculado siempre ha sido considerado un delito contra el Estado.- Modernamente en el Peculado, no es determinante, sólo la naturaleza de la cosa, o que exista un abuso de confianza, sino que **“debe estar presente una extralimitación del poder, de naturaleza tal como para lesionar el interés, que todos los ciudadanos tienen, en que la función pública se desempeña conforme a la ley”**; **B.** En nuestra legislación, el peculado se encuentra ubicado en los delitos contra la “Administración Pública” constando actualmente en el Libro 11, Título 111, Capítulo V “De la violación de los deberes de los funcionarios públicos, de la usurpación de atribuciones y de los abusos de autoridad” y como bien lo sostiene el doctrinario colombiano, Marco Antonio Terragni, haciendo prevalecer la tutela de la seguridad de que esos bienes estarán dispuestos para que se cumpla la función patrimonial del Estado, lo que está en sintonía con

la tendencia jurídica moderna (Terragni, “Delitos propios de los funcionarios públicos”, ediciones jurídicas CUYO.- Sin embargo, este delito, afecta además a otros bienes jurídicos, **como a la fe que los ciudadanos hemos depositado en nuestros funcionarios.** En este mismo sentido el doctor Luis Cueva Carrión en su obra “PECULADO”, Tomo 1, Teoría, práctica y jurisprudencia, pág. 81, señala:” Lo esencial del peculado no radica en la sustracción, distracción, malversación o cambio de vínculo de los bienes públicos, sino, ante todo y sobre todo, en faltar a la fidelidad que todo servidor público tiene para con los bienes que están a su cargo y responsabilidad. ”, por lo tanto los intereses tutelados son: **el empleo de los fondos públicos conforme lo dispone la ley y la necesidad de contar con funcionarios probos**, esto ya fue señalado por Maggiore, quien manifestó que por esta razón Carrara no vacilaba en clasificar el peculado entre los delitos contra la fe pública; **C.** El delito de peculado, tipificado en el artículo 257 del Código Penal, tiene una estructura específica que amerita un detenido análisis: **1}** Según la doctrina, en la configuración del Peculado, debe darse la confluencia de tres elementos esenciales: *Sujeto activo:* la calidad de funcionario público del autor o el estar incluido entre aquellas personas que la ley equipara al agente estatal; *Objeto:* la naturaleza de los bienes (públicos o equiparados); *Relación funcional:* que estos bienes hayan sido confiados a la persona en razón de su cargo o de su tarea. (Delitos propios de los funcionarios públicos, Marco Antonio Terragni, Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 211).- **2}** En el tipo penal previsto en nuestra legislación, en el artículo 257 del Código Penal, **el núcleo o verbo rector es el “haber abusado” por parte del funcionario, de dineros públicos o privados** y en general de efectos que los representen, piezas títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, bien por **desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante**; o sea que **los intereses que se tutelan son**, por un lado, **el empleo de los fondos públicos** destinados a determinados fines y cuya distracción produce serios perjuicios al aparato estatal, con la consiguiente afectación al bien común y, por otro, los bienes que también pueden ser del dominio de los particulares, sin que la distinción entre bien público y bien privado, sea esencial para la adecuación típica.- **3}** Abusar según el diccionario de la lengua es “usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien”. Desfalcar, según el diccionario de Cabanellas: “ Usar uno o tomar para sí el caudal que está obligado a custodiar”, “Sustracción, retención indebida o uso privado de caudales o valores por la persona que tiene la obligación de custodiarlos de devolverlos o de servirse de ellos para fines específicos”; en términos sencillos, “el abusar de fondos públicos por desfalco” debe entenderse como el “llevarse consigo los dineros públicos mediante actos volitivos puestos en ejecución por el agente, con dolo o mala fe; y, más precisamente una forma planificada de llevarse os fondos públicos, en perjuicio del Estado”. La “Disposición arbitraria” se debe entender de conformidad al diccionario de la lengua española como, la facultad de enajenar o gravar los bienes, o como, la colocación o situación de las cosas, procediendo libremente usando de esta facultad en forma injusta irracional o ilegal, y, por tanto, “la disposición arbitraria de los fondos públicos se entiende que es el uso indebido o impropio que se hace de los caudales públicos que se encuentran bajo su custodia”.- De allí que, como

sostienen los tratadistas, lo que se pretende en estos casos mediante el establecimiento de una sanción penal, es que los funcionarios y servidores públicos cumplan sus obligaciones jurídicas en el orden patrimonial y no cometan abusos que constituyan perjuicios al Estado en su conjunto;

4.- La Sala sobre el presente caso hace las siguientes precisiones: **a)** El sentenciado era Jefe Operativo del Banco, conocía de las claves las bóveda del cajero número 3452, ubicado en el Centro Agrícola, de las calles Daniel León Borja y Miguel Ángel León de la ciudad de Riobamba, además tenía las llaves de los cubículos (espacio donde se encuentran los cajeros), como Jefe era la persona que adicionaba dinero a los cajeros, conocía que no podía transportar el dinero por su propia cuanta, sino a través de la Empresa de Seguridad, que los dineros no se podían transportar en horas de la noche; que debía suscribir acta de recepción de cajeros con sus subalternos, **b)** Darwin Llerena, indica que la última carga de dinero al cajero del Centro Agrícola, fue el 13 de diciembre del 2005, a eso de las 20H00, que Loayza le pidió que lo acompañara, y pudo observar que portaba un sobre manila en que supuestamente estaba el dinero, pero que él en ningún momento ingreso al cubículo, se quedó en el interior del carro, también estaba presente el guardián del banco Carlos Samaniego, que los acompañó pero este no ingresó al cuarto del cajero. **c)** Testimonio del Ing. César Meléndrez Cherrés, perito acreditado por el Ministerio Público, que realiza el reconocimiento informático del Banco de Guayaquil, del sistema de control de cajeros, en lo principal dice: Que el 13 de diciembre 2005, se adiciona \$ 20.000. en efectivo, para lo cual se desconecta el cable de comunicaciones, pero quedaron sus actividades registradas en el Log del cajero, ese mismo día, a las 9H42 el cajero es puesto en mantenimiento, a las 19H00, sin existir necesidad técnica u operativa es abierta la bóveda y luego le ponen en modo de mantenimiento, posteriormente a las 19H59, desconectan el cable de comunicación según el Quirón (programa de computación de los bancos), que entre las 19H57, en que el cajero se pone activo, y a las 19H59 desconectan el cable de comunicación, exciten 2 minutos con 8 segundos, lo que se deduce que la persona que estuvo en su interior lo desconectó. El 21 de diciembre 2005, a las 16H42 desconectan el cable de comunicación, apagan el cajero y posteriormente lo ingresan a modo de mantenimiento; desde que lo desconectan y salen del modo mantenimiento, existen 8 minutos y 5 segundos, el 22 de diciembre 2005, a las 9H55, el cajero es desconectado, reserteado y puesto en modo mantenimiento, que el 24 de diciembre a las 9H02 es puesto en modo de mantenimiento sin que exista necesidad técnica u operativa, según el reporte que emite Quirón, que el 25 de diciembre a las 02H15 el cajero es desconectado de la comunicación con el Quirón hasta el día siguiente a las 9H32, en que es conectado, reiniciado, abierto la bóveda y posterior puesto en modo mantenimiento, y el 26 de diciembre a las 9H32, de acuerdo al Quirón dice: puerta de bóveda abierta, luego de 3 minutos, puerta de bóveda cerrada, tiempo seguramente que corresponde cuando se descubre el faltante. Asegura el perito que estos eventos debió conocer una sola persona, como el manejo de las llaves del cubículo y claves de la bóveda del cajero, que es una sola persona. **d)** Los auditores Ing. Gelvis Redrován Pérez y Lcda. Tania Loza Arroyo, que realizaron la experticia contable, efectuada al cajero 3452 del Banco de Guayaquil, del Centro Agrícola de Riobamba, en el periodo del 1 al 31 de diciembre del 2005, expresan: “Siendo el

saldo final que dispone en la memoria electrónica del referido cajero al 31 de diciembre del 2005, es de \$ 32.120 saldo resultante luego del último movimiento exitoso No 5206 del 22 de diciembre del 2005, que corresponde aún retiro de cuenta de ahorros por \$ 20. dinero (32.000) que físicamente debía estar dentro del cajero para que le permita seguir operando normalmente al servicio de los cuentas habientes, con la circunstancia, que a partir del 23 de diciembre no muestra ningún tipo de movimiento, permanece el cajero sin prestar servicio desde la 14h20 hasta el 31 de diciembre, **e)** Marcelino Cúmbicus Cúmbicus, Coordinador Regional de Operaciones del Banco, en su testimonio en lo principal, dice: Que le llamó la atención el procedimiento de Ricardo Loayza, cuando transporta dinero en su propio carro y no como manda la política y manuales del banco, que exige que se lo haga por medio de la Empresa Tevcol, que no ha realizado acta alguna de recepción del cajero por parte de los subalternos, que no ha cambiado las claves, que el banco corrió un riesgo económico al transportar dinero en la noche, que los cartuchos que están en los cajeros tienen llaves y una manipulación especial una vez pulsados salen hacia afuera, que la persona que sacó el dinero conocía perfectamente de la operatividad del cajero, que dicho cajero es de los más modernos, que le ha llamado la atención que ese cajero haya empezado a dar problemas desde diciembre del 2005, debido a las manipulaciones o desconexiones forzosas, explica que cuando se trata de adicionar dinero a los cajeros, se debe comunicar a Tevcol para pedirle traslado de dinero, se hace la valija sellada y el documento que se llama “remesa” en la que consta el valor total concluyéndose con las firmas de los responsables en tal documento, tiempo desde el cual se responsabiliza la Empresa de ese dinero y lo recibe el responsable del cajero automático, quien no es otro que el Jefe Operativo que responde por los dineros del Banco, quien conoce así como todos los operadores, del manual de cambio de claves que se incluye dentro del manual de seguridad de la bóveda. **f)** María Augusta Burgos Mejía, en su testimonio dice, que acudió dos veces al cajero del Centro Agrícola, el 13 de noviembre y 22 de diciembre del 2005, la primera vez para que ponga las claves en el cajero, con Catalina Medina, que hacía el arqueo de la caja y Loayza quien adicionaba el dinero, y la segunda vez, Loayza le dio las llaves del cubículo con la que lo abrió, procediendo el técnico de Tevcol a ingresar al cuarto para hacer el mantenimiento de la parte superior del cajero, habiendo permanecido todo el tiempo junto a la bóveda tapando las claves con su espalda, manifestando el técnico Diego Molina que estaba desarmado la lectora, objeto que a su parecer tenía desperfectos razón por lo que ha llamado a su compañero de la ciudad de Ambato para que le traiga un repuesto, mientras el técnico limpiaba la parte inferior de la bóveda, que la abrió por autorización de Loayza y se limpio el polvo del cartucho que corresponde al rechazo, en el que si había dinero, pero que los otros no se abrieron, que una vez que arribó el compañero del técnico con el repuesto lo han cambiado y quedo en funcionamiento, por lo que procedió a firmar la planilla de mantenimiento, que el 26 de diciembre Loayza lo ha llamado entre las 9H00 a la oficina de Darwin Llerena y le ha preguntado si los técnicos habían abierto los cartuchos, comunicándole que ya no había el dinero, haciendo que le acompañe al cajero, procediendo a abrir la bóveda, observando que los cartuchos estaban vacíos y luego han dado aviso al Gerente de la Sucursal. **5 . -** Las presunciones que el Juez o el

Tribunal obtengan en el proceso deben estar “basadas en indicios probados, graves, precisos y concordantes; más, para que de esos indicios se pueda presumir el nexo causal entre delito y responsabilidad, deben encontrarse plena y absolutamente cumplidos los requisitos que de manera taxativa establece el Art. 88 del Código de Procedimiento Penal. El Art. 304-A del Código de Procedimiento Penal preceptúa que cuando el Tribunal tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo dictará sentencia condenatoria; el Tribunal inferior al analizar la prueba que ha sido descrita detallada y pormenorizadamente, aportada por los sujetos procesales en la audiencia de juzgamiento, como son los peritajes, experticias, informes, los testimonios, reconocimiento del lugar de los hechos, y valorados estos de acuerdo a la reglas de la sana crítica, han permitido a los juzgadores llegar al convencimiento total de que está justificada la materialidad de la infracción, y la responsabilidad del procesado, y que la conducta del acusado Aurelio Loayza Dávalos se adecua a lo previsto en el Art. 257 inciso tercero del Código Penal, “ Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales o privados” que es la norma sancionadora correctamente aplicada por los juzgadores, sin que aparezca algún error en cuanto a la tipificación del delito, ni violación alguna de las normas previstas en los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y de la Constitución de la República para el caso.- **SEPTIMO.- RESOLUCIÓN:** Por lo expuesto y al encontrarse reunidos los elementos del tripartito penal que son: conducta típica, antijurídica y culpable, y al no existir violación por parte del Tribunal inferior al dictar la sentencia condenatoria conforme lo prescribe el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, acogiendo el dictamen fiscal, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, de conformidad con el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por AURELIO RICARDO LOAYZA DÁVALOS, disponiendo se devuelva el proceso al inferior, par los fines de ley.- **Notifíquese y Publíquese.**

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada y Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.

Certifico, Secretario Relator. Dr. Hermes Sarango Aguirre.

RAZON.- En Quito, hoy veintitrés de mayo del dos mil once, a las dieciocho horas, por boleta notifico con la nota de relación y sentencia que anteceden al Fiscal General en el casillero judicial No. 1207, al Contralor General del Estado en el casillero judicial No. 940, al Procurador General del Estado en el casillero N. 1200, a Aurelio Loayza Dávalos en los casilleros judiciales No. 3126 y 2084; y, a Víctor Alcívar Alava, representante legal del Banco de Guayaquil, en el casillero judicial No. 1790.-

Certifico. Secretario Relator. Dr. Hermes Sarango Aguirre.

RAZON.- Devuelvo al Secretario del Segundo Tribunal de Garantías Penales de Chimborazo, el juicio No. 284-07-or, que por peculado al Banco de Guayaquil se siguió contra

Aurelio Loayza Dávalos, compuesto de un mil nueve fojas (1.009), diez cuerpos (10); y, la sentencia dictada por esta Sala en cinco (5) fojas útiles. Quito, 31 de mayo del 2011.

Certifico que la presente es fiel copia del original.- Quito, 31 de mayo del 2011.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator, Primera Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia.

N° 298-07-OR

ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA.

JUEZ PONENTE: Dr. Hernán Ulloa Parada.

Art. 185 Constitución de la República del Ecuador.

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

Quito, 30 de junio del 2011, las 10h30.

VISTOS: El acusado, Hernán Arturo Morales Cedeño interpone recurso de casación contra la sentencia condenatoria pronunciada por el Primer Tribunal de Manabí, que con fecha 7 de mayo de 2007, le impone una pena de 20 años de reclusión mayor especial, por considerarlo autor responsable del delito tipificado por el Art. 512 numeral primero y reprimido en el Art. 513 en su primera parte en relación con el inciso primero del Art. 515, todos ellos del Código Penal, sin reducción, por la existencia de agravantes señaladas en el Art. 30.1 del Código Penal. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1; Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el R.O. No. 449 de 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; y, la Resolución Sustitutiva dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre del 2008 y publicada en el R. O. No. 511 de 21 de enero del 2009 y el sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de Jueces Nacionales de esta Primera Sala de lo Penal; así como, en atención al oficio No. 823-SG-SLL-2011, de 17 de junio de 2011, mediante el cual, el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, encarga del despacho del señor doctor Luis Moyano Alarcón, Juez Nacional de esta Primera Sala de lo Penal, al Dr. Arturo Pérez Castillo, Conjuez Nacional, avocamos conocimiento de la presente causa.- **SEGUNDO: VALIDEZ**

PROCESAL.- Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial alguna, que podría causar su nulidad; por lo que, este Tribunal de alzada, declara la validez de esta causa penal. **TERCERO: FUNDAMENTO DEL RECURSO.-** El recurrente al fundamentar el recurso de casación, concretándose muy escuetamente al análisis de las actuaciones procesales, practicadas en la etapa del juicio ante el Tribunal Penal, manifiesta; Que el Tribunal penal le sentencia por un supuesto Delito Sexual que solo estuvo en la imaginación de la representante del Ministerio Público; b) Que eso ha motivado que la madre de la menor haya comparecido a expresar que el recurrente nada tenga que ver en relación al delito que se le acusa, hecho que ha sido corroborado en la audiencia pública de juzgamiento, que incluso el Agente de DINAPEN Gastón Enrique Onofles García ha manifestado que cuando ha rendido su versión ha manifestado que había tocado las partes íntimas de la menor, pero que esto no quiere decir que haya abusado sexualmente de ella con la penetración del pene en su vagina, para que la sentencia impugnada exprese que se trata de un delito de violación; c) Que en la audiencia de juzgamiento se han justificado las atenuantes contempladas en el Art. 29 del Código Penal, las que no han sido tomadas en cuenta al aplicar la pena de 20 años de Reclusión mayor especial, por considerar que existían circunstancias agravantes del Art. 30 numeral 1 del Código Penal; y, d) Finalmente considera que el Tribunal ha hecho una falsa aplicación de la ley, así como interpretado erróneamente las pruebas aportadas por la defensa y por el Ministerio Público, por lo que solicita revocatoria de la sentencia y consecuentemente la reforma, dice, ya que no se han tomado en cuenta las atenuantes justificadas en la audiencia y no ha sido tomadas en cuenta por el Tribunal: **CUARTO: CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PUBLICO.-** El Dr. Jorge W. Germán Ramírez, Ministro Fiscal General del Estado, en cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 355 del Código de Procedimiento Penal, y, luego de analizar el fallo, en resumen, se refiere a que el Tribunal Primero de lo Penal de Manabí, consideró que la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado Hernán Arturo Morales Cedeño se ha demostrado; a) con el testimonio del perito médico designado por el Ministerio Público, Dr. Vicente Antonio Párraga, quien en la audiencia del juicio ha dicho haber efectuado el reconocimiento a la menor Giraldo Giraldo, más no García como consta en su informe, la que le ha manifestado que venía siendo abusada por su padrastro desde la edad de nueve años, que le hacía sexo oral, que le chupaba las tetas, que era casi a diario; que esto fue visto un día por su hermanita, quien ha avisado a su mamá; que la menor tenía un desgarró en la vagina en la hora cuatro según las manecillas del reloj, sugiriendo que sea tratada por un especialista; b) con el testimonio del Psicólogo Clínico, Pedro José Saldarreaga Zambrano, confirmando entre otras cosas que ha realizado el examen a la menor ofendida, que ha colaborado, que ha visto en ella rasgos traumáticos, que debía tener tratamiento con médicos especializados, que su caso es recuperable, no curable; c) Que los Agentes de la DINAPEN, Simón Velasco, Jhonny Pincay y Enrique Onofre, al rendir su testimonio, pese al transcurso del tiempo, al rendir su testimonio recuerdan que el acusado, en su versión, reconoció haber cometido el delito; refiriéndose al acusado manifiestan que éste en forma rústica ha declarado cómo sucedieron los hechos de la violación y el abuso sexual a la agraviada. Así mismo, se

refiere a la fundamentación del recurso de casación realizada por el recurrente, en la que, dice, que se contrae a señalar que ha existido violación de las normas contempladas en el Código Penal, que en especial solo se han considerado agravantes y no atenuantes para modificar la pena de 20 años impuesta por el Tribunal Primero de lo Penal de Manabí, que la considera excesiva para el daño causado a la agraviada, ya que según el recurrente **“al rendir su versión manifestó que habla tocado las partes íntimas de la menor, pero no quiere decir que haya abusado sexualmente de ella con la penetración del pene en su vagina”**, (las negrillas son del texto), por lo que impugna la sentencia que lo condena por el delito de violación. Manifiesta que el sentenciado pretende que se haga una nueva valoración de las pruebas, para adecuar su conducta al injurídico que él manifiesta, pero que consta del proceso testimonios e informes tanto del perito Médico Legal como del Psicólogo que manifiestan lo contrario de lo aseverado por el acusado en su fundamentación. Anota que el Tribunal en aplicación de lo dispuesto en el Art. 86 de la norma procesal vigente, ha valorado las pruebas que fueron incorporadas al juicio de conformidad a las reglas de la sana crítica, considerando que en los delitos sexuales por sus características no hay prueba directa y por tanto el criterio de apreciación de la misma es más amplio, al punto de que no queda duda razonable sobre la participación del sentenciado en el hecho que se juzgó. Por lo tanto, considera que el recurso de casación es improcedente, no se ha demostrado, dice, que el Tribunal de primer nivel haya violado las disposiciones legales puntualizadas por Hernán Arturo Cedeño Morales, en su escrito de fundamentación, y debe devolverse el proceso al inferior para que se ejecute la sentencia. **QUINTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.-** 1) Para la procedencia del recurso de casación en el ámbito penal, es imprescindible que en la fundamentación se determine con certeza, los cargos contra la legalidad de la sentencia impugnada, es decir, que se especifique la violación de la norma en cualquiera de las hipótesis a las que se refiere el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal; pues, según la doctrina, el recurso de casación tiene como objetivo principal, el control de la legalidad de la sentencia dictada por los jueces de instancia, para corregir los posibles errores in judicando o in procedendo que la afecten; 2) La casación, expresa Claus Roxín, en su obra “Derecho Procesal Penal” (Editores del Puerto s.r.l., Bs. As. 2003), “es un recurso limitado y permite únicamente el control in jure. Esto significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y sólo se investiga si el Tribunal inferior ha incurrido en una lesión al derecho material o formal”; 3) Al Tribunal de casación no le está permitido volver a revisar la prueba que fue objeto de análisis y valoración por el juzgador que dictó el fallo impugnado vía casación, pues es él quien a través de los principios de concentración, inmediación, contradicción, que rige el sistema oral, tiene la oportunidad de apreciarla en forma directa en la audiencia, para llegar al convencimiento de haberse probado o no la materialidad de la infracción y la responsabilidad del acusado; sin embargo la Sala de Casación tiene potestad para examinar si fueron aplicados debidamente los principios de valoración de la prueba en la sentencia, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y en cumplimiento a lo dispuesto por el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal; así como la motivación de la sentencia, que para ser correcta debe referirse al hecho y al derecho, valorando las pruebas y acreditando las

circunstancias que le han permitido llegar a las conclusiones tácticas de la sentencia; 4) El Tribunal ha aplicado los principios de inmediación y contradicción conforme lo ordena el Art. 253 del Código Adjetivo Penal, lo que le ha permitido llegar a la certeza de que se ha probado la existencia material del delito y la responsabilidad del acusado; encuadrando, la conducta punible del acusado, al tipo penal establecido en el Art. 512 numeral 1 del Código Penal y sancionado por el Art. 513 en su primera parte, en relación con el inciso primero del Art. 515, siempre del Código Penal; 5) En el fallo impugnado, se evidencia que el juzgador observa los hechos demostrados en el juicio y las disposiciones legales infringidas con la conducta antijurídica y típica, por parte del procesado; y, analiza la prueba practicada por las partes en la audiencia de juzgamiento; 6) En este contexto, la Sala estudia la sentencia materia de la impugnación, analizando la fundamentación del recurrente, como también la emitida por el señor Fiscal General que acoge el pronunciamiento del Tribunal, habida cuenta que, la Sala de casación tiene la facultad para revisar si en el fallo del Tribunal Juzgador se ha incurrido en violación de la ley, porque como ya se ha manifestado, no puede rever la prueba, ésta ya ha sido apreciada por el juzgador; y, no basta entonces la simple afirmación que hace, en su escueta fundamentación, en el sentido de que el Tribunal ha hecho una falsa aplicación de la ley e interpretado erróneamente las pruebas aportadas, que como se desprende de la sentencia, considerando CUARTO, el Abogado defensor en su alegato dice: "... revisé el caso, conversé con el acusado y él me dio su versión de que era inocente, pero los familiares lo han abandonado y en esas circunstancias no puedo probar tal aseveración" es decir, no ha podido probar su inocencia y solicita al Tribunal clemencia para su defendido. Como queda dicho, y con el único propósito de verificar si el Tribunal juzgador ha aplicado en debida y legal forma las reglas de la sana crítica y ha tipificado correctamente el delito cometido, la sala considera necesario hacer una revisión de los presupuestos tácticos y su correlación con la imposición de la pena; llegando a la conclusión que, en el presente caso, no existe duda alguna sobre la materialidad de la infracción, lo que se puede colegir: 1) De la Partida de nacimiento de la menor; 2) Del Informe Médico suscrito por el Dr. Vicente Párraga Bernal, Médico Legista que practicó el examen ginecológico a la menor Jazmín Jacqueline Giraldo y en cuyas conclusiones dice: "1.- La menor está desflorada; 2.- La desfloración es de data antigua (más de 10 días); y, 3.- Se sugiere valoración y tratamiento psicológico" y en la relación de los hechos refiere que la menor viene siendo abusada desde que tenía 9 años y que la última vez fue el 5 de diciembre del 2004; 3) así mismo, el Perito Médico Psicólogo, Pedro Saldarriaga Zambrano sostiene que la menor ofendida se halla traumatizada, necesitando tratamiento de ayuda, que su caso es recuperable, no curable; y, 4) Con el reconocimiento del lugar de los hechos, esto es la casa donde vivió la menor y donde fue ultrajada; hechos que, no han podido ser desvirtuados por el acusado y que en su primer momento incluso, fueron aceptados por éste, mencionando además que "ella ya no era niña". En los alegatos, el Ministerio Público sostuvo que los hechos han marcado la vida de la menor ofendida; menciona, que los Agentes de la DINAPEN, pese al tiempo transcurrido recuerdan que el acusado en su versión reconoció haber cometido el delito y que en forma rústica ha declarado cómo sucedieron los

hechos; así mismo, en cuanto a la responsabilidad del acusado, el Tribunal ha tomado en cuenta el testimonio elocuente que rindiera la ofendida y en la que ha manifestado de manera espontánea, cómo fue vilmente ultrajada a diario por su padrastro, quien dice incluso le hacía sexo oral, introduciendo su miembro viril por la boca, que le succionaba sus pequeños senos y le introducía el pene y sus dedos en su vagina, testimonio tan elocuente de la menor JAZMIN JACQUELINE GIRALDO. En consecuencia, el Tribunal Primero de lo Penal de Manabí, al dictar sentencia, lo ha hecho con estricto apego a las normas de derecho y sin que puedan observarse ninguna de las violaciones alegadas por el recurrente, es decir, el fallo condenatorio se encuentra debidamente motivado y es coherente con los hechos efectivamente probados en la audiencia de juzgamiento, con pruebas constitucionalmente actuadas, por lo que la sentencia reúne los requisitos establecidos en el numeral 13 del Art. 24 de la Constitución Política, vigente a esa fecha (Art. 76 numeral 7., literal l) actual) y en el Art. 304-A y 309 del Código de Procedimiento Penal. **SEXTO: RESOLUCION.-** Por todo lo expuesto y en armonía con el criterio de la Fiscalía General del Estado, la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", declara improcedente el recurso de casación interpuesto por HERNAN ARTURO MORALES CEDEÑO, disponiendo la devolución de este tribunal de origen. **Notifíquese y publíquese.-**

Fdo.) Dres. Milton Peñarreta Álvarez, Hernán Ulloa Parada, Jueces Nacionales y Arturo Pérez Castillo, Conjuez Nacional.

Certifico:

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

RAZON: Siento por tal que las tres (3) fotocopias que anteceden son iguales a sus originales.- Quito, 8 de septiembre del 2011.

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

N° 50-08-OR

EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA.

JUEZ PONENTE DR. LUIS MOYANO ALARCON.
(Art. 185 de la Constitución Política de la República).

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

Quito, 12 de mayo del 2011, las 16h30.

VISTOS: El sentenciado CARLOS ANTONIO TOSI MURILLO, presenta Recurso de Casación contra la sentencia pronunciada el 6 de diciembre del 2008 a las 17H30 por el Tribunal Tercero de lo Penal del Azuay, mediante la cual se le impone la pena de UN AÑO DE PRISION y sesenta dólares de multa, por considerarle autor responsable del delito de lesiones, tipificado y sancionado en el Art. 465, inciso segundo del Código Penal. El recurso presentado fue fundamentado por el recurrente, habiéndose corrido traslado con el mismo al señor Ministro Fiscal General del Estado, quien contestó, de conformidad con lo que establece el Art. 355 del Código de Procedimiento Penal. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.-** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1; Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador publicada en el R.O. No. 449 de 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; Resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre de 2008, publicada en el R.O. No. 511 de 21 de enero del 2009 y el sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de Jueces Nacionales de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento del presente juicio penal. **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad; por lo que este Tribunal de Alzada declara la validez de esta causa penal. **TERCERO: FUNDAMENTACION DEL RECURSO.-** El recurrente sostiene en su escrito de fundamentación lo siguiente: “ 1.-La sentencia desconoce la provocación frontal de parte de Andrés Albornoz hacia mi persona, cuando me dijo: “ ven gordo para que me pegues...., ven gordo para pegarte” como declaran los testigos del propio acusador Juan Pablo Sierra y Valeria Zeas, al contrario expresa en el considerando quinto, dicha sentencia, que “ el acusado alevosamente sin justificación de ninguna clase agredió a Ricardo Andrés Albornoz Muñoz con violación a los artículos 19 y 25 del Código Penal, que confiere valor extraordinario a la provocación y al mismo tiempo gran ofensa a la honra y dignidad del presunto agresor, el que su novia Glenda Ordóñez, le haya avisado que Andrés Albornoz metió mano hacia sus partes íntimas, encontrándose en el automóvil, lo que le informa detalladamente la señorita Ordóñez, consta en mi testimonio y es admitido por el acusador Albornoz cuando dice que yo le había golpeado reclamándole por qué había mandado la mano a Glenda, y que le pida perdón a ella. Cobra extraordinaria importancia este particular a efecto del juzgamiento y de la apreciación de las circunstancias del hecho, conforme lo dispone el Art. 25 del Código Penal, antes invocado por mí, en relación con el Art. 75 ibídem, debiendo hacerse una reflexión para admitir esta circunstancia, como es la de que siendo yo un estudiante

universitario de cursos superiores, normal, apreciado en la sociedad, y distinguido en la universidad, mal pude sin razón alguna agredir a Albornoz, a quien gentilmente llevamos a dejarle en su casa, concluida la fiesta, demostrando aprecio y respeto, así como lo hicimos en otras ocasiones con otros amigos, no hay explicación alguna de que yo sin motivación haya reaccionado para agredir al acusador. 2.- Informes médicos discrepantes.- El Dr. Marcelo Cazar, médico tratante, señala que hay siete días de reposo, a partir de la intervención quirúrgica; el Dr. Jaime Pacheco, médico legista, señala cincuenta días por incapacidad desde el punto de vista anatómico, funcional, estético, moral y extracorpóreo, criterio no admitidos por la ciencia, ni la legislación ecuatoriana, y veinte días para actividades propias de un estudiante; el Dr. Homero Ledesma, médico legista, señala veinticinco días de incapacidad para el trabajo. Este pronóstico de los tres médicos que examinan al señor Albornoz demuestra la equivocación de la sentencia del Tribunal Penal al calificar y tipificar el hecho de acuerdo con el Art. 465 inciso segundo del Código Penal, que se refiere a las lesiones con incapacidad de treinta a noventa días, con una punición muy diferente a la del Art. 464 que señala una pena de prisión de dos meses a un año, y, de concurrir las circunstancias del Art. 450, la prisión se eleva de seis meses a dos años, las dos normas infringidas por la sentencia objeto de mi impugnación, la última por no haberla aplicado, la primera por haberla aplicado mal. 3.- El Tribunal Penal reliva agravantes para no disminuir la pena que impone el procesado, como la indefensión de la víctima ocasionada por el agresor, golpiza atroz, insinuando probablemente ensañamiento, alevosía y premeditación, que nada tiene que ver con el hecho que se juzga, que fue reunión de amigos, con un desenlace no previsto por nadie, lo que es equivocado puesto que los golpes propinados por un hombre más corpulento que el señor Albornoz, la clase de lesiones resultantes, con la incapacidad que no excedió de veinticinco días, sin dejar de recordar que asistió a clases en la Universidad Estatal de Cuenca a los siete días, según certificados de la misma Universidad que expresan que sus faltas antes del incidente fueron mayores que después del mismo, no demuestran exceso de la agresión ni indefensión de la víctima, simplemente se trata de lesiones voluntarias, originadas en la provocación de la presunta víctima, por cuya razón el Tribunal Penal ha transgredido los Artículos 29 y 73 del Código Penal, interpretados en forma extensiva y por tanto arbitraria. 4.- Concurrencia de circunstancias excusante.- Las expresiones proferidas por Andrés Albornoz antes del primer incidente y repetidas en la continuación de los hechos, como “ ven gordo para pegarte”, tomando en cuenta el estado social y cultural del acusado, deben ser calificadas como fuertes ataques a la honra o dignidad de las personas, a más de la ofensa de naturaleza sexual a mi novia señorita Glenda Ordóñez, que tiene mucho significado de orden sentimental, lo que, de conformidad con lo que disponen los Artículos 25 y 75 del Código penal, imponen la reducción de la pena de ocho días a tres meses de prisión y multa de cinco dólares de Estados Unidos de América o una de estas penas solamente sin que para la aplicación de esta circunstancia tenga importancia la concurrencia de agravantes o atenuantes, atenta a la naturaleza extraordinaria de las circunstancias de excusa, la que alego en mi favor, caso de no resolverse mi absolución, ya por falta de prueba plena o certeza de mi responsabilidad, atenta la contradicción de la prueba de

cargo lo mismo que de la existencia material de la infracción, por la contradicción de los informes médicos.”.

CUARTO: DICTAMEN FISCAL.- El señor Dr. Washington Pesantez Muñoz, Fiscal General del Estado, al contestar la fundamentación del recurso de casación realizada por el recurrente, manifiesta que: 1.- Que resultan extrañas y ajenas al objeto de la casación, las alegaciones expuestas en la impugnación en el hecho de disentir o no estar de acuerdo con los razonamientos que utilizó el juzgador en su actividad de valoración de los medios de prueba, o con los argumentos o motivaciones que estructuraron su convicción y le dieron forma a sus conclusiones con las que declaró haberse comprobado la existencia del delito y la culpabilidad del acusado, premisas necesarias para la selección de la norma material que el Tribunal estime como aplicable en relación a la adecuación típica de la conducta que se juzga, porque en esos casos, la impugnación planteada en dichos términos responde propiamente a un cuestionamiento o crítica a la actividad jurisdiccional, que puede ser susceptible de ventilarse y dilucidarse en una instancia, y no en un proceso de casación, vale reiterar, que el ámbito de este recurso extraordinario especial no origina un nuevo debate en el que se vuelva a analizar todas las actuaciones probatorias desarrolladas en el juicio, o para que se vuelva a considerar y revisar todo lo que se constituyó la materia de proceso en su conjunto, desde luego que el objeto de la casación es exclusivamente la sentencia, y no el proceso. 2. La norma contenida en el Art. 19 del Código Penal formula la hipótesis relacionada a la legítima defensa, que como causa de justificación el legislador la asume como presupuesto para declarar que no constituye acto delictivo el hecho consistente en ejecutar una conducta representativa de una respuesta legítima frente a una agresión que motiva el obrar en defensa propia, o de terceros, pero siempre que esa respuesta se haya originado con la concurrencia previa e inmediata de los tres requisitos señalados en la misma norma, como condiciones indispensables para enervar la existencia jurídica del delito, o para que el juzgador califique a esa acción ejecutada en tales circunstancias, como no delito. Por lo tanto, habrá lugar a una declaración jurisdiccional de la legítima defensa, es un caso concreto, cuando al acto imputado concurren los tres presupuestos exigidos por la norma en forma unívoca, completa e integral, y a contrario sensu, no habrá lugar a tal declaración, si se alegan, o acreditan incluso, solo una parte de dichos presupuestos. Pero en el caso en debate, se argumenta fundamentalmente, a decir del recurrente, que ha existido provocación de parte de Andrés Albornoz, cuestión que no ha sido explicada de que manera se comprobó tal actitud, ni que la misma haya sido idónea para generar una respuesta de defensa, aparte de que la impugnación no explica ni enuncia la concurrencia de los otros presupuestos relacionados a una actual agresión ilegítima que se atribuya al ofendido, ni la racionalidad del medio empleado que necesariamente tuvo que optarse para repeler dicha agresión. Por otra parte, la norma del artículo 25 del Código Penal regula los presupuestos constitutivos de lo que se conoce como circunstancia de excusa, que no descarta la existencia del delito ni anula la responsabilidad, sino que en este último evento, solo la atenúa, e incluye dentro de su hipótesis al caso de que el homicidio, las heridas o los golpes sean provocados por fuertes ataques a la honra o dignidad (cuestión alegada por el recurrente). El término honra equivale a virtud, pudor, recato o pureza, mientras

que dignidad es sinónimo de mesura, decencia o decoro; por manera que, la comprobación de este presupuesto está relacionado directamente a los casos en que se ha puesto en entredicho, en riesgo o a vejamen pero se entiende en condiciones de gravedad e inminencia, así como de manera afrentosa la fama, el crédito, la reputación y la honorabilidad de la persona a quien se provoca, generando en el mismo acto su reacción consecuente. Pero en los términos en que se ha planteado la impugnación cuando se alega que el ofendido se ha dirigido hacia el recurrente diciéndole: “ven gordo para que me pegues, o para pegarte”, este eventual escenario de una supuesta incitación o provocación, ciertamente que no se compadece con las exigencias y condiciones normativas previstas en el Art. 25 del Código Penal, como presupuestos de calificación y procedencia de una circunstancia de excusa; de tal suerte que, si los hechos no se circunscribieron, ni en lo fáctico, ni en lo jurídico, a las premisas señaladas en dicha norma legal, se concluye que tampoco era aplicable al caso lo previsto en el Art. 75 del mismo Código. 3.- En el considerando tercero de la sentencia, el juzgador realiza el análisis de los medios de prueba materiales y testimoniales formulados en el juzgamiento, y de cuyos resultados construye su convicción para declarar que se ha comprobado conforme a derecho la existencia objetiva de la infracción, advirtiéndose en este ámbito de la parte motiva del fallo, que el Dr. Homero Ledesma realiza el reconocimiento médico en la persona del ofendido Andrés Albornoz, seis meses después de sucedidos los hechos, mientras que el perito médico legista Dr. Jaime Pacheco Solano realiza el examen y reconocimiento de las lesiones sufridas por el mismo paciente, identificándolas y observándolas inmediatamente después de producidas, conclusión que se deduce por la relación y descripción precisas que el perito realiza respecto de las excoriaciones, equimosis y edema que presenta el rostro del examinado, la ubicación y efectos de las mismas, siempre en tiempo presente, condiciones que le permitieron elaborar y establecer el pronóstico y diagnóstico de tales lesiones, y el tiempo de incapacidad laboral como resultado directo de tales afectaciones, que en caso lo señala por cincuenta días. En consecuencia, y luego de que se realizó el juicio de reproche, deviene por lógica que el juzgador seleccionó en forma acertada la norma material contenida en el Art. 465 del Código Penal para definir su pronunciamiento de condena, y desde luego de acuerdo a la adecuación típica de la conducta que fue objeto de juzgamiento. Finalmente, la aplicación y aceptación de atenuantes se inscribe dentro del ámbito del ejercicio de una potestad y atribución exclusiva del juzgador, y en la actividad jurisdiccional de ponderar y estimar la procedencia de las mismas cuando se descarta la existencia de agravantes no constitutivos ni modificatorios de la infracción, y que en el Caso en debate el Tribunal ha establecido, en mérito de los medios de pruebas testimoniales y materiales producidos en el juicio, que la acción del acusado para ejecutar el delito de lesiones en perjuicio del ofendido Andrés Albornoz, se perpetró con alevosía, ensañamiento e imposibilitando a la víctima para defenderse, de tal suerte que, determinada la concurrencia de tales agravantes, esto impedía la aceptación de atenuantes. Solicita que el recurso de casación presentado por el recurrente la Sala lo rechace por improcedente.-

QUINTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.- 1.- La Casación de acuerdo con el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal se contrae a examinar si en la

sentencia definitiva 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 o como señala Fabio Calderón Botero en su obra “Casación y Revisión en Materia Penal” que el recurso de casación “ es un juicio técnico jurídico, de puro derecho sobre la legalidad de la sentencia (errores in iudicando) o sobre el proceso en su totalidad o en diversos sectores del mismo (errores in procedendo) ; de ahí que la casación, como un juicio sobre la sentencia que es, no puede entenderse como una instancia adicional, ni como potestad ilimitada para revisar el proceso en su totalidad, en sus diversos aspectos fácticos y normativos, sino como una fase extraordinaria, limitada y excepcional del mismo”. 2.- Por esta conceptualización doctrinal y práctica del recurso de casación, esta Sala está impedida de realizar una nueva valoración del acervo probatorio, así como de los argumentos fácticos y procesales que han servido para que el juzgador, haciendo uso de su independencia y de la sana crítica, haya arribado a las conclusiones jurídicas que constan en el fallo recurrido, en el que, se ha determinado en forma detallada que el recurrente, sin que exista motivo alguno suficiente o mayor provocación de parte del ofendido Andrés Albornoz, le haya agredido brutalmente con golpes de puño, y puntapiés en el rostro , por lo que perdió el conocimiento, estuvo en estado de inconciencia, totalmente ensangrentado, que el sentenciado es corpulento, muy fuerte, que de acuerdo al testimonio del Dr. Jaime Alberto Pacheco Solano, perito médico acreditado por la Fiscalía, dice que las lesiones son de tipo contuso, excoriaciones, equimosis, edema a nivel facial, fractura malar y mandibular derecho mediante mecanismo de percusión que ocasionan una enfermedad por cincuenta días incapacitando parcialmente para la realización de actividades propias de un estudiante por veinte días. Tampoco ha podido demostrar el recurrente que él no sea el causante de las referidas lesiones ocasionadas a Andrés Albornoz, más bien por el contrario con los testimonios rendidos en la audiencia de juzgamiento por parte de María Teresa Guamán Sangurima, Glenda Ordóñez Gómez, Juan Pablo Sierra Zeas, y Valeria Zeas González, se establece que él es el agresor y; además, al rendir su testimonio el sentenciado en la audiencia oral de juzgamiento, manifiesta que no le ha dado golpes sino uno o dos manazos con mano abierta, y que no es cierto que le ha dado diez o quince golpes por que, para eso hubiese sido necesario un solo golpe y no más, que a él le dicen el toro desde el colegio por su contextura física, con lo queda plenamente justificada que el autor de las lesiones causadas al ofendido el día sábado 2 de diciembre del 2006, a las 04H05, en el sector Yanuncay, calles Juan Luis Vives, entre Avenida Primero de Mayo y Calderón de la Barca, es el acusado Carlos Tosi Murillo. 3.- En los delitos de lesiones es requisito necesario para probar la existencia material del delito, el reconocimiento médico legal del ofendido, a fin de encuadrar la conducta del sujeto activo de la infracción, a los tipos penales en el capítulo de las lesiones, y dependiendo de la enfermedad o incapacidad para el trabajo que se fije, imponer la pena correspondiente. 4.- El Art. 304-A del Código de Procedimiento Penal preceptúa que cuando el Tribunal tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo dictará sentencia condenatoria; esto lo hará de acuerdo a las reglas de la sana crítica, lo que ha permitido a los juzgadores llegar al convencimiento de que la conducta

del acusado Carlos Antonio Tosi Murillo se adecua a lo previsto en el Art. 465, inciso segundo del Código Penal, que es la norma sancionadora correctamente aplicada por los juzgadores, sin que aparezca algún error en cuanto a la tipificación del delito ni ninguna violación de las normas previstas en los Códigos Penal y de Procedimiento Penal para el caso.- 5.- Debe dejarse constancia que la fundamentación del reclamo no logra demostrar con eficacia jurídica la exigencia del Art. 349 del Código Procesal Penal, pues se ha justificado, conforme consta del análisis de la sentencia, los elementos constitutivos del delito de lesiones. De tal manera que, al haberse demostrado la materialidad de la infracción, así como la responsabilidad penal del recurrente, el Tercer Tribunal Penal del Azuay, no ha violado la ley, en ninguna de las formas establecidas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, razón por la cual no existe fundamento alguno para casar la sentencia recurrida. **SEXTO: RESOLUCION.-** Por las consideraciones antes expuestas, acogiendo el dictamen fiscal; la Primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, **“ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”**, de conformidad con el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal declara improcedente el recurso de casación interpuesto por CARLOS ANTONIO TOSI MURILLO, ordenando la devolución del proceso al Tribunal de origen, a fin de que se ejecute la sentencia recurrida. Notifíquese y Publíquese.-

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada y Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.

Certifico, Secretario Relator, Dr. Hermes Sarango Aguirre.

Razón: Siento por tal que las tres fotocopias que anteceden son iguales a sus originales.

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

N° 30-09-OR

JUEZ PONENTE DR. MILTON PEÑARRETA ALVAREZ.

Art. 185 de la Constitución de la República del Ecuador.

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

Quito, 9 de junio del 2011, las 16h00.

VISTOS: La acusada María Dolores Barreno Muñoz, interpone recurso de casación de la sentencia condenatoria pronunciada el 13 de octubre de 2008, por el Tribunal Penal

de Imbabura, en la que le impone la pena atenuada de cuatro años de reclusión mayor ordinaria. Por considerarle autora responsable del delito que tipifica y sanciona el artículo 257 del Código Penal, Peculado. Sustanciada la causa, y cumplido el trámite respectivo, siendo el estado procesal el de resolver para hacerlo se considera;

PRIMERO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA .- Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1; Disposición Transitoria Octava de la Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de Octubre del 2.008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de Diciembre del 2.008; y, la Resolución Sustitutiva dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de Diciembre del 2008 y publicada en el Registro Oficial 511 del 21 de enero del 2009; y, el Sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de Jueces Nacionales y Conjuez Permanente, respectivamente de esta Primera Sala de lo Penal.

SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.- Examinado el expediente, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pueda afectar la decisión de esta causa, por lo que se declara expresamente su validez.

FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.- La recurrente María Dolores Barreno Muñoz, manifiesta su inconformidad con la sentencia, por que considera que el Tribunal Penal ha realizado una indebida aplicación de la ley, de manera específica aquellos preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, argumentando que si se quería dar a esta causa y al supuesto perjuicio de orden público, el carácter de peculado, debía haberse procedido conforme los artículos 292, 296 y 325 de la Ley Orgánica Administrativa Financiera y Control, que se refieren a la determinación de responsabilidades administrativas, civiles o penales, como producto de una auditoría operacional y financiera ejecutada por la Contraloría General del Estado, más aún si no consta declaratoria alguna por parte de este órgano de control en ese sentido, conforme así lo certifica el documento de 7 de julio de 2008, emitido por la Secretaría de Responsabilidades de dicha entidad pública, lo que a su criterio incumple las garantías básicas del debido proceso determinadas en el Art. 24 numeral 1 de la Constitución Política de la República de 1998. Añade que jamás se ha justificado su calidad de funcionario público o servidor de algún organismo o entidad pública, pues del documento con el que se le quiere endilgar tal calidad, como es el contrato de trabajo suscrito por la señora María Teresa Carrera como empleadora, no consta que haya prestado sus servicios en el Patronato Municipal San Miguel de Ibarra, lo que a su criterio implica que se trata de una relación contractual de orden laboral estrictamente privada. Asegura que el Tribunal Juzgador le ha dado el valor de prueba a testimonios meramente referenciales, como es el de la señora Paulina Vacas, aceptando como verdaderos documentos que no cumplen con lo establecido en el Art. 164 y siguientes del Código de Procedimiento Penal y otros que carecen de eficacia probatoria, como es el informe presentado por la ingeniera Yolanda Chapuesl Ibarra, cuyo testimonio ha sido apreciado como prueba a pesar de que dicha perito no se encuentra acreditada como tal en la Fiscalía General del Estado, transgrediéndose de esa manera

las normas relacionadas con la prueba y su valoración, como son los Arts. 90, 117, 123 y 148 del Código de Procedimiento Penal, así como los Arts. 194 y 362 del Código de Procedimiento Civil, concluyendo que si bien el juzgador expresa que la acusada ha devuelto los dineros supuestamente dispuestos a su favor, tal acción responde a una serie de presiones de las que asegura haber sido víctima, la que la impulsaron a suscribir documentos por los cuales se vio obligada a entregar el dinero.

CUARTO.- DICTAMEN FISCAL.- El Dr. Alfredo Alvear Enríquez en su calidad de Fiscal Subrogante manifiesta en su considerando CUARTO: “ El bien jurídico que protege el artículo 257 del Código Penal es el deber de probidad del servidor público, pues los actos ilícitos que éstos realicen en el ejercicio de sus cargos desprestigian a la administración, es por eso que es correcto decir que si una persona en tales condiciones comete actos punibles de los que se enumeran en la norma antes citada, no solo lesiona el bien jurídico patrimonial entregado para su custodio, sino además el prestigio de la administración por falta de probidad de quien es considerado su servidor, en el presente caso porqué la acusada María Dolores Barreno Muñoz, contratada como Tesorera del Patronato Municipal San Miguel de Ibarra, - entidad privada de servicio público con asignaciones económicas anuales por parte del Ilustre Municipio de Ibarra- conforme lo justifica la prueba documental actuada en el juicio, abusó en provecho personal de los dineros puestos a su custodio en razón de su cargo, lesionando de esa manera el patrimonio público al haber transgredido los deberes de probidad y fidelidad que les fueran conferidos, privilegiando su interés particular en lugar de el de los reales beneficiarios de dicha entidad, como son las personas necesitadas de la sociedad, debiéndose hacer hincapié que no es prudente confundir las atribuciones que la Contraloría General del Estado tiene como órgano de control, -para establecer nada más que indicios de responsabilidad penal-, con los principios de legalidad de la prueba establecidos en el Código de Procedimiento Penal, pues a las gestiones sujetas a su control, se deben también considerar las funciones que esta materia son propias de la Fiscalía General del Estado, advirtiéndose por tanto que no es correcto decir que el informe de Contraloría es un requisito de procedibilidad en torno a la instauración de un proceso penal, y que, sobre dicha premisa, la sentencia ha violado el Art. 24 numeral 1 de la Constitución Política de la República, en relación con los artículos 292, 296 y 325 de la Ley Orgánica de administración Financiera y Control.. Las normas del Código de Procedimiento Penal y del Código de Procedimiento Civil, invocadas por la acusada en su escrito de fundamentación, reclaman del Tribunal de Casación una nueva valoración de las pruebas, pues por una parte dice que la sentencia pronunciada por el Tribunal Penal de Imbabura se encuentra basada en testimonios referenciales, -asunto inatendible a través de este tipo de impugnación, el que por su carácter de extraordinario y especial, cuyo objeto es la sentencia, procede única y exclusivamente, cuando en ella se haya violado la ley en cualquiera de las formas prescritas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal-; y por otra aduce que las pruebas que sirvieron de base para su condena carecen de eficacia probatoria toda vez que han sido producidas en contraposición a las normas que las regulan, advirtiéndose que la sentencia emitida por el Tribunal Penal es fruto de un estudio exhaustivo de los medios de prueba producidos en el juicio, incluyendo las pruebas de descargo, los mismos

que actuados de acuerdo a los principios de contradicción e inmediación, y analizados conforme a las reglas de la sana crítica, han formado en el Juzgador la certeza de que los presupuestos requeridos por la ley procesal penal en torno a la emisión de una sentencia condenatoria, se encuentran reunidos en el presente caso, en la que además se han valorado a favor de la acusada las pruebas que revelan el hecho de haber procurado reparar el mal causado, así como su buena conducta anterior a la comisión de la infracción, circunstancias que le han permitido ser acreedora del beneficio legal de la reducción de la pena de la que trata el artículo 73 del Código Penal. Por las razones expuestas considera que la Sala debe declarar improcedente el recurso de casación propuesto por la acusada María Dolores Barreno Muñoz. **QUINTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.-** El recurso de casación es un medio extraordinario de impugnación a una sentencia firme dictada por los tribunales penales o por las cortes superiores, para enmendar la violación de la ley material en la sentencia o de sus garantías fundamentales sustanciales, cuando se contraviene su texto, cuando se ha hecho una falsa aplicación o cuando se ha interpretado erróneamente. **1)** La contravención con el texto de la ley puede ser directa o indirecta. En el primer caso, puede ocurrir: **a)** Por que la conducta que se acusa no es constitutiva de delito, pero para impugnar esta condición, no debe referirse a los medios de prueba de la instancia, sino a la falta de alguno de sus elementos, v.gr., tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. **b)** Cuando el juez de instancia al dictar la sentencia estimó equivocadamente una exclusión de uno de los elementos del delito o consideró a la conducta como no constitutiva pese a cumplir con todos los presupuestos para su existencia, reiterando que estos presupuestos no conllevan al análisis fáctico o probatorio y mucho menos a la valoración de la prueba y a la sana crítica, que no cabe en este tipo de recursos. **c)** Cuando se ha producido un exceso de las facultades del juzgador de instancia al utilizar una facultad excepcional y condicionada de modo discrecional, como ocurre cuando se declara la malicia o la temeridad de la denuncia o de la acusación. **d)** Cuando se ha inobservado una garantía fundamental sustancial, es decir, cuando no se ha considerado cualquiera de las garantías previstas en los artículos 66 y 76 de la Constitución como el derecho a la libre opinión y expresión del pensamiento o de otros del debido proceso sustancial, que no tienen relación con los medios de prueba, como el *quantum* y proporcionalidad de la pena, la cosa juzgada y los principios constitucionales como aquellos conocidos como *non bis in idem*, *reformatio in pejus* y de dignidad humana. Estas cuatro hipótesis conllevan a una contravención normativa que vuelve necesaria su defensa mediante el recurso de casación para mantener el imperio de la ley, de allí el término conocido como nomofilaquia o función nomofiláctica, por la protección del ordenamiento jurídico que exige el sometimiento a esa voluntad, manteniendo la regularidad en la aplicación correcta de las normas, al margen de la justa decisión del caso juzgado y de las partes procesales.- Un segundo supuesto refiere a la violación del principio de legalidad o su adecuación de la conducta imputada a la norma abstracta y circunstancias modificativas de la pena. Por último, la violación directa de la ley se produce por la inaplicación de la prescripción de la acción. La violación indirecta conlleva la indebida aplicación de las reglas de valoración de la prueba, de cuyo yerro se afecta a la norma sustancial por carambola, en cuyo caso y como presupuesto

esencial, se debe determinar cuál es esa regla objetiva de valoración que ha sido violada para luego identificar el medio de prueba que ha sido valorado defectuosamente, señalando las fojas donde éste se encuentra, determinando la norma que regula esa operación intelectual, de forma precisa, no genérica, esto es, el artículo de la ley, demostrando los razonamientos de lógica jurídica completos, concretos y exactos de la trasgresión, es decir, los medios de prueba y las normas procesales que regulan la valoración; y, por último, identificando las normas sustantivas afectadas por esta defectuosa o irregular aplicación de la regla demostrativa que en la parte resolutive de la sentencia han sido equivocadamente aplicadas. Este yerro se produce cuando el juez se inventa una prueba no practicada, cuando se omite una prueba decisiva o importante, cuando se valora prueba ilícita y cuando se invierten a la norma medio en norma fin, es decir, la norma probatoria que se pretende infringida y el quebranto de la norma fin o sustancial.- **2)** La falsa aplicación de la ley implica que los hechos imputados se adecuan en una norma distinta de la que corresponde, violando así dos normas jurídicas: la norma que se aplicó equivocadamente y la norma que se dejó de aplicar, esto implica que el juez en lugar de aplicar una norma, aplica otra diferente. La aplicación indebida conlleva a la inadecuada concepción de la premisa menor del silogismo, bien porque la conducta que se juzga se adecua a una figura típica distinta de la aplicada en el fallo, lo cual se produce por yerro de diagnosis jurídica, o bien porque al establecer la hipótesis legal y la tesis del caso concreto se ha producido una equivocación. Esta equivocación se produce también cuando existe un defecto en la estructura del fallo y este defecto puede ser por: **a)** cuando se contradiga a sí mismo, no cuando haya contradicción entre la acusación y la defensa. En este supuesto se produce la denominada *incongruencia*, que implica la falta de razonamientos armónicos entre sí y su consecuente resolución que conforman una unidad lógico-jurídica que no puede ser escindida. **b)** cuando en la resolución se produce una situación excluyente entre sí. **c)** cuando no esté debidamente respaldada, esto es, motivada. Este defecto se conoce como *inconsistencia*. La motivación constituye una relación de vinculación del juez a la Ley y al Sistema de Derecho dimanante de la Constitución, mediante el cual, el justiciable está en la garantía de exigir del órgano jurisdiccional el fundamento y los principios que sustentan las decisiones de los jueces y de oponerse a resoluciones arbitrarias, lacónicas o incongruentes.- **3)** Por último, la falsa aplicación se produce cuando se advierten vicios de *ultra petita*, *extra petita* y *citra petita*. La interpretación errónea se refiere al error acerca de la voluntad normativa o vis de la ley, que implica que el contenido del precepto, no la voluntad que le dio el legislador que la creó, incurre en un error al considerar una disposición meramente declarativa como correctiva, porque se lo hace de forma extensiva, porque se lo concibe de manera apresurada, superflua o ambigua, o porque se lo aplica en forma restrictiva, esto es, porque se ha producido una irracionalidad del juicio, v.gr. se interpreta como homicidio un hecho que solo es tentativa, o se interpreta como asesinato un homicidio simple. Estos errores deben ser descritos en la fundamentación cumpliendo los presupuestos expresados.- **4.-** Según la concepción del profesor español Francisco Muñoz Conde, la pena es un mal impuesto por el legislador por la comisión de un delito al

culpable o culpables del mismo, lo cual implica, que el Estado que ostenta el derecho punitivo, debe limitarse a juzgar y sancionar por la conducta prohibitiva, mas no por una distinta a ella, porque no solo se atenta a ese equilibrio social que busca la justicia, sino a los principios constitucionales de contradicción, debido proceso y demás tendientes al juzgamiento de conductas humanas. **El peculado** según el autor, en cuya legislación se conoce como malversación de caudales públicos, es un delito de polimorfía tipificación y compleja naturaleza que atenta al deber de fidelidad e integridad que tiene el funcionario con la administración, “Pero el carácter de sujeto de este delito no lo da sólo el hecho de ser autoridad o funcionario público, sino la relación de estas personas con el objeto material del delito: Los caudales o efectos públicos”.¹ El autor insiste que entre los caudales o efectos públicos y el funcionario, debe existir una determinada relación esto es, que la tenencia se derive de la función y competencia específicas “No habrá, por tanto mal versación cuando la tenencia obedezca a una negativa abusiva, a un acto administrativo ilegal, engaño, abuso de oficio, etc.”² El profesor Argentino Jorge Buompadre, concibe “que no todos los delitos que pueden cometer los funcionarios públicos (o autoridades) en relación con el ejercicio de sus cargos son reductibles a un denominador común”³, Algunos sectores conciben que un bien jurídico puede ser común pero matizado por grupos de bienes jurídicos y independientemente de la fidelidad o actividad del funcionario, en ningún caso las infracciones de los deberes del cargo pueden por sí constituir un delito de peculado, por que su característica según el autor tiende a separar apartar o quitar los bienes de la esfera de la actividad patrimonial de la administración pública e incorporarlos a su patrimonio; por tanto el funcionario negligente en la función administrativa no puede ser juzgado por este tipo de delitos. **5).** En el proceso no se justificó la calidad de empleada pública o servidor de algún organismo o entidad pública y por el contrario se justifica mediante documento de fojas 112 con un contrato de trabajo suscrito por la señora María Teresa Carrera y María Dolores Barreno Muñoz, que esta última se compromete a prestar sus servicios lícitos y personales bajo dependencia jurídica y económica de su empleador, y en todo el texto de ese documento jamás se establece que la trabajadora María Dolores Barreno Muñoz prestara los servicios en el patronato Municipal San Miguel de Ibarra, sino por el contrario es dependiente de su empleador, lo que implica que es una relación contractual de orden laboral estrictamente privada entre los comparecientes en ese contrato en el cual la trabajadora no se obliga a prestar un servicio público sino un servicio privado por lo tanto la determinación que en la sentencia se hace de que el acto delictivo es un delito de peculado al tenor de lo determinado en el Art. 257 del Código Penal establece como condición para el cometimiento de este delito que el actor del mismo sea servidor de organismo o entidad del sector público, o una persona encargada de un servicio público. **6.** El Tribunal de instancia ha realizado la subsunción de la conducta de la recurrente en el tipo penal de peculado, pese

ha que ella no es servidora pública ni en dicha conducta ha intervenido el funcionario estatal, aplicando el juzgador el Art. 121 de la Constitución Política de la República del Ecuador; la norma Constitucional en la cual se sustentó el Tribunal sentenciador, así como el Art. 233 de la Constitución de la República del Ecuador que rige en la actualidad, si bien en aplicación del principio de comunidad del delito han extendido al peculado a los particulares, para ello es presupuesto que en la conducta prohibitiva haya intervenido el servidor público, en las condiciones antes anotadas, pues en cualquiera de los sentidos de la participación (amplio y específico), se requiere de aquella intervención del servidor público, lo cual implica, que los particulares o extraños solo pueden ser juzgados por estos delitos cuando han participado con el funcionario público, sin que quepa una acción autónoma en contra del *extraneus* por conductas que adecuándose al delito de peculado, no ha intervenido el servidor público en virtud de que estos delitos son especiales impropios por cualificación. Del examen de los recaudos procesales, se advierte que la funcionaria ha sido engañada por la sentenciada lo cual contradice la naturaleza del delito de peculado e inclusive del tipo básico que es el de apropiación indebida, es decir, se ha cometido el delito de Abuso de Confianza. **7).** El delito de abuso de confianza, genéricamente, consiste en que el sujeto activo del ilícito disponga, en perjuicio de alguien, de una cosa ajena mueble de la que se le ha transferido sólo la tenencia y no el dominio, es decir, conlleva como presupuesto una posesión derivada del agente activo respecto del objeto material del delito que recibió en virtud de un acto jurídico, cuyo objeto directo e inmediato es la cosa misma. Ahora bien, dicho delito puede presuponer la existencia de un contrato de mandato, por el cual una persona llamada mandatario se obliga a ejecutar por cuenta de otra llamada mandante, los actos jurídicos que éste le encarga, pero los derechos que el mandatario adquiere a la luz de tal contrato son irrelevantes en lo que hace a sus productos, es decir, el hecho de que por virtud del mandato quien recibe un poder amplio puede actuar respecto de la cosa materia del contrato, aun a título de dueño, no implica que si, en perjuicio de un tercero, retiene indebidamente los productos de dicho objeto material, aun cuando se le solicite rendir cuentas de éstos, no pueda considerarse como sujeto activo del delito de abuso de confianza, ya que, como se dijo, éste se consuma con el solo hecho de disponer, en perjuicio de otro, de una cosa ajena mueble de la que se le transmitió sólo la tenencia y no el dominio, por lo que es evidente que aunque el referido contrato permita al mandatario actuar a título de dueño respecto del objeto materia del contrato, no le transfiere el dominio de sus productos. **8.-** La función primordial del juzgador, en este tipo de recursos, es la realización de la justicia, siendo este recurso pertinente para enmendar los errores como el caso analizado. Por estas consideraciones, **“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA”**, esta Primera Sala de la Corte Nacional de Justicia, acepta parcialmente el recurso de casación interpuesto por la recurrente María Dolores Barreno Muñoz, a quien le declara autor y responsable del delito de Abuso de Confianza tipificado y sancionado en el Art. 560 del Código Penal y le impone la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN CORRECCIONAL **Notifíquese y Cúmplase.-**

¹ Derecho Penal Parte Especial, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, XVII Edición, Revisada y puesta al día 2009 p. 946.

² Idem p 947

³ Derecho Penal Parte, Especial Buenos Aires, Editorial MABE, Tomo Tercero Primera Edición, 2003, p 64

Fdo). Dres. Hernán Ulloa Parada, Luis Moyano Alarcón, y Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.

Certifico

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

Razón.- Siento por tal que las cinco fotocopias que anteceden son iguales a sus originales.- Quito, 8 de septiembre del 2011.

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

N° 452-09-OR

EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA.

PONENTE: DR. LUIS MOYANO ALARCON.

(ART. 141 CODIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL).

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

Quito, 18 de abril del 2011; a las 15H30.

VISTOS: El Tribunal Tercero de lo Penal de Pichincha dicta sentencia condenatoria el 8 de diciembre de 200, a las 10H00, en contra de OSWALDO QUISALEMA SHUGULI Y ALEX ORLANDO CHIPANTAXI TASIGUANO, por considerarlos autores del delito de lesiones tipificado y sancionado en el artículo 465 del Código Penal, imponiéndole la pena de TRES MESES de prisión correccional, sentencia de la cual los procesados interpusieron recurso extraordinario de casación en el término que tenían para hacerlo. Siendo el estado procesal el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** En virtud de lo expuesto en el artículo 184, numeral 1 y la Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador publicada en el R.O. No. 449, de 20 de octubre de 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479, de 2 de diciembre de 2008; la Resolución dictada por el pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre de 2008; y publicada en el R.O. No. 511 del 21 de enero del 2009 y el sorteo de ley respectivo, avocamos conocimiento de la presente causa en nuestras calidades de Jueces Nacionales.- **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad, por lo que este Tribunal declara la validez de esta causa.- **TERCERO:**

FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACION.- Los recurrentes en su escrito de interposición del recurso de casación señalan que la sentencia dictada por los señores miembros del Tribunal Tercero de lo Penal de Pichincha viola la Ley, por contravenir expresamente a su texto; por habérsela interpretado erróneamente; que la sentencia en el cual declara a los comparecientes, OSWALDO QUISILEMA SHUGULI y ALEX ORLANDO CHIPANTAXI TASIGUANO como autores del delito de lesiones sancionado en el Art 465 del Código Penal; que la Ley es expresa y no se puede empeorar la situación del reo, conforme lo disponen los Arts. 15 del Código de Procedimiento Penal y 4 del Código Penal; que el Tribunal Tercero de lo Penal viola las garantías constitucionales del debido proceso, ya que se les quiere juzgar como autores del mismo hecho y que no se ha demostrado en derecho la existencia de la infracción por lo que existe una falsa aplicación de los Art, 4, 19,21 Y 25 del Código Penal; que en el presente caso existe LEGITIMA DEFENSA de los hoy acusados, pues la temática penal encaja en cada una de las circunstancias anteriormente citadas así como de la prueba aportada, mencionando en este punto a GOLSTEIN en su diccionario de Derecho Penal y criminología cuando dice: “La Legítima defensa de terceros. Puede ejercerse válidamente para proteger a otro, siempre y cuando concurren las circunstancias que la Ley exige para la propia defensa.- el fundamento de esta causa de justificación se asienta en motivos éticos cuya negación llevaría a desconocer la esencia de la formación de los sentimientos y hasta de los instintos humanos. En efecto, reconocer que es legítimo defenderse así mismo o a sus derechos y negar que lo es defender a otro aunque la sangre o la amistad no liguen al Interviniente con la víctima, sería reconocer la reacción que la injusticia de una agresión ilegítima provoca en un hombre normal”; que tampoco se ha tomado en cuenta el Art. 310 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con los artículos 85 y 86, ibidem; que no se han tomado en cuenta las atenuantes presentadas expuestas e incorporadas como prueba a favor de los encausados, pues en el caso de OSWALDO QUISILEMA SHUGULI no se ha tomado en cuenta las atenuantes contempladas en el Art. 29 del Código Penal, de manera especial las señaladas en los numerales 1,2,5,6,7,8,9,10, pues del proceso existe prueba abundante de que jamás ha tenido juicio penal en su contra, que tiene 68 años de edad, así como su rusticidad y que su actuar estuvo amparado en la legítima defensa, además que por tratarse de una persona mayor debió dejarse en suspenso la pena conforme lo dispone el Art. 82 del Código Penal y en el caso del señor ALEX ORLANDO CHIPANTAXI TASIGUANO los numerales 1,3,5,6,7,10 de la misma norma legal, pues su actuar se debió a que salió en legítima defensa de su suegro que estaba siendo agredido y lo que quiso es evitar un mal mayor, por lo que los juzgadores debieron aplicar lo que manifiesta el artículo 73 del propio Código Penal. Concluye solicitando se case la sentencia y se los absuelva. **CUARTO: DICTAMEN FISCAL.-** El Dr. Washington Pesántez Muñoz, FISCAL GENERAL DEL ESTADO, en la parte pertinente de su dictamen expresa: “... **TERCERO:** Del análisis del contenido de la sentencia se advierte que el Juzgador ha formado su convicción y esbozado los razonamientos y conclusiones para establecer los hechos, calificarlos y luego definir la controversia mediante decisión de condena, del mérito y resultados de los medios de prueba articulados por

las partes en la audiencia de juicio, y al determinar que la conducta de los procesados tiene correspondencia fáctica y jurídica con el tipo penal de las lesiones, ha seleccionado en forma correcta la norma material contenida en el Art. 465 del Código Penal a efectos de regular e imponer la sanción punitiva correspondiente, sin que se observe que este ejercicio jurisdiccional de valoración probatoria y estimación jurídica de los hechos implique violación a norma de derecho alguna, ni mucho menos las que invocan los recurrentes, e incluso, ha modificado la pena en aceptación de atenuantes en beneficio de los acusados. En consideración a los razonamientos expuestos, el Fiscal General del Estado estima que el recurso de casación formulado por Oswaldo Quisalema Shuguli y Alex Orlando Chipantaxi Tasiguano, es infundado e improcedente, y en tal virtud, la Sala debe desestimarlos.”. **QUINTO: ASPECTOS JURIDICO Y DOCTRINARIOS.- 5.1.** Para efectos de encasillar si la conducta de los procesados se subsume o no en el tipo penal descrito en el Art. 465 del Código Penal, se hace necesario transcribir la norma citada: “ Si los golpes o heridas han causado una enfermedad o incapacidad para el trabajo, que pase de treinta días y no exceda de noventa, las penas serán de prisión de seis meses a dos años, y multa de dieciséis a cuarenta y siete dólares de los Estados Unidos de Norte América. ”. De la norma citada se infiere que para considerar que las lesiones se han producido debe probarse y constar en el expediente que tales hipótesis se hayan cumplido, tal como sucede en el caso sub-lite; **5.2.** En el presente caso se observa que el Tribunal juzgador aplico correctamente las normas que los recurrentes sostienen se han violado, pues existe el examen médico legal en el que se determina la incapacidad para el trabajo del ofendido, así como de los testimonios obrantes del proceso se constata que los procesados son los autores de tal infracción y que además se han aplicado las atenuantes a las cuales tenían derecho. Sin embargo de lo cual y por estar evidenciado en el proceso que los recurrentes no son sujetos peligrosos y dada su rusticidad y en el un caso por tratarse de una persona mayor de sesenta y ocho años se hace menester aplicar lo previsto en el Art. 83 del Código Penal. Por estas consideraciones, está Primera Sala de lo Penal, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, desestima el recurso de casación formulado por los recurrentes, pero se deja en suspenso el cumplimiento de la pena por lo manifestada precedentemente. Notifíquese, devuélvase y publíquese.-

Fdo.) Dres Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada y Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.

Certifico, Secretario Relator. Dr. Hermes Sarango Aguirre.

Razón.- En Quito, hoy veintiuno de abril del dos mil once, a las dieciocho horas, notifico por boletas con la nota de relación y sentencia que anteceden al Fiscal General por boleta dejada en el casillero No. 1207, a José Maleza en el casillero No. 1742, a Oswaldo Quisilema Shuguli y Alex Chipantaxi Tasiguano les notifico en el casillero No. 4188.-

Certifico. Secretario Relator. Dr. Hermes Sarango Aguirre.

RAZON.- Devuelvo al Secretario del Tercer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, el juicio No. 452-09-OR, que por lesiones sigue María Teresa Tupiza contra Oswaldo Quissilema Shuguli y otro, compuesto de doscientas cuarenta fojas (240), tres cuerpos (3); y la sentencia dictada por esta Sala en dos (2) fojas útiles. Quito, 9 de mayo del 2011.

Certifico que las seis fotocopias tomadas del juicio 548-10-or, que anteceden son iguales a sus originales.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator, Primera Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia.

N° 685-09-OR

EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA.

PONENTE: Dr. Milton Peñarreta Álvarez.

(Art. 185 de la Constitución Política de la República).

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA PRIMERA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL

Quito, 30 de mayo del 2011, las 15h00.

VISTOS: Avocamos conocimiento de la presente causa, previo el sorteo de ley, en atención que el Segundo Tribunal Penal de Chimborazo, ha sentenciado a los procesados: **EDISON MARCELO GARCÉS CHACHA** y **MARIA GEORGINA CHACHA GUAÑO**, por el delito de Ocultamiento de cosas robadas, establecido y sancionado en el Art. 569 del Código Penal, imponiéndole la pena de **TRES MESES DE PRISIÓN CORRECCIONAL**. Los sentenciados han interpuesto el recurso de **CASACIÓN**, que ha sido debidamente concedido. Para resolver se hacen las siguientes consideraciones: **PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de Octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 4879 del 2 de Diciembre del 2008; y, la Resolución Sustitutiva dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de Diciembre del 2008 y publicada en el Registro Oficial 511 del 21 de Enero del 2009; y, el Sorteo de Ley respectivo, en nuestras calidades de jueces nacionales de esta Primera Sala de lo Penal. **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Examinado el expediente, no se advierte ningún vicio u omisión de solemnidad sustancial que pueda afectar la decisión de esta causa, por lo que se declara expresamente su validez. **TERCERO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.-** En lo principal realiza una

análisis de la conducta tipificada en el Código Penal y nos expresa cuales son los elementos constitutivos para la existencia de esta infracción: **1)** Es una especie de “encubrimiento”, pero que el legislador por cuestiones de política criminal ha elevado a la condición de autoría, **2)** El ocultamiento debe ser de cosas robadas, hurtadas u obtenidas mediante un delito, manifiesta que en ningún momento se ha probado que los recurrentes sabían que esas cabezas de ganado eran producto de un delito de abigeato. La Fiscalía indica que fueron encontradas en la propiedad de los recurrentes, pero jamás pudo probar aquello ni con testimonios peor con títulos registrados como lo dispone el Art. 695 del Código Civil, que por ser inmueble era necesaria la escritura pública celebrada ante el notario, por lo cual se ha violentado el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal al momento en que se violan las reglas de la Sana Crítica, en especial las de la lógica, pues caen en error de hecho de identidad, por cuanto se sustentan en prueba no actuada, es decir inexistente ya que jamás fue pedida, ni ordenada, ni practicada, ni admitida como lo indica el Art. 83 de Código de Procedimiento Penal, por lo que piden se acepte el recurso y se case la sentencia. - **CUARTO: DICTAMEN FISCAL.-** El Ministerio Público manifiesta que el Segundo Tribunal Penal de Chimborazo ha efectuado un análisis del caudal probatorio producido en la etapa de juicio, expresando que se ha obtenido la certeza necesaria para concluir que se ha comprobado conforme a derecho la existencia de la infracción y su responsabilidad penal, exponiendo con claridad los fundamentos de hecho y de derecho de su decisión, estimando que de acuerdo a la tipificación del delito de ocultación de cosas robadas, descrito en el Art. 569 del Código Penal, las acciones de EDISON MARCELO GARCÉS y MARÍA GEORGINA CHACHA se adecuan perfectamente a la tipología del delito, probado especialmente por las siguientes diligencias: **a)** Acta de allanamiento del predio de propiedad de los acusados, ubicado en el Sector Langos, del barrio El Carmen, del Cantón Guano, en donde se localizaron 24 cabezas de ganado vacuno de diversas edades y colores y otros objetos enumerados en el correspondiente inventario, en donde se encuentran armas de fuego y vehículos, diligencia en la cual moradores del sector, entre ellos ROSA ELVIRA CEPA, manifestaron que en ese lugar encontraron varios de sus semovientes que días antes habían sido sustraídos; **b)** Testimonios del Cabo de Policía José Allauca, del Cabo de Policía Patricio Silva, el parte informativo del Cabo de Policía Vicente Hugo Pazmiño; **c)** De los testimonios de los peritos Jaime Rodrigo León y Mario Fernando Campaña, quienes llevaron a cabo la diligencia de inspección ocular técnica y reconocimiento del inmueble de propiedad de MARÍA GEORGINA CHACHA y EDISON MARCELO GARCÉS, en el Sector Langos, barrio El Carmen, en el que entre otros bienes se encontraron varios vacunos, quienes precisa que al predio concurrieron además el Agente Fiscal Diego Andrade Ulloa, personal del GOE, al mando del teniente Santiago Bernal y numerosas personas del campesinado de las parroquias San Andrés y San Isidro que se identificaron como ofendidos; **d)** De los testimonios de los peritos: Jorge Walter Chacha y Kléber Tene; **e)** De los testimonios del ofendido Mariano Ambi, de Alejandra Choca, Rosa Elmira Cepa y otros que establecen la verdad de los hechos relatados en la sentencia. **QUINTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.-** La casación tiene carácter de un recurso extraordinario que solo procede en los casos expresamente determinados en el Art. 349 del

Código de Procedimiento Penal, el cual prevé tres motivos taxativos para la admisibilidad de este recurso por violación de la ley material, que son: contravención expresa de la ley; indebida aplicación o errónea interpretación, todos estos motivos refieren como se deja expresado en la ley sustancial, lo que hace que cada una de ellas tenga su propia individualidad con características y circunstancias que las diferencia o las distingue. No es posible en el recurso de casación efectuar una valoración de la prueba, esta es una facultad soberana del Juzgador de Instancia y precisamente por el Segundo Tribunal Penal de Chimborazo, esta Sala observa que se ha realizado un pormenorizado análisis de la prueba aportada en al audiencia de juzgamiento, las mismas que lo han practicado de una manera constitucional, observándose los principios de presentación, inmediación, las que al ser valoradas con estricto apego a derecho y aplicando las reglas de la sana crítica que debe imperar. El Tribunal A quo en su fallo establece convicción y certeza sobre la existencia del hecho punible así como el de la culpabilidad y responsabilidad de los imputados GARCÉS CHACHA EDISON MARCELO y CHACHA GUAÑO MARÍA GEORGINA mediante la consideración de pruebas tanto materiales como testimoniales. Al respecto es necesario acotar que el ocultamiento de cosas robadas implica la sustracción ILÍCITA de los bienes en cuestión con la imposibilidad de sus legítimos dueños para recuperarlos, condiciones que se dan claramente en el presente caso, las mismas que han sido consideradas por el Tribunal A quo. La Sala considera que la peligrosidad de los acusados se revela claramente por los testimonios que constan en la sentencia recurrida y que han sido bien traídos por el Ministerio Fiscal, circunstancia procesal que a la luz de la razón y la justicia demuestran de una manera clara que el Tribunal Penal A quo impuso una sanción muy benigna. Es necesario recalcar que este delito representa una modalidad de acción delictiva que por su misma naturaleza accesoria, se determina un poderosos efecto criminológico que se irradia nocivamente sobre la seguridad de los bienes, los derechos de la comunidad en su conjunto. Este delito se consuma cuando el agente adquiere, recibe en donación, en prenda o guarda, esconde vende o ayuda a negociar un bien en cuya procedencia delictuosa tenía conocimiento o debía presumir que provenía de un delito. El tipo legal, al referirse a que el agente “tenía conocimiento o debía presumir que el objeto provenía de un delito” establece dos situaciones: la comisión de un delito previo y el conocimiento por parte del agente, de la procedencia delictiva del bien. Es importante, pues a efectos de configurar el tipo penal que el agente haya actuado constándole la procedencia delictuosa del bien; ello gráficamente puede determinarse mediante las siguientes reglas: 1) Cuando existe manifiesta diferencia entre el valor real del bien con el precio de compra, o con la suma de dinero mutuada que la prenda garantiza. 2) Cuando existe marcada incompatibilidad entre el valor real de la cosa y a la situación económica precedente respecto al vendedor o donante. 3) Cuando el vendedor, donante o deudor prendario, no proporciona explicación razonable, a falta de documentación sustentatoria de la forma como adquirió la propiedad del bien que posee. Y es, esta última circunstancia que nos lanza luces sobre la culpabilidad y responsabilidad de los acusados en el tipo penal presentado, y en especial si consideramos que el esconder un bien significa ocultarlo de la vista de las demás personas, poniéndolo en un lugar donde es difícil encontrarlo, teniendo estas premisas como consecuencia la certeza de la

participación de los recurrentes en el hecho delictivo; no obstante aquello, la disposición constitucional expuesta en el Art. 77, numeral 14 que reza “*Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre.*”, como consecuencia esta Sala no puede empeorar la situación de los recurrentes. Por lo expuesto esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia “**ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**” al tenor del artículo 358 del Código de Procedimiento Penal declara IMPROCEDENTE el recurso de casación interpuesto por GARCÉS CHACHA EDISON MARCELO y CHACHA GUAÑO MARÍA GEORGINA, disponiendo se devuelva este proceso al Tribunal de origen. **Notifíquese y publíquese.**

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada, y Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.

Certifico, Secretario Relator, Dr. Hermes Sarango Aguirre.

Certifico que la presente es fiel copia del original.- Quito, 9 de junio del 2011.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator, Primera Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia.

N° 864-09-OR

JUEZ PONENTE: DR. MILTON PEÑARRETA ÁLVAREZ

Art. 185 de la Constitución de la República del Ecuador.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO PENAL

Quito, 9 de junio del 2011, las 17h00.

Vistos.- Alfredo Geovanny Andrade Morejón, interpone recurso de casación de la sentencia pronunciada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, el 11 de abril del 2009, que confirma en todas sus partes la sentencia condenatoria dictada por el Juez Primero de Tránsito de Cotopaxi, el 2 de marzo del 2009, que condena a Alfredo Andrade Morejón, por haber infringido el Art. 80 inciso primero de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestres, a la pena atenuada de veinte y un días de prisión ordinaria y al pago de la multa equivalente a tres salarios mínimos vitales generales. Concluido el trámite y siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA:** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1; Disposición Transitoria Octava de la Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en el R.O. No. 449 del 20 de octubre del 2.008; numeral séptimo de la

sentencia interpretativa: 001-08-SI-CC de fecha 28 de noviembre del 2.008, dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; la Resolución Sustitutiva dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre del 2008 y publicada en el Registro Oficial 511 del 21 de enero del 2009; y, el sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de Jueces Nacionales de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento de la presente causa penal.- **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.-** Examinado el expediente, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pueda afectar la decisión de esta causa, por lo que se declara expresamente su validez. **TERCERO.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURRENTE.-** El recurrente al fundamentar el recurso, sostiene que del parte informativo que consta en el expediente se puede evidenciar claramente que el conductor del vehículo posterior al accidente, se retira del lugar, dándose a la fuga, es decir en este lugar nadie pudo observar e identificar al conductor del vehículo marca Chevrolet, Gran Vitara, color plomo, de placas PEM-946 de propiedad de la Contraloría General del Estado. Que en la sentencia se ha violado la ley, al aplicar indebidamente en relación a su persona el Art. 42 del Código Penal, ya que se le juzga como autor de la infracción de tránsito, se le ha estigmatizado como responsable sin habersele comprobado en derecho ni siquiera su participación en el hecho que se le acusa por aún su responsabilidad. Que existe una falta de aplicación de los Arts. 84, 85, 86, 87 y 88 numerales 2 y 3, literales a, b, c, y d del Código de Procedimiento Penal, ya que en la pruebas presentadas por el representante de la fiscalía, no se ha demostrado la responsabilidad del compareciente en el accidente de tránsito, al contrario se ha generado una duda razonable conforme lo determina el Art. 4 del Código Penal, en concordancia con el Art. 4 del Código de Procedimiento Penal, por lo que pide se case la sentencia y se absuelva al compareciente. **CUARTO.- DICTAMEN FISCAL.-** El Dr. Alfredo Alvear Enríquez en su calidad de Fiscal Subrogante manifiesta en su considerando TERCERO: La Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Cotopaxi y el juez Provincial de Tránsito de Cotopaxi, efectuaron el análisis de las diferentes pruebas actuadas a lo largo de la audiencia pública de juzgamiento, las que en su conjunto les permitieron concluir que se ha comprobado conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado, con lo siguiente: a) testimonio del señor Policía Carlos Eduardo Ganchala Tigmasi, quien dice haber acudido al sitio del percance al ser comunicado por la central de radio, observando que el vehículo marca Vitara, color plomo, cinco puertas, se hallaba “virado”, abandonado, que según los curiosos en el habían dos personas que luego del accidente se han dado a la fuga, además que el vehículo circulaba a exceso de velocidad, perdiendo el control, dándose dos vueltas de campana y estrellándose contra una pared de bloque; b) el señor Subteniente de Policía Danilo Hernán Freire Martínez, dice haber actuado como perito en la diligencia del reconocimiento técnico mecánico del automotor siniestrado, detallando los daños, especialmente en el techo parte lateral izquierdo y el parabrisa; c) testimonio del señor Jorge Alfredo Ormaza Fernández, quien afirma laborar como chofer de la Contraloría, el haber dejado el vehículo de dicha institución en sus instalaciones, el haberse hallado el día de los hechos en la ciudad de Santo Domingo, que se enteró del accidente por el señor Páez, Jefe de los señores

guardias de seguridad, quien le había informado que el guardia de turno se había “sacado” el vehículo y se había accidentado, que el guardia de turno en esa fecha era el hoy acusado, que el día siguiente al del accidente le había llamado al hoy procesado, que fue él quien le manifestó que se había sacado el vehículo y se había accidentado; hechos y circunstancias que también relata el señor Manuel Humberto Pabón, quien señala ser propietario de la empresa de seguridad a la que pertenecía en encausado, e indica además que el propio encausado le llamó en la noche para comunicarle que se ha sacado el vehículo porque su esposa se hallaba enferma y que en la “bajada de la Galaxi” se ha volcado. Respecto al tipo penal culposo por el que la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Cotopaxi, sentencia a Alfredo Geovanny Andrade Morejón, está descrito en el Art. 80 inciso primero de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, vigente a la época de perpetrada la infracción, como obra del fallo que confirma en todas sus partes la sentencia condenatoria dictada por el juez de primer nivel, que a su vez, considera que, en el caso en estudio el acusado no ha acreditado haberse hallado autorizado para conducir vehículos a motor, además que el accidente se produce cuando éste sustrae el automotor de las instalaciones que estaba obligado a proteger, subsumiéndose su conducta a lo establecido en el Art. 83 Ibidem, norma que contempla la imposición de una pena mucho más severa que la impuesta, más en aplicación del principio non reformatio in pejus, contemplado tanto en la actual Constitución (Art. 77 numeral 14 inciso primero), como en la norma adjetiva penal (Art. 328), al no poder empeorar la situación jurídica del procesado y siendo el único recurrente, confirman en todas sus partes la sentencia de primer nivel. Por otra parte en relación al ejercicio de la valoración de los medios de prueba incorporados por las partes procesales, debo remitirme al principio de exclusividad jurisdiccional, que estipula la facultad privativa del juzgador para fijar los límites, alcance, efectos y eficacia de las pruebas introducidas al proceso, mediante la inmediación que le permite verificar y apreciar la actividad de los sujetos de la relación jurídico penal, por lo tanto el argumento esgrimido por el recurrente, que ha existido una falta de aplicación de los Arts. 84, 85, 86, 87, y 88 numerales 2 y 3, literales a, b, c y d del Código Adjetivo Penal, se desvanecen cuando de las tablas probatorias que obran del expediente y que han sido aquí detalladas, se evidencia que la impugnación ni ha podido determinar con precisión y claridad, los errores del derecho de los que adolece el fallo recurrido, como tampoco existe ninguna duda razonable, en razón de que de la prueba analizada, existe certeza de parte del juzgador al emitir su resolución. Por lo expuesto, estima que la Sala debe declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por el recurrente Alfredo Andrade Morejón. **QUINTO.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.-** 1). El recurso de casación es un recurso extraordinario que tiene por objeto anular una sentencia judicial que contiene una incorrecta interpretación o aplicación de la ley o que ha sido dictada en un procedimiento que no ha cumplido las solemnidades legales, es decir por un *error in iudicando* o bien *error in procedendo* respectivamente. Su fallo le corresponde a la Corte Nacional de Justicia. Es un *recurso extraordinario*, es decir, la ley la admite excepcionalmente y contra determinadas resoluciones judiciales. y sus causas están previamente determinadas, ellas se pueden agrupar, básicamente, en infracciones al procedimiento, es decir errores de forma (*error in procedendo*) e infracción del

Derecho, o sea errores de fondo (*error in iudicando*). Posee algunas limitaciones a su procedencia, entre otras: la cuantía, sobre todo en casos de derecho civil y los motivos que se pueden alegar. Según la doctrina y jurisprudencia podemos encontrar dos variantes en relación a la amplitud de las facultades de revisión de las cuestiones acaecidas en un caso particular: En la interpretación más clásica, se le considera un *Recurso* no constitutivo de *instancia*, o sea, el Tribunal puede pronunciarse sólo sobre las cuestiones de Derecho. En otras palabras, la revisión es más limitada, pudiendo basarse sólo en una incorrecta interpretación de la ley por parte de los órganos inferiores y nunca revisar los hechos de la causa. En una interpretación más amplia y circunscrita al recurso de casación en materia penal, se ha entendido que en la casación no sólo pueden revisarse cuestiones de derecho, sino también las de hecho. No hacerlo implicaría la violación a la garantía de la doble instancia en el proceso penal, reconocida en diversos Tratados Internacionales sobre derechos humanos (por ejemplo, el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Para sostener esta posición se utiliza la teoría alemana de la *Leistungsfähigkeit* (o agotamiento de las capacidades de revisión), que sostiene que un Tribunal de casación debe revisar todo lo que le sea posible, quedando solamente excluidas las cuestiones directamente relacionadas al principio de inmediación. 2). El fundamento y finalidad de la casación es resguardar el principio de igualdad ante la ley asegurando la “interpretación unitaria de la ley de fondo, sometiendo en definitiva su interpretación al mas alto Tribunal de la Justicia Nacional, ante el cual la causa llega con los hechos del proceso definitivamente fijados, para que solamente se juzgue de la corrección jurídica con que han sido calificados”, de una parte; y de la otra, preservar la observancia de las garantías de la libertad individual y en particular del juicio previo en el cual se asegure la defensa, haciendo efectiva la verdadera y amplia interpretación de la regla: juicio no sólo previo sino también legal. Podemos afirmar, que el recurso de casación, es una institución establecida con el fin de garantizar la corrección sustancial y la legalidad formal del juicio previo exigido por la Constitución, para asegurar el respeto a los derechos individuales y a las garantías de igualdad ante la ley e inviolabilidad de la defensa en juicio, así como también el mantenimiento del orden jurídico penal, por una más uniforme aplicación de la ley sustantiva. 3) En el caso en mención y después del análisis de la sentencia impugnada se establece que: tanto la responsabilidad del acusado como la materialidad de la infracción han sido comprobadas conforme lo establece la ley por la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, esta surge de los testimonios de los ciudadanos: Jorge Alfredo Ormaza Fernández, chofer de la Contraloría. Manuel Humberto Páez Pabón, propietario de la empresa de seguridad a la que pertenecía el acusado. Policía Carlos Eduardo Ganchala Tigmasi, quien acudió al sitio del percance, el Subteniente de Policía Danilo Hernán Freire Martínez quien actuó como perito en la diligencia del reconocimiento técnico mecánico del automotor siniestrado. 4). La Sala advierte en el caso en estudio que el acusado no ha acreditado haberse hallado autorizado para conducir vehículos a motor, además que el accidente se produce cuando éste, sustrae el automotor de las instalaciones que estaba obligado a proteger. 5). La conducta del acusado se encuentra tipificada en el Art. 83 de la Ley de Tránsito y

Transporte Terrestre vigente a la fecha de la infracción la cual textualmente dice: “Quien hubiere sustraído un vehículo y con él ocasionare un accidente de tránsito, será reprimido con el máximo de las penas establecidas para la infracción cometida, aumentadas en la mitad, sin perjuicio de la acción penal a que haya lugar por la sustracción del automotor.” Sorprende así ver que el señor Juez A-quo establezca al imputado una pena no acorde al delito sancionado subsumiendo la conducta al Art. 80 inciso primero de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, cuando lo procedente era aplicar el Art. 83 de la misma ley. 6). Al no poder empeorar la situación del recurrente por el principio non reformatio in pejus, contemplado, en la Constitución (Art. 77 Numeral 14 inc. primero) como en el Código Penal Art. 328, se confirma la sentencia en todas sus partes. Por lo expuesto, “**ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**”, al tenor de lo que dispone el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por señor Alfredo Geovanny Andrade Morejón y ordena se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen para los fines de ley **Notifíquese y Cúmplase**.

Fdo.) Dres. Hernán Ulloa Parada, Luis Moyano Alarcón, y Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.

Certifico:

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

RAZÓN: Siento por tal, que las cuatro (4) fotocopias que anteceden son iguales a sus originales.- Quito, 8 de septiembre del 2011.

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

N° 908-09-OR

JUEZ PONENTE: Dr. Milton Peñarreta Álvarez.

(Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial)

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
PRIMERA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL**

Quito, 13 de julio del 2011, las 17h00.

VISTOS: El Tribunal Penal Primero de Pichincha el día 02 de abril del 2009 ha sentenciado a BLANCA GÓMEZ GAVIRIA y a MÓNICA BLACIO CARRIÓN imponiéndoles la pena de QUINCE DIAS DE PRISIÓN CORRECCIONAL, como autoras del delito de lesiones, tipificado en el artículo 463 del Código Penal; pena que ha sido apelada por la Señora MÓNICA BLACIO CARRIÓN, y cuya sentencia ha sido confirmada por la Tercera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia

de Pichincha. la Señora MÓNICA BLACIO CARRIÓN ha interpuesto recurso de casación que ha sido debidamente concedido, cuyo estado es el de resolver, para hacerlo, se toma en cuenta lo siguiente: **PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de Octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 4879 del 2 de Diciembre del 2008; y, la Resolución Sustitutiva dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de Diciembre del 2008 y publicada en el Registro Oficial 511 del 21 de Enero del 2009; así como, en atención al oficio No. 823-SG-SLL-2Q11, de 17 de junio de 2011, mediante el cual, el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, encarga del despacho del señor doctor Luis Moyano Alarcón, Juez Nacional de esta Primera Sala de lo Penal, al Dr. Arturo Pérez Castillo; y, el sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de Jueces Nacionales de esta Primera Sala de lo Penal y Conjuez Permanente, avocamos conocimiento del presente recurso de casación.- **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL:** Examinado el expediente, no se advierte ningún vicio u omisión de solemnidad sustancial que pueda afectar la decisión de esta causa, por lo que se declara expresamente su validez. **TERCERO.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN:** La Señora MÓNICA BLACIO CARRIÓN ha interpuesto recurso de casación, el mismo que ha sido fundamentado de la siguiente manera, sosteniendo que la sentencia viola lo dispuesto en el Art. 81 del Código de Procedimiento Penal pues el Juzgador toma como elementos valorativos las confesiones espontáneas que han revelado de prueba. Señala como la causante de lo acontecido a la Sra. BLANCA GÓMEZ GAVIRIA, que personalmente acudió hasta su domicilio con la finalidad de agredirla sin motivo alguno. Por otro lado, -afirma la casacionista- que es injusto que siendo ella la víctima de las agresiones, se le imponga una sentencia condenatoria. Finalmente añade que se hizo una falsa y desajustada valoración de las pruebas, no aplicando las reglas de la sana crítica, sin tomar en cuenta lo dispuesto en el Art. 4 y el Art. 29 del Código Penal, sin considerar circunstancias atenuantes teniendo como consecuencia el que la injusta pena impuesta sea agravada. **CUARTO.- DICTAMEN FISCAL.-** El informe fiscal en la parte fundamental de su escrito expresa que el Art. 81 del Código de Procedimiento Penal contiene una norma de garantía que tutela el derecho a no auto incriminarse, disposición jurídica que guarda relación con el Art. 77, numeral 7, literales b) y c) de la Constitución de la República del Ecuador, es decir las normas jurídicas indicadas contienen una garantía genérica siendo insuficiente en la pretensión de construir fundamentos técnicos idóneos de una impugnación vía casación; además el Juzgador ha dejado claro en el texto de la sentencia que los testimonios de los procesados fueron expresados en la relación de los hechos no pudiendo estimarse como transgresión de norma jurídica alguna. Además subraya en su escrito que el Art. 4 del Código Penal no se configura en torno a la duda que se pueda tener respecto de los hechos ya sea sobre su autenticidad o sobre sus partícipes, sino que sus presupuestos, se ajustan a los

casos en que haya disparidad o contradicción en la interpretación que se persigue obtener o fijar sobre el alcance y sentido genuinos de los términos de una norma.

QUINTO.- CONSIDERACIONES DE LA SALA: La casación tiene carácter de un recurso extraordinario que solo procede en los casos expresamente determinados en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, el cual prevé tres motivos taxativos para la admisibilidad de este recurso por violación de la ley material, que son: contravención expresa de la ley; indebida aplicación o errónea interpretación, lo que hace que cada una de ellas tenga su propia individualidad con características y circunstancias que las diferencia o las distingue. No es posible en el recurso de casación efectuar una valoración de la prueba, esta es una facultad soberana del Juzgador de Instancia y precisamente por el Tribunal Penal Primero de Pichincha. El ordenamiento jurídico le da al Juzgador amplias posibilidades para el ejercicio de la valoración probatoria a través de la sana crítica, es decir una apreciación basados en la razón, en la lógica, la experiencia y la ponderación; por consiguiente en el evento que se alegue infracción a la ley en esta particular, los errores en los que se pudiera caer serían ajenos a ello, que en sentido jurídico no son idóneos para promover una impugnación casatoria. Por lo expuesto esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia en armonía con el Ministerio Público **“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”** al tenor del artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, declara IMPROCEDENTE el recurso de casación interpuesto por MÓNICA BLACIO CARRIÓN disponiendo se devuelva este proceso al Tribunal de origen para la ejecución de la sentencia recurrida. Notifíquese y devuélvase.-

Fdo.) Dres. Milton Peñarreta Álvarez, Hernán Ulloa Parada, Juez Nacional, Jueces Nacionales y Arturo Pérez Castillo, Conjuez Nacional.

Certifico:

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

RAZON: Siento por tal que las dos (2) fotocopias que anteceden son iguales a los originales.- Quito, 8 de septiembre del 2011.

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

N° 982-09-OR

EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA.

JUEZ PONENTE: Dr. Hernán Ulloa Parada.

(Art. 185 de la Constitución de la República del Ecuador).

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
PRIMERA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL**

Quito, 23 de mayo del 2011, las 17h55.

VISTOS: Los sentenciados LEO NARDO ZÚÑIGA SARANGO y JUAN EDUARDO AGUIRRE CABRERA, presentan recurso de Casación contra la sentencia pronunciada el 22 de diciembre del 2008 a las 11h00 por el Tribunal Penal de Zamora Chinchipe, mediante la cual se les impone la pena individual de cuatro años de reclusión menor, como autores materiales y responsables del delito de lesiones, tipificado y sancionado en el inciso segundo del Art. 467 del Código Penal, con la agravante del numeral 1ro. del Art. 450 ibídem. El recurso presentado fue debidamente fundamentado por los recurrentes, habiéndose corrido traslado con el mismo al señor Ministro Fiscal General del Estado, quien contestó, de conformidad con lo que establece el Art. 355 del Código de Procedimiento Penal. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerla se considera: **PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.-** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1; Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador publicada en el R.O. No. 4490 de 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; Resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre de 2008, publicada en el R.O. No. 511 de 21 de enero de 2009 y el sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de Jueces Nacionales de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento del presente juicio penal. **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad; por lo que este Tribunal de Casación declara la validez de esta causa penal. **TERCERO: FUNDAMENTACION DEL RECURSO.-** Al fundamentar su recurso, los impugnantes LEO NARDO ZÚÑIGA SARANGO y JUAN EDUARDO AGUIRRE CABRERA, sostienen que: 1.- *“No se realizó prueba plena, precisa y concreta que sin lugar a dudas, conlleve a la convicción que los comparecientes, seamos los responsables del delito que se nos acusa”*, en razón de que a la audiencia de juzgamiento, no compareció la perito médico que hizo elaboró el informe con respecto a la lesión que sufrió el agraviado. 2.- Que se omitió la aplicación del Art. 4 del Código Penal y del Art. 87 del Código de Procedimiento Penal, al no existir la certeza de la culpabilidad de los recurrentes, ya que en el proceso no existe un solo indicio probado que la determine la participación directa de aquellos, ya que el video que se proyectó en la audiencia de juicio se puede apreciar que existe *“un incidente entre el señor Valdivieso y el señor Zúñiga, el mismo que sucedió en otro momento y en otro lado, en el que se nota que existió un solo enfrentamiento entre estas dos personas, y no se puede establecer que del resultado de este enfrentamiento se haya causado la lesión que aduce el ofendido, porque las dos personas se encuentran de frente, entonces cómo es que el señor Valdivieso asoma lesionado en la parte posterior del pabellón de la oreja derecha”*. Que así mismo, en cuanto a

la participación del señor Aguirre, tampoco se encuentra demostrado dentro del proceso, en razón de que éste *“no consta en el video, sino que el Tribunal supone o presume que él puede ser, porque sencillamente se encontraba cerca, pero el video no demuestra aquello, solo existe en el pensamiento de los señores jueces del Tribunal”*. 3.-

Sostienen que se violaron las disposiciones contenidas en los Arts. 79 Y 80 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 5 del Art. 24 de la Constitución Política del Estado vigente cuando se tramitó el juicio y numeral 4 del Art. 76 de la actual Constitución, pues, como ya dejan manifestado, en la audiencia oral no se actuó la prueba conducente a determinar la existencia de la infracción, ya que el perito que realizó el examen médico en el que se establece la pérdida de la capacidad auditiva no compareció, siendo su examen médico tan solo leído por parte del médico cirujano de la Fiscalía. 4.- Argumentan que el Tribunal aplicó indebidamente la disposición legal del Art. 467 del Código Penal, cuando lo que correspondía era la aplicación de lo dispuesto en el Art. 463 del cuerpo legal invocado; sostienen que la prueba actuada fue indebidamente valorada, al considerar una historia clínica que no fue corroborada por el médico especialista, así como al establecer como causa de la lesión, un solo enfrentamiento, cuando la realidad determina que existieron dos hechos diferentes. Arguyen que debe aplicarse a su favor la duda razonable que existe en este caso, ya que se ha violado las normas reguladoras de la valoración de la prueba actuada dentro del juicio. Finalmente dicen que la sentencia adolece de la motivación, al no realizar un examen crítico de la prueba sufragada y es diminuta pues se aleja de la normativa que la regula, ocasionando error de derecho al emitirla. **CUARTO: DICTAMEN FISCAL.-** El Director Nacional de Asesoría, Subrogante del Fiscal General del Estado, al contestar la fundamentación del recurso de casación realizada por los recurrentes, manifiesta que: El Tribunal Penal de Zamora Chinchipe, al efectuar la valoración de las pruebas actuadas durante la audiencia pública de juzgamiento, realiza una relación circunstanciada del delito y de los actos de los acusados Leonardo Zúñiga Sarango y Juan Eduardo Aguirre Cabrera, llegando a la certeza de que se ha probado la materialidad de la infracción y la responsabilidad de los acusados, exponiendo los fundamentos de hecho y de derecho de su decisión, en mérito a las siguientes diligencias: a) el testimonio propio de la doctora Mónica Janeth Guaya Delgado, perita que efectuó el reconocimiento médico en el ofendido Manuel Alfonso Valdivieso Ojeda, quien presentó una contusión cerebral provocada por un trauma cráneo-encefálico; refleja daño en la estructura cerebral por el deterioro del estado de conciencia, debilidad en miembros superiores e inferiores, con estado de amnesia; deterioro en su capacidad para recordar, lesiones que produjeron una incapacidad física de 31 días provisionales, debiendo practicarse una nueva evaluación y permanecer bajo supervisión médica; b) la declaración del doctor Lauro Vicente León Macas, perito que practicó el reconocimiento médico legal en la persona de Manuel Alfonso Valdivieso, luego de nueve meses de haber sufrido la agresión física; el examinado presentó una herida en su cabeza, sordera neuro-sensorial de oído izquierdo, lesión que compromete la vía auditiva en cerebro y oído interno, que provoca sordera súbita e irreversible, la cual fue causada por golpe contuso directo con objeto agudo; finalmente señala que el examinado requiere de

equipo especial en oído izquierdo; e) testimonio propio del doctor Eliseo Enrique Armijos González, quien practicó el reconocimiento del lugar donde se produjo la infracción. En cuanto a la culpabilidad de los acusados, constan las siguientes pruebas: a) testimonio del ofendido Manuel Alonso Valdivieso Quezada, quien afirma que sufrió la agresión de Leonardo Zúñiga Sarango y Juan Eduardo Aguirre Cabrera el 11 de diciembre del 2006, a eso de las 16h00, cuando fue al Municipio a visitar a su hermana Lelis Valdivieso, quien se encontraba protagonizando una medida de hecho en forma pacífica en los bajos de dicha institución y que un grupo de desadaptados armados de palos y mangueras proceden a golpearlo en la cabeza, luego en el suelo, causándole graves lesiones en su cuerpo; b) testimonio de Marlon 81adimir Zúñiga Torres quien dice que el día de los hechos se encontraba en el corredor del Municipio de Yantzaza y observó como Leonardo Zúñiga golpeaba con un palo la cabeza a Manuel Valdivieso Ojeda, siendo agredido además por otras personas; señala que previa a la agresión, Zúñiga se acerca confundiendo en un grupo de compañeros donde se encontraba Manuel Valdivieso; afirma que Juan Eduardo Aguirre Cabrera luego de esperar el momento oportuno intenta agredir a Manuel Valdivieso, pero se detiene, para luego agredirlo con un golpe de puño en la parte derecha de su cara, derribándolo al piso; c) declaración de José Fernando Marín Ortega quien dice que el día de los hechos, un grupo de personas entre las que identificó a Leonardo Zúñiga, Juan Aguirre y otros, agredieron al ingeniero Valdivieso, siendo Zúñiga quien por la espalda le dio un garrotazo a Valdivieso, causándole una herida en la cabeza, mientras que Aguirre le dio con su puño un golpe en la cara y en forma traicionera, derribándolo al suelo, donde lo siguieron agrediendo; d) testimonio de María Cecilia Masache Nevárez, testigo presencial que afirma constarle que Zúñiga agredió con un palo al ingeniero Valdivieso y que Aguirre, con su puño y en forma cobarde, lo agredió por la espalda, observando a Valdivieso que sangraba de la cabeza; e) declaración de María Concepción Pullaguari Chamba, quien afirma que las personas que agredieron al ingeniero Manuel Valdivieso fueron Leonardo Zúñiga y Juan Aguirre, el primero con un palo que le dio en la cabeza y el segundo le dio un golpe en la cara con el puño; f) testimonio de Laura María Jiménez Liviapoma quien refiere que las personas que agredieron al ingeniero Valdivieso son Leonardo Zúñiga y Juan Aguirre; g) al rendir su declaración Gladis Noemí Erazo Reyes afirma que se encontraba en el sitio en que ocurrieron los hechos y pudo ver a Zúñiga y Aguirre agredir al Ingeniero Valdivieso, cuando éste fue al Municipio con una botella de agua para su hermana que labora en dicha institución; h) testimonio de Eduardo Bravo Aguirre, quien dice que le consta que quienes agredieron al señor Valdivieso, fueron los señores Leonardo Zúñiga, quien le dio con un palo en la cabeza y Juan Aguirre quien en forma traicionera de dio un golpe de puño, todo esto observado en el interior del Municipio; i) el acusado Leonardo Zúñiga Sarango se acoge el derecho del silencio, mientras que Juan Eduardo Aguirre Cabrera al rendir su testimonio afirma que si bien estuvo en el lugar de los hechos, no ha causado ninguna lesión al ingeniero Valdivieso. La defensa introduce los testimonios de Luis Roque Rivas Paccha, Fabián Andrés Palacios Arrobo, Elvita Teresa de Jesús Narváez Ramos, Jesús Fredy Alberga Chimbo, Raúl Reiniero Guamán González, Segundo Luis Tocto Ramón y Guido Fabián Cojitambo Sozoranga, quienes afirman haber estado en el lugar y a la

hora en que se produjeron los hechos, haber escuchado al ingeniero Valdivieso insultar al Alcalde, encontrándose en estado etílico, portando además una tablilla en su mano con la que agredió al señor Zúñiga, sin que les conste agresión alguna por parte de Leonardo Zúñiga y Juan Aguirre al Ingeniero Valdivieso; como prueba de conducta se introduce los testimonios de José Jiménez Carrión, Edgar Rodrigo Chamba Bautista y Esthela del Rocío Sinche Contreras, quienes dicen conocer a los acusados como personas de buena conducta, responsables y útiles a la sociedad. Que por todo lo expuesto, solicitan a la Sala que declare improcedente el recurso interpuesto por los procesados.

QUINTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.- 1.- El recurso de casación, por su naturaleza, es un acto impugnatorio extraordinario y formal, en razón de que, su trámite es especial y limitado al examen de la sentencia recurrida, además de que, su fundamentación debe establecer las disposiciones legales que según el casacionista han sido infringidas en el fallo y la pertinencia de cómo dichas violaciones legales han influenciado en la decisión de la causa. Según lo establece el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, hay tres maneras de violentar la ley: a) por haberse contravenido a su texto; b) por haberse hecho una falsa aplicación de ella; y, e) por berréese interpretado erróneamente. 2.- La principal impugnación realizada por los casacionistas, es de que el Tribunal Juzgador hizo una indebida valoración de las pruebas, al no haber aplicado correctamente las reglas de la sana crítica, ya que en la audiencia de juicio no compareció la perito médico que hizo el informe sobre la lesión que sufriera el señor Valdivieso y que por lo tanto no existen las pruebas suficientes para emitir un fallo de condena. Que en los videos presentados en la audiencia de juicio no se establece con absoluta certeza de que el señor Zúñiga y peor el señor Aguirre sean los agresores, razones suficientes para que, existiendo una duda razonable, aquella debía ser aplicada a favor de los recurrentes. De otra parte indican los recurrentes que: *“el Tribunal Penal aplicó indebidamente la disposición legal del artículo 467 del Código Penal, en estas circunstancias, correspondía la aplicación del artículo 463 del cuerpo legal antes invocado”*. 3.- Si bien, este recurso, de conformidad con el inciso segundo del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, no permite a la Sala una nueva valoración de la prueba, si cabe un análisis fáctico, a fin de determinar si la decisión del juzgador es correlativa a los hechos valorados en el juicio, por lo que, esta Sala, al respecto, hace las siguientes consideraciones: a) que la materialidad de la infracción se encuentra comprobada, conforme a derecho, ya que a la audiencia de juzgamiento, además de los testigos de cargo, si compareció la perito médico, Dra. Mónica Guaya, quien se ratifica en su informe; b) que los responsables de la agresión a Manuel Alonso Valdivieso Ojeda son los recurrentes, en razón de los innúmeros testimonios producidos en juicio que determinan con absoluta certeza la responsabilidad de éstos, tanto más que piden expresamente a la Sala que encasillen su conducta a lo que dispone el artículo 463 del Código Penal; c) que en la agresión no ha existido la *alevosía* como equivocadamente manifiesta el Tribunal Juzgador, en razón de que los testigos de descargo manifiestan unívocamente que el señor Valdivieso tenía en sus manos una tablilla con la que agredió al señor Zúñiga, motivo por el cual, el fiscal interviniente en el juicio acusa a los recurrentes como autores del delito tipificado en el inciso primero del artículo 467 del Código Penal. 4.- Al no

evidenciarse, con absoluta certeza la agravante de alevosía, circunstancia por la cual se ha tipificado el delito de lesiones en el inciso segundo del artículo 467 del Código Penal, el Tribunal Juzgador, violó la ley *“por haber hecho una falsa aplicación de ella”*, lo cual constituye una de las causas para admitir la casación interpuesta. De otra parte, los recurrentes, con los testimonios que constan en autos, han justificado las atenuantes de los numerales 6 y 7 del artículo 29 del Código Penal. **SEXTO: RESOLUCION.-** Por las consideraciones antes señaladas y enmendando el error de derecho en que ha incurrido el Tribunal Penal de Zamora Chinchipe, esta Primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, **“ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”**, de conformidad con el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, declara parcialmente procedente el recurso de casación interpuesto por LEONARDO ZÚÑIGA SARANGO Y JUAN EDUARDO AGUIRRE CABRERA, a quienes en aplicación de los numerales 6 y 7 del artículo 29, en concordancia con el artículo 73 del Código Penal, se les condena a la pena atenuada de SEIS MESES DE PRISIÓN CORRECCIONAL, como autores del delito tipificado en el inciso primero del artículo 467 del Código Penal. Al haberse cumplido los presupuesto del artículo 82 del mismo Cuerpo de Leyes, se deja en suspenso el cumplimiento de la pena de prisión. Se dispone que se devuelva este proceso, a la judicatura de origen, para los fines de ley.- PUBLIQUESE Y NOTIFIQUESE.

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada, y Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.

Certifico, Secretario Relator, Dr. Hermes Sarango Aguirre.

Razón.- En Quito, hoy veinticuatro de mayo, a las dieciocho horas, notifico por boletas con la nota de relación y sentencia que anteceden al Fiscal General en el casillero No. 1207, a Leonardo Zúñiga y Juan Aguirre en los casilleros No. 1343 y 1503.-

Certifico. Secretario Relator, Dr. Hermes Sarango Aguirre.

RAZON.- Siento por tal que las tres (3) fotocopias que anteceden son iguales a sus originales.- Quito, 8 de septiembre del 2011.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator, Primera Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia.

N° 1242-09-OR

JUEZ PONENTE: DR. MILTON PEÑARRETA ÁLVAREZ.

Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
PRIMERA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL**

Quito, 14 de julio del 2011, las 17h30.

VISTOS: El Tribunal Primero de Garantías Penales de Sucumbíos y Orellana el día 16 de septiembre del 2009 ha sentenciado a JOSE PEDRO LOOR ARTEAGA imponiéndole la pena de DIEZ AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA, como autor del delito de homicidio tipificado en el Art. 449 del Código Penal sentencia de la cual, la acusadora particular, señora Rosario Morales Vega ha interpuesto recurso de casación que ha sido debidamente concedido, cuyo estado es el de resolver, para hacerlo, se toma en cuenta lo siguiente: **PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de Octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 4879 del 2 de Diciembre del 2008; y, la Resolución Sustitutiva dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de Diciembre del 2008 y publicada en el Registro Oficial 511 del 21 de Enero del 2009.- En atención al oficio No. 823-SG-SLL-2011, de 17 de junio de 2011, mediante el cual, el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, encarga del despacho del señor doctor Luis Moyano Alarcón, Juez Nacional de esta Primera Sala de lo Penal, al Dr. Arturo Pérez Castillo; y, el sorteo de ley respectivo, en nuestra calidad de Conjuez Permanente, avoca conocimiento del presente recurso de casación; **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Examinado el expediente, no se advierte ningún vicio u omisión de solemnidad sustancial que pueda afectar la decisión de esta causa, por lo que se declara expresamente su validez. **TERCERO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN:** La fundamentación del recurso de casación que hace la Señora Rosario Morales Vega, manifiesta que: La existencia de pruebas necesarias para establecer la relación causal del hecho al hecho expresadas en el testimonio del médico Dr. Rubén Tenela Jiménez que realizó la autopsia el día 11 de agosto del 2003, en cuyo protocolo se establece las causas de la muerte de Luis Vinicio Ayala Yáñez, los testimonios de la misma acusadora particular y casacionista Rosario Morales, la del Sgto. Galo Ramiro Cueva Haro, de Gilberto Gallardo, de Alberto Vera y de Ángel Heriberto Cortez, en lo principal manifiesta que en ningún momento se ha cometido un Homicidio Simple, pues las circunstancias que precedieron la infracción encuentran el tipo penal en el asesinato previstas en el Art. 450 del Código Penal con las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 5. El Tribunal Penal ha sentenciado a Pedro Loor Arteaga por el delito de homicidio simple sin considerar los suficientes elementos que se encuentran materializados en el texto de la sentencia, sin tomar en cuenta el tipo penal que realmente existió. Termina la fundamentación la acusadora particular solicitando se case la sentencia expedida el 16 de septiembre del 2009 por el Tribunal de Garantías Penales de Sucumbíos y Orellana, porque en la acción perpetrada se cumplen plenamente a cabalidad los presupuestos del delito

de asesinato, descrito en el Art. 450 del Código Penal con las circunstancias agravantes 1, 2, 5 -esto es, alevosía, promesa remuneratoria y imposibilitar a la víctima para defenderse- y solicita se le imponga el máximo de la pena prevista para la infracción, sin que se consideren atenuantes; y que se disponga el pago de la indemnización civil correspondiente. **CUARTO.- DICTAMEN FISCAL:** Por su parte la Fiscalía General del Estado a través del Director Nacional de Asesoría Dr. Alfredo Alvear, en lo esencial de su fundamentación coincide con el criterio de la acusación particular al manifestar que se trata de un asesinato la muerte de LUIS VINICIO AYALA YÁÑEZ, con el único agravante del homicidio la circunstancia primera del Art. 450 del Código Penal, pues no hay prueba que le otorgue al Juzgador la certeza respecto a que el acusado actuó motivado por el pago o remuneración; y que le haya imposibilitado a su víctima para defenderse, pues no obra en la sentencia elemento probatorio alguno que la víctima fuera sometida por el agresor antes de recibir el disparo, que son las circunstancias anotadas por la recurrente en su fundamentación. La Fiscalía considera la existencia de la concurrencia de la circunstancia primera del Art. 450, esto es la alevosía. **QUINTO.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:** La casación tiene carácter de un recurso extraordinario que solo procede en los casos expresamente determinados en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, el cual prevé tres motivos taxativos para la admisibilidad de este recurso por violación de la ley material, que son: contravención expresa de la ley; indebida aplicación o errónea interpretación, todos estos motivos refieren como se deja expresado en la ley sustancial, lo que hace que cada una de ellas tenga su propia individualidad con características y circunstancias que las diferencia o las distingue. No es posible en el recurso de casación efectuar una valoración de la prueba, esta es una facultad soberana del Juzgador de Instancia y precisamente por Tribunal Primero de Garantías Penales de Sucumbíos y Orellana. En lo que se refiere a la culpabilidad de Pedro José Loor Arteaga, es incuestionable, su propia declaración confiesa; en la que manifiesta que actuó en legítima defensa, y que le corresponde exoneración de responsabilidad por justificación de su conducta muy alejada de la realidad procesal. El tratadista Hegel conceptualiza este tipo de defensa, de una manera diáfana, al expresar “que la agresión es la negación de un derecho, y la defensa; es la negación de esa negación y en consecuencia afirmación del derecho”. Objetivización filosófica, profunda y exacta, que es la mejor manera de analizar esta clase de procesos, por considerar lo que el sentenciado alega. La agresión no existió del hoy occiso, consecuentemente es inútil entrar en análisis de los elementos que deben concurrir copulativamente para la existencia de esta eximente de responsabilidad como manifestada en el Art. 19 del Código Penal. Si de la existencia de culpabilidad se tiene la certeza, no se la tiene de la concurrencia de los agravantes aquí citados por la acusación particular, y tampoco se puede aceptar la existencia de alevosía como lo indica la fundamentación del Fiscal pues esta agravante equivale a sorpresa y traición, condiciones que no han sido probadas, antes por el contrario existió entre ellos un enfrentamiento verbal, es decir se presume emociones violentas que exoneran de una manera total la agravante referida. Por lo expuesto, disintiendo tanto de la acusación particular como de la Fiscalía, esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia. **“ADMINISTRANDO JUSTICIA**

EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA” al tenor del artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, declara IMPROCEDENTE el recurso de casación interpuesto por ROSARIO XIMENA MORALES VEGA disponiendo se devuelva este proceso al Tribunal de origen para la ejecución de la sentencia recurrida. **Notifíquese y devuélvase.-**

Fdo.) Dres. Milton Peñarreta Álvarez, Hernán Ulloa Parada, y Arturo Pérez Castillo, Jueces Nacionales.

Certifico:

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

RAZON: Siento por tal, que las dos (2) fotocopias que anteceden son iguales a sus originales.- Quito, 8 de septiembre del 2011.

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

Razón.- En Quito, hoy veintisiete de julio del dos mil once, a las diecisiete horas cincuenta minutos, notifico por boletas con el autoa que antecede a los Sres: Fiscal General en el casillero No. 1207 y a Jenny Jara Valladares en los casilleros judiciales No. 5711 de la Defensoría Pública, 135 y 2062.-

Certifico. Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario relator.

RAZON.- Devuelvo al Secretario del Tribunal Tercero de Garantías Penales del Azuay, el juicio No. 1316-09-0r, que por asesinato se sigue contra Jenny Dorinda Jara Valladares, compuesto de ciento setenta y un fojas (171), dos cuerpos (2); y, el auto dictado por esta Sala en dos (2) fojas útiles. Quito, 3 de agosto del 2011. F. Dr. Hermes Sarango Aguirre. Secretario relator.

Certifico que la presente copia es igual al original.- Quito, 3 de agosto del 2011.

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

N° 1316-09-or

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

Quito, 26 de julio del 2011, las 17h45.

VISTOS.- la procesada Jenny Dorinda Jara Valladares, interpone recurso de revisión de la sentencia dictada por el Tercer Tribunal de Garantías Penales del Azuay, que lo encuentra autora del delito de asesinato, tipificado y sancionado por el art. 452 del Código Penal; sin considerar atenuantes por existir varias agravantes no constitutivas ni modificatorias de la infracción, por haber actuado con alevosía, con insidias, sobre seguro, con ensañamiento y crueldad, circunstancias previstas en los art. 30 y 31 del Código Penal; por lo que le impone la pena de veinte años de reclusión mayor especial; siendo el estado procesal el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO:** Atenta la razón actuarial que antecede, y al no haber concurrido el abogado del recurrente en el día y hora señalados para que tenga lugar la audiencia oral pública y contradictoria, asistiendo únicamente el delegado de la Fiscalía General, ha sido imposible dar cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 366 del Código de Procedimiento Penal.- **SEGUNDO.-** Cabe anotar que ha sido el propio abogado de la recurrente el que no ha hecho ejercicio del derecho a la defensa que consagra la Constitución de la República, así como ha impedido que esta Sala pronuncie sentencia conforme lo prevé el Art. 367 ibidem.- **TERCERO.-** En aplicación del principio de debida diligencia, consagrado en el Art. 172 de la Constitución de la República del Ecuador y Art. 20 del Código Orgánico de la Función Judicial, se declara el abandono del recurso de revisión formulado por Jenny Dorinda Jara Valladares. Notifíquese.

Fdo.) Dres. Hernán Ulloa Parada, Luis Moyano Alarcón y Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.

N° 48-10-OR

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

Quito, 20 de abril del 2011, las 17h40.

VISTOS.- Juan Mesías Camino Arias, quien a fojas 15 de los autos, desiste del recurso de casación que interpusiera respecto de la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha, ha reconocido su firma y rúbrica conforme así aparece a fojas 21 de este cuaderno.- En tal virtud, se acepta el desistimiento y se dispone que se devuelva el proceso a la mencionada Sala.- Notifíquese.

Fdo) Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada, y Milton Peñarreta Álvarez. Jueces Nacionales.

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

Razón.- En Quito, hoy quince de abril del dos mil once, a las dieciocho horas, notifico por boletas con el auto que antecede al Fiscal General en el casillero N°.- 1207, al Procurador General del Estado en el casillero No. 1200; y, a Juan Mesías Camino Árias en los casilleros judiciales N° 5711, 559 y 5387.- Certifico.

Razón.- Siento por tal que la fotocopia que antecede es igual a su original. Quito, 8 de septiembre del 2011.

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

N° 90-10-OR

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE LO PENAL

Quito, 17 de mayo del 2011, las 16h30.

VISTOS.- El procesado Olger Euclides Chávez Valle, interpone recurso de revisión de la sentencia dictada por la Segunda Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, que declara improcedente el recurso de casación, dejando en firme el fallo dictado por el Tribunal Segundo de Garantías Penales de Chimborazo, que lo declaró autor y responsable del delito de asesinato tipificado y sancionado en el Art. 450 No. 1 del Código Penal, a quien en consideración de las atenuantes justificadas le impone la pena de doce años de reclusión mayor extraordinaria; siendo el estado procesal el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO.-** Atenta la razón actuarial que antecede, y al no haber concurrido el abogado del recurrente en el día y hora señalados para que tenga lugar la audiencia oral pública y contradictoria, ha sido imposible dar cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 366 del Código de Procedimiento Penal.- **SEGUNDO.-** Cabe anotar que ha sido el propio abogado del recurrente el que no ha hecho ejercicio del derecho a la defensa que consagra la Constitución de la República, así como ha impedido que esta Sala pronuncie sentencia conforme lo prevé el Art. 358 ibídem, transgrediendo de esta forma lo establecido en el Art. 26 del Código Orgánico de la Función Judicial.- **TERCERO.-** En aplicación del principio de debida diligencia, consagrado en el Art. 172 de la Constitución de la República del Ecuador y Art. 20 del Código Orgánico de la Función Judicial e innumerado agregado luego del Art. 326 del Código de Procedimiento Penal, reformado, se declara el abandono del recurso de casación interpuesto por el procesado Olger Euclides Chávez Valle. Devuélvase el proceso al juzgador de origen para los fines de ley.

Notifíquese.

f.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada y Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.

Certifico:

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

Razón.- Siento por tal que la fotocopia que antecede es igual a su original.- Quito, 8 de septiembre del 2011.

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

Corte Penal Militar que confirma la sentencia condenatoria dictada por el Juez de Derecho de la Primera Zona Militar, rectificando la adecuación típica de los Arts. 184 y 185, numerales 3 y 4, por el Art. 190, numeral 3 del Código Penal Militar, y le condenó a cuatro meses de prisión correccional, siendo el estado procesal el de resolver, para hacerla se considera: **PRIMERO.-** Atenta la razón actuarial que antecede, y al no haber concurrido el abogado del recurrente en el día y hora señalados para que tenga lugar la audiencia oral pública y contradictoria, asistiendo únicamente el delegado de la Fiscalía General, ha sido imposible dar cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 366 del Código de Procedimiento Penal.- **SEGUNDO.-** Cabe anotar que ha sido el propio abogado del recurrente el que no ha hecho ejercicio del derecho a la defensa que consagra la Constitución de la República, así como ha impedido que esta Sala pronuncie sentencia conforme lo prevé el Art. 367 ibídem.- **TERCERO.-** En aplicación del principio de debida diligencia, consagrado en el Art. 172 de la Constitución de la República del Ecuador y Art. 20 del Código Orgánico de la Función Judicial, se declara el abandono del recurso de revisión formulado por Luis Rolando Quinabanda Chacán.

Notifíquese. Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada y Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.

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

Razón.- En Quito, hoy cinco de abril del dos mil once, a las dieciocho horas, notifico por boletas con la providencia que antecede al Fiscal General en el casillero No 1207, a Luis Rolando Quinabanda Chacán, en los casilleros No. 2400 y 6210; y, a Cbop. José Manuel Merizalde Yaguachi en el casillero No. 3836.

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

RAZON.- En cumplimiento a lo dispuesto por esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional, en providencia de 9 de mayo del 2011, en esta fecha envió a la Sala de Sorteos de la Corte Provincial de Pichincha, el juicio No. 266-10-or, seguido por José Merizalde Yaguachi, en contra de Marco Enrique Manobanda Guachi y otro, por hurto y falsificación de firma, compuesto de doscientos tres fojas (203), dos cuerpos (2); y el auto dictado por esta Sala en una (1) foja útil. Quito, 23 de mayo del 2011.

Razón.- Siento por tal que la fotocopia que antecede es igual a su original.- Quito, 8 de septiembre del 2011.

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

N° 266-10-OR

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE LO PENAL

Quito, 4 de abril del 2011, las 17h20.

VISTOS.- El procesado Luis Rolando Quinabanda Chacán, interpone recurso de revisión de la sentencia dictada por la

No. 428-10-OR

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE LO PENAL

Quito, 20 de abril del 2011, las 17h00.

VISTOS.- El procesado Fabián Enrique Maldonado Anrango, interpone recurso de revisión de la sentencia dictada por el Primer Tribunal de Garantías Penales de Imbabura, que lo encuentra autor del delito de violación sexual, tipificado y sancionado por los Arts. 512 numeral 3 y 513 del Código Penal; sin considerar atenuantes por existir varias agravantes no constitutivas ni modificatorias de la infracción, por haber actuado con alevosía, sobre seguro, con ensañamiento, buscando la noche, el despoblado y en pandilla, circunstancias previstas en los numerales 1 y 4 del Art. 30 del Código Penal; y, ser la víctima menor de dieciocho años de edad, prescrita en los numerales 1 del Art. 30.1 y Art. 29.1 ambos del Código Penal, por lo que le impone la pena de dieciséis años de reclusión mayor extraordinaria; siendo el estado procesal el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO:** Incorpórese al proceso la Delegación presentada por el Dr. Pablo Durán, Funcionario de la Fiscalía General del Estado; **SEGUNDO.-** Atenta la razón actuarial que antecede, y al no haber concurrido el abogado del recurrente en el día y hora señalados para que tenga lugar la audiencia oral pública y contradictoria, asistiendo únicamente el delegado de la Fiscalía General, ha sido imposible dar cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 366 del Código de Procedimiento Penal.- **TERCERO.-** Cabe anotar que ha sido el propio abogado del recurrente el que no ha hecho ejercicio del derecho a la defensa que consagra la Constitución de la República, así como ha impedido que esta Sala pronuncie sentencia conforme lo prevé el Art. 367 ibidem.- **CUARTO.-** En aplicación del principio de debida diligencia, consagrado en el Art. 172 de la Constitución de la República del Ecuador y Art. 20 del Código Orgánico de la Función Judicial, se declara el abandono del recurso de revisión formulado por Fabián Enrique Maldonado Anrango.- Notifíquese.

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada y Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.

Certifico, Secretario Relator, Dr. Hermes Sarango Aguirre.

Razón.- Siento por tal que la fotocopia que antecede es igual a su original.- Quito, 8 de septiembre del 2011.

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

N° 488-10-OR

EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL
ECUADOR. Y POR AUTORIDAD DE LA
CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICAJUEZ PONENTE DR MILTON PEÑARRETA
ÁLVAREZ.

(Art. 185 de la Constitución de la República del Ecuador).

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE LO PENAL

Quito, 13 de abril del 2011, las 17h20.

VISTOS.- El agraviado Fredy Anibal Ortiz Orbe interpone recurso de casación de la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que lo encuentra, autor de delito de lesiones tipificado y sancionado por el Art. 463 inciso primero del Código Penal, reformando la sentencia dictada por el Juez Séptimo de Garantías Penales de Pichincha, y lo condena a la pena de ocho días de prisión correccional y que en aplicación del artículo 82 del Código Penal suspende su cumplimiento.- Siendo el estado de la causa, el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1; Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el R.O. No. 449 de 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; Resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre de 2008, publicada en el RO. No. 511 de 21 de enero del 2009 y el sorteo de ley respectivo. **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.-** Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad; por lo que este Tribunal del Alzada declara la validez de esta causa penal. **TERCERO.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.-** Fredy Anibal Ortiz Orbe, al fundamentar el recurso en la parte principal dice: El recurso de casación va dirigido contra la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Penal de la Corte Provincial, debido a que el fallo es ilegal, parcializado y atentatorio contra expresas disposiciones de la ley, los jueces de la Sala en algo tratan de componer la sentencia dictada por el juez, que dice que no hay responsabilidad penal, a pesar de que consta de autos el examen médico con el que se probó que las lesiones que le produjo el procesado al acusador particular, le ocasionaron una incapacidad de 3 días, y que luego hay una extensión del informe médico, en el que dice que la incapacidad pasa de 9 días, y no sobrepasa los 30 días; por lo que hay errónea interpretación y aplicación de la ley, cuando los jueces de la Sala lo sentencian de acuerdo con el artículo 463 del Código Penal y le imponen la pena de 8 días, sin tomar en cuenta que esa norma sanciona con 15 días a 3 meses prisión.- Mientras que el artículo que correspondía legalmente a los hechos es el 464 ibidem, que dispone una pena de 2 meses a un año; tampoco se toman en cuenta las

agravantes 1 y 4 del artículo 450 del Código Penal, aplicables al caso. Repito, aún en el supuesto de que hubiera tenido que juzgarse conforme al artículo 463, éste habla de que la pena es de 15 días a 3 meses de prisión, pero la Sala lo sentencia a 8 días sin hacer constar si aplicó atenuantes para modificar la pena. Es evidente que el acusado por ser mayor del ejército goza de ciertos privilegios, por lo que pese al informe médico del perito acreditado con el que se comprueba su responsabilidad y la gravedad de la lesión, se hace valer certificados de honorabilidad de personas subordinadas al procesado, lo que no se debía aceptar; además, existen circunstancias agravantes como que es una persona que está preparada para la guerra, que la infracción se cometió con alevosía y ensañamiento; por lo que solicita se case la sentencia y se lo sancione de conformidad con lo dispuesto en el artículo 464 del Código Penal, con las agravantes 1 y 4 del artículo 450 Código Penal.

CUARTO.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.- 1.- La Casación de acuerdo con el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal se contrae a examinar si en la sentencia definitiva 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, lo que no ha sucedido en el presente caso. En este juicio técnico jurídico, la Sala no está facultada para revisar nuevamente todo el proceso, ni puede entenderse como una nueva instancia, lo que le impide realizar una nueva valoración del acervo probatorio, a lo que se contrae este recurso y lo que le corresponde a esta sala es el análisis sobre la legalidad de la sentencia. **2.-** La Sala de la Corte Provincial, haciendo uso de su independencia y de la sana crítica, ha arribado a las conclusiones jurídicas que constan en el fallo, porque sus jueces tienen el convencimiento de que se encuentra demostrada la materialidad de la infracción y la responsabilidad penal del encausado, sentenciándole a la pena que le correspondía. **3.-** En la fundamentación se ha argumentado que se le debía juzgar de acuerdo con el artículo 464 del Código Penal y no por el artículo 463 ibidem como se lo ha hecho, lo que implica el aumento de la pena impuesta por el Tribunal A-quo. **4.-** Del examen de la sentencia esta Sala ha establecido que no existe violación a la ley en ninguno de los presupuestos del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, lo que si se evidencia es una omisión del Tribunal juzgador al no haber hecho constar en la parte resolutive que la pena impuesta de 8 días obedece a las atenuantes que el procesado ha justificado en autos, razón por la cual se llama la atención a los jueces provinciales de la Primera Sala Penal de este Distrito, a fin de que en lo posterior tengan más acuciosidad en la redacción de sus fallos. **5.-** Por estas consideraciones la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por Fredy Aníbal Ortiz Orbe y dispone que se devuelva el proceso al Tribunal de origen.-

Notifíquese.

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada, y Dr. Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.

Certifico, Secretario Relator, Dr. Hermes Sarango Aguirre.

Certifico que la presente es fiel copia del original.- Quito, 25 de abril del 2011.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator, Primera Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia.

No. 512-10-0R

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

Quito, 17 de mayo del 2011, las 17h35.

VISTOS.- La querellante Mariana de Jesús Sarmiento Díaz, interpone recurso de casación de la sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte de Justicia de Loja, que desecha la apelación interpuesta, y confirma la sentencia dictada por el Juez Segundo de Garantías Penales de Loja, que por improcedente no aceptó la querrela planteada por Mariana de Jesús Sarmiento Díaz en contra de Eduardo Vivanco Celi, y declaró que la acusación privada no es maliciosa ni temeraria; siendo el estado procesal el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO.-** Agréguese a los autos el escrito presentado por el Dr. Luis Eduardo Vivanco Celi; **SEGUNDO.-** Atenta la razón actuarial que antecede, y al no haber; concurrido el abogado de la recurrente en el día y hora señalados para que tenga lugar la audiencia oral pública y contradictoria, ha sido imposible dar cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 352 del Código de Procedimiento Penal.- **TERCERO.-** Cabe anotar que ha sido el propio abogado de la recurrente el que no ha hecho ejercicio del derecho a la defensa que consagra la Constitución de la República, así como ha impedido que esta Sala pronuncie sentencia conforme lo prevé el Art. 358 ibidem, transgrediendo de esta forma lo establecido en el Art. 26 del Código Orgánico de la Función Judicial.- **CUARTO.-** En aplicación del principio de debida diligencia, consagrado en el Art. 172 de la Constitución de la República del Ecuador y Art. 20 del Código Orgánico de la Función Judicial e innumerado agregado luego del Art. 326 del Código de Procedimiento Penal, reformado, se declara el abandono del recurso de casación interpuesto por la acusadora particular Mariana de Jesús Sarmiento Díaz. Devuélvase el proceso al juzgador de origen para los fines de ley. Notifíquese.

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada, y Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.

Certifico, Secretario Relator, Dr. Hermes Sarango Aguirre.

Razón.- Siento por tal que la fotocopia que antecede es igual a su original. Quito, 8 de septiembre del 2011.

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

N° 548-10-OR

EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA.**JUEZ PONENTE:** Dr. Hernán Ulloa Parada.

(Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial).

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

Quito, 18 de abril del 2011.- Las 14h30.

VISTOS: Mediante sentencia expedida el 26 de julio del 2006, a las 08H00, el Segundo Tribunal Penal de Loja, le impuso a IVAN VICENTE ANALUIZA ALAVAREZ, la pena de cuatro años de reclusión mayor ordinaria por considerarlo autor del delito de peculado tipificado y sancionado en el Art. 257 del Código Penal, resolución de la cual, el procesado, formula recurso de revisión. Una vez tramitado el recurso de revisión conforme a derecho, para resolver, se considera: **PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.-** Esta Sala tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver el recurso de revisión interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1 y la Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador publicada en el R.O. No. 449 de 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa: 001-08-SI-CC de fecha 28 de noviembre de 2008, dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 de 2 de diciembre de 2008; la Resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre del 2008; y publicado en el R.O. No. 511 de 21 de enero del 2009; en nuestras calidades de Jueces Nacionales de esta Primera Sala Penal y el sorteo de ley respectivo, avocamos conocimiento de la presente causa. **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad; por lo que se declara la validez de esta causa penal. **TERCERO: FUNDAMENTACION DEL RECURSO DE REVISIÓN.-** El recurrente IVAN VICENTE ANALUIZA ALAVAREZ, en el día hora señalado para que tenga lugar la audiencia oral, pública y contradictoria, llevada a efecto el día martes uno de marzo del dos mil once, a las nueve horas diez minutos, por intermedio de su defensor doctor Luis Daniel Cordero Espinoza, quien en lo principal, manifiesta: Que ha interpuesto recurso de revisión de la sentencia dictada por el Tribunal Segundo de Garantías Penales de Loja, en la que se declara a Iván Vicente Analuisa Álvarez, autor del delito de peculado, tipificado y sancionado en el artículo 257 del Código Penal reformado y artículos 29 y 72, regla tercera del mismo cuerpo de leyes, de conformidad con el artículo 359 y 360 numeral 6 del Código de Procedimiento Penal; que el recurso de revisión se presenta porque el proceso ha sido atípico en cuanto a la tramitación, por las interpretaciones antojadizas del tribunal y porque se han violado normas constitucionales, en virtud de que se han iniciado dos juicios diferentes por la misma causa; que el procesado entró a laborar el 1 de agosto de 1995 hasta el 12 septiembre del 2002, en que renunció, en

esta fecha se realiza un arqueo de las cajas de las ventanillas 2 y 3 que se encontraban a cargo del recurrente, quien era recaudador, encontrando depósitos no ejecutados por un valor de (3.991,41) tres mil novecientos noventa y un dólares con cuarenta y un centavos. El Presidente de la Empresa Eléctrica presenta denuncia ante el Ministerio Público, y comienza la indagación previa, el 20 de septiembre del 2002, se inicia la instrucción fiscal, y se radica competencia ante un juez penal de Loja; que se firma un acta de reconocimiento de la deuda por el valor antes indicado y el procesado firma una letra por el total del valor y lo entrega a la Empresa Eléctrica; que después Iván Vicente Analuisa Álvarez entrega un vehículo de su propiedad como parte del pago, quedando saldo de mil novecientos cuarenta y un dólares (1941), posteriormente la empresa eléctrica le devuelve el vehículo para que lo venda, pague la deuda y deposite los valores con lo que queda saldada la deuda, por lo que no hay peculado sino depósito tardío; que el representante legal de la Empresa Eléctrica solicita entonces, la conversión de la acción al fiscal, lo cual obra de autos; que el 10 de octubre del 2002, el fiscal da paso a la conversión y el 14 de octubre 2002, el juez la acepta y se convierte en juicio de acción privada, como se sustanció hasta el final y es así como finaliza el primer enjuiciamiento. Luego, cuando el señor Iván Analuisa salió del Ecuador y creyendo solucionados los problemas y se va a radicar en España, cuando se enteró que ha habido otro faltante adicional y se presenta una nueva denuncia en la Fiscalía, por los mismos hechos y se inicia otro proceso el 21 de enero del 2003, radicándose la competencia donde el mismo juez; que el 28 de enero del 2003 se inicia la etapa de indagación previa, por los mismos hechos en un segundo proceso, violando los derechos constitucionales del procesado y termina dicha indagación en 35 meses, se reciben 2 versiones y se hace el reconocimiento de lugar de la infracción. Posteriormente el 7 de diciembre del 2005, se resuelve el inicio de la instrucción, que es otra fase atípica porque dura 5 meses, se radica la competencia y como no le pueden notificar con el inicio de la instrucción fiscal; le notifican a un defensor público. La etapa de instrucción fiscal es muy escueta, y el defensor público que tenía la obligación de defenderlo no presenta ni un escrito señalando casillero judicial y así se tramita la instrucción dejando en indefensión al señor Iván Analuisa, con lo que se transgrede el numeral 7 del artículo 76 de la actual Constitución, antes numeral 10 del artículo 24 de la Constitución, es decir, que no se cumplió con la garantía del debido proceso, porque a su defendido se le ha quitado el derecho a la legítima defensa a través del defensor público, quien ni siquiera señaló casillero judicial, con esta precaria instrucción fiscal, se pasa a la audiencia de juzgamiento donde también hay un cúmulo de irregularidades, la Contraloría que hasta ese momento no había actuado, pide recién aquí, en la audiencia un peritaje, sin ser parte procesal empieza a actuar prueba, mientras en esa diligencia existen los testimonios de los funcionarios de la Empresa Eléctrica y el informe de auditoría interna de la misma empresa que dicen que no existe perjuicio a la institución, el examen presentado por la Contraloría se agrega sin haber sido anunciado, no fue pedido, ordenado, practicado e incorporado al juicio conforme las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, sino que se lo incorpora sin siquiera manifestar la Contraloría que iba a presentar esa prueba, nunca supo la defensa del procesado que había esta prueba, con lo que se irrespetó el

debido proceso. El informe de Auditoría Interna jamás paso a conocimiento de la Contraloría, incumpliendo el artículo 17 de la Contraloría General del Estado, ya que, por mandato constitucional le tocaba a esta institución determinar las responsabilidades civiles o penales, como se ha pronunciado en algunos fallos la Corte Nacional de Justicia; que el artículo 17 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado dice: “[...] Las unidades de auditoría interna de gestión, para efecto de determinación de las responsabilidades correspondientes, enviarán a la Contraloría General del Estado, ejemplares de sus informes, en el término de ocho días contados desde la fecha de suscripción, conjuntamente con la documentación probatoria de los hechos informados.”. No podía intervenir la Contraloría en la audiencia de juicio cuando no determinó responsabilidades en contra del recurrente, es decir, que debía respetarse el principio de presunción de inocencia. El artículo 39 *ibidem*, dice: “Determinación de responsabilidades y seguimiento.- A base de los resultados de la auditoría gubernamental, contenidos en actas o informes, la Contraloría General del Estado, tendrá potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles, culposas e indicios de responsabilidad penal [...]”, en todo caso la acusación debía acreditar los perjuicios de quienes entregaron el dinero en la ventanilla, pero nunca comparecieron; además, el informe de auditoría interna nunca fue aprobado por la Contraloría General. En el memorando de antecedentes consta que existió actitud negligente grave, pero no indicios de responsabilidad penal; que toda persona es inocente hasta que no la declare culpable el juez competente, para enervar la presunción de inocencia le correspondía a la acusación probar que el acusado había cometido el delito de peculado por el que se lo acusa, y la labor del juzgador es verificar si la conducta se adecúa al tipo penal y no hacer lo contrario. El peculado es un delito doloso que necesita ciertas características, así, debe llevar un correlativo perjuicio a la entidad pública, daño que no se verificó. Que el numeral 3.3 de la sentencia impugnada, dice: “Es indudable, que los resultados constantes en los informes tanto del auditor interno de la Empresa Eléctrica Regional del Sur como del perito presentado por la Contraloría ingeniero Rodrigo Rojas Morillo, revelan la verdad en cuanto se refieren a la objetividad de la infracción penal identificada como peculado; esto es, el perjuicio irrogado a diferentes clientes en la forma como lo hizo, utilizando métodos fraudulentos, entregándole la copia a contabilidad de los dineros recaudados en la ventanilla, anulada.”, por tanto el perjuicio era a las personas, no a la Empresa. Cuando peculado es el perjuicio a la entidad no a los clientes. Adicionalmente la prueba documental no tiene eficacia probatoria porque jamás se le notificó al señor Analuisa para que ejerza su derecho a la defensa. Además, no es viable que los tribunales dividan el hecho ilícito para realizar varios juicios, e imponer varias penas, finalmente no solo hay violación a principios constitucionales, sino también a normas procesales y penales, nunca pudieron demostrar que haya causado perjuicio a la Institución como lo exige el artículo 257 Código Penal, para que haya existido peculado, por lo que solicita se revoque la sentencia; que no es cierto que haya faltante, todo fue restituido, no hay perjuicio económico. Concluye solicitando se revise el caso y se absuelva a su defendido. **CUARTO: DICTAMEN FISCAL.-** La Dra. Elsa Moreno Orozco, delegada del Fiscal General del Estado, manifiesta: El Art. 257 del

Código Penal contiene dos presupuestos que no pueden faltar para que haya peculado, el uno que el infractor sea funcionario público o que tenga en su cargo fondos públicos, maneje los fondos públicos y el segundo que disponga de cualquier forma de esos bienes muebles o finiquitos de los cuales es custodio y que deben ser restituidos conforme fueron confiados. Los dos requisitos están comprobados en la misma exposición de la defensa, el señor fue empleado por 7 años en la Empresa Eléctrica de Loja como recaudador, tenía que recibir el dinero de las personas e ingresarlo al Estado; pero se dispuso de ese dinero que lo devolvió después, es decir, que ya existió el abuso; que la Auditoría interna establece el perjuicio, también lo hace Contraloría, después de que restituyó se estableció el faltante de un mil setecientos dólares más, que no avanzó a devolver, el hecho de devolver no enerva la acción penal, el delito lo cometió y trató de arreglar la situación, por lo que la Fiscalía General, pide que el recurso sea desechado, ya que era funcionario público y se distrajo el dinero, por lo que existe el faltante, en atención a lo cual insiste en que debe ser rechazado el recurso de revisión.

QUINTO: APRECIACION DOCTRINARIA SOBRE LA REVISION.- El Procedimiento Penal tiene como finalidad llegar a la imposición de una pena respetando la verdad procesal, así como la verdad real, si esto es así, resulta razonable la legitimidad de la sanción por un acto adecuadamente típico y antijurídico. Frente a la posibilidad de un error judicial en la apreciación correcta de los hechos, surge la necesidad de la reparación mediante el mecanismo de un recurso de excepción como es la revisión, asumiendo el riesgo de la vulnerabilidad de la cosa juzgada. En virtud de la *cosa juzgada*, la sentencia en firme es generalmente inatacable e impugnabile cuando se han agotado los términos para la interposición de los recursos, o cuando habiendo sido interpuestos, el Tribunal de Alzada ha ratificado la resolución del juez *a quo*. Para el profesor CLARIA OLMEDO en su *Derecho Procesal Penal*, es objetable considerar a la revisión como un recurso en sentido estricto expresando que: “mejor parece considerarlo como una acción impugnativa que persigue la revocación de una sentencia firme y anulación del proceso en que se pronunció, fundándose en circunstancias nuevas para la causa por ser recién conocidas o haberse presentado con posterioridad”. Por su lado, el profesor Jorge Vásquez Rossi, enseña: “*Es un recurso excepcional, verdaderamente extraordinario, que tiende a palear injusticias notorias y que aparece justificado por los valores en juego dentro del proceso penal*” (Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Rubinzal-Curzoni Editores, Tomo 11, 2004, página 499).- Esta característica excepcional puede contraerse a dos situaciones: a) En primer lugar y conforme a las distintas legislaciones, la revisión se produce cuando aparecen del proceso contradichos o incongruencias entre la conducta declarada y su real situación; y, b) Cuando no se han observado algunos presupuestos del delito, como las causas de justificación, el principio de proporcionalidad de la pena o la condición más favorable o benigna de la norma penal, así como las circunstancias eximentes o excluyentes y atenuantes de la conducta y de la pena. Al respecto, el ilustre profesor argentino, Lino Enrique Palacio, sostiene que: “*el denominado recurso de revisión puede definirse como el remedio procesal que, dirigido contra las sentencias condenatorias, pasadas en autoridad de cosa juzgada tiende, en un aspecto, a demostrar, mediante la alegación de circunstancias ajenas al proceso fenecido por*

ser sobrevinientes o desconocidas al tiempo de dictarse la sentencia final, que el hecho no existió o no fue cometido por el condenado o encuadra en una norma más favorable y, en otro aspecto, a lograr la aplicación retroactiva de una ley más benigna que la aplicada en el fallo. Funciona, pues, por una parte para invalidar, frente a la concurrencia de motivos de excepción, la sentencia que condenó a un inocente, o para obtener la morigeración de la pena aplicada al culpable ... “ (Los Recursos en el Proceso Penal, Buenos Aires, Abeledo - Perrot, Segunda Edición actualizada, 2001, pp. 209 - 210).- Nuestra legislación, como característica exclusiva, ha previsto además de los presupuestos universales, una revisión in iure, al establecer en la regla 6 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal como una causa más para la procedencia de este recurso, el “no haberse comprobado conforme a derecho la existencia de la infracción”; esto implica que para la imposición de una pena, se ha de establecer formalmente la existencia de todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo del delito.- Así pues, cuando la voluntad del agente está dirigida hacia un fin específico, su proceder es doloso. Al efecto, “El dolo, en su relación con el delito, es la dirección de la voluntad a la comisión de una de las acciones previstas en las leyes penales; por lo tanto, la comisión dolosa de un delito supone la efectuación voluntaria de los caracteres constitutivos de ese delito...” (Adolf Merkel, Derecho Penal - Parte General, Buenos Aires, Editorial B de F, traducción de Pedro Dorado Montero, reimpresión 2006, p. 82). **SEXTO: ANÁLISIS DE LA SALA.- UNO.-** El recurso de revisión es un mecanismo legal para dejar sin efecto una sentencia condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada, para lo cual, la Ley determina que se deben aportar nuevas pruebas, excepto si se alega que no se hubiere comprobado conforme a derecho la existencia del delito. La Constitución vigente, nos obliga a una nueva lectura del derecho, y de manera especial del derecho penal, ámbito en el cual los derechos fundamentales se encuentran especialmente en peligro por lo que se torna necesario recurrir a éste como última opción para la protección de bienes jurídicos que no son tutelados por otras ramas del derecho. Al respecto, el tratadista español Santiago Mir Puig, señala: “El derecho penal de un estado social y democrático debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que ha de tender a la prevención de delitos (Estado Social), entendidos como aquellos comportamientos que los ciudadanos estimen dañosos para sus bienes jurídicos (Estado Democrático). Un derecho penal de esta naturaleza debe, pues, orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad”. (El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático, Pág. 36). Las características enunciadas, así como el carácter fragmentario, subsidiario y residual del derecho penal, nos obligan a un entendimiento del mismo, desde la protección de la libertad como derecho fundamental. Es por ello, que la dogmática penal se convierte en una herramienta imprescindible para la racionalización de las decisiones judiciales, así como para la adecuada actuación de los demás operadores jurídicos; **DOS.-** De lo actuado en el proceso, resulta evidente que el juzgador se extralimitó en la apreciación de la prueba e hizo una interpretación extensiva de la misma, violando con ello lo previsto en el Art. 4 del Código Penal, en relación con el Art. 15 del Código de Procedimiento Penal; **TRES.-** El Art. 304 A del

Código de Procedimiento Penal, dice: “La sentencia debe ser motivada y concluirá declarando la culpabilidad o confirmando la inocencia del procesado; en el primer caso, cuando el tribunal de garantías penales tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es el responsable del mismo; y en el segundo caso, si no se hubiera probado la existencia del delito o la responsabilidad del procesado, o cuando existiere duda sobre tales hechos”. Por su lado, el Art. 312 del Código de Procedimiento Penal, en lo pertinente preceptúa: “Condena. La sentencia que declare la culpabilidad” deberá mencionar como se ha comprobado conforme a derecho la existencia del delito y la responsabilidad del acusado; determinará con precisión el delito por el cual se condena y la pena que se impone ...”. Por su parte, el Art. 11, numeral quinto de la Constitución de la República, manifiesta: “En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia”; **CUATRO.-** El Art. 257 del Código Penal en la parte pertinente al caso, prescribe: “Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años, los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que, en beneficio propio o de terceros, hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista el abuso en desfaldo, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. La pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional...”. Al respecto, del peculado ha señalado Francisco J. Ferreira D., en su obra “Delitos contra la Administración Pública”, tercera edición, Editorial Temis S.A., Santa Fé de Bogotá, 1995, pág. 14, respecto al peculado dice: “... el peculado es el delito que comete el funcionario encargado de administrar bienes, ya de propiedad del Estado o de los particulares, pero puestos bajo administración estatal, apropiándose de ellos o usándolos indebidamente.”. Por su lado, el Compendio de Setenta Años de Jurisprudencia, en la pág. 385, señala: “Los elementos constitutivos de este delito (PECULADO), son los siguientes: a) sujeto activo que sólo puede ser “un empleado público o la persona encargada de un servicio público”, en cuyo poder se encontraren los bienes en virtud o razón de su cargo; b) El objeto material existente, según los términos de la ley: dineros públicos o privados, efectos que lo representen, piezas, títulos o documentos o efectos mobiliarios, que como dicho, que en razón del cargo estuvieren en poder del empleado público o encargado del servicio público; c) La conducta que estriba en “abusar” de tales bienes ya consista el abuso, en desfaldo, malversación de fondos, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante, de forma que radique siempre en actos de apropiación o distracción que dice la doctrina, contenidos en beneficio propio o de terceros, pues ha de advertirse que si bien el verbo rector conforme la ley ecuatoriana es “abusar”, no puede desligarse en dicho abuso de la “forma” en que se comete, lo cual puede ser únicamente las señaladas en la ley; d) El elemento psicológico que es la voluntad del abuso mediante desfaldo, malversación, disposición arbitraria, o cualquier otra forma semejante, a sabiendas que se trata de bienes pertenecientes a la administración pública y con el fin de obtener provecho

propio o de un tercero. El peculado en consecuencia es un delito doloso, nuestra legislación no establece la modalidad de culposo que si existe en otras legislaciones referidas a la malversación; e) El resultado que radica en lo que algunos autores denuncian “el cambio del vínculo” o relación de la cosa con el agente, en virtud de la apropiación o de la distracción. Objeto del peculado, es la lesión que se infringe al patrimonio público, por parte del funcionario que, violando sus deberes de probidad y fidelidad; es decir, dolosamente se apropia o distrae de bienes que le fueron confiados en razón de su cargo. Por consiguiente, el peculado es una figura típica dolosa, que exige el abuso de los recursos públicos y privados; **CINCO.-** Cabe recalcar que el tipo penal de peculado es doloso por lo que se hace necesario dejar establecido lo que la jurisprudencia y la doctrina ha señalado del dolo y al efecto, según **Raúl Plascencia Villanueva**, en su obra *Teoría del Delito*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, pág. 113 y ss., refiriéndose al dolo y la culpa, manifiesta: “El dolo y la culpa constituyen, en términos del estado actual de la evolución de la dogmática penal, elementos del tipo penal, lugar resultante de su ubicación a nivel de la acción por parte de la teoría final de la acción, la cual hoy se percibe como dominante en la dogmática penal, cuestión por la que debemos desterrar todo planteamiento que pretenda analizarlo como forma especie o elemento de la culpabilidad ... El dolo ha constituido durante el transcurso de la historia uno de los elementos subjetivos de mayor relevancia ... En los inicios de la teoría del dolo se le concibió a partir de la teoría de la voluntariedad, desarrollándolo como una consecuencia directa que el autor ha previsto y deseado; sin embargo, esta idea fue superándose, hasta que se sustituyó por la representación bajo la base de que no permitía definir el dolo eventual. Las ideas expuestas por Mayer permitieron resolver el dilema del dolo eventual mediante la teoría de la representación al señalar que la producción contraria al deber de un resultado típico es dolosa no sólo cuando el autor se representa el resultado que sobrevendrá al emprender la acción, sino también cuando esa representación no le movió a cesar en su actividad voluntaria. Lo anterior, dio lugar al desarrollo de la teoría de la voluntad y de la representación en torno al dolo ... En la doctrina causa lista clásica, el dolo se concebía como *dolus malus*. Contenía como tal, dos aspectos: a) el conocimiento y voluntad de los hechos, y b) la conciencia de su significación antijurídica (conocimiento del derecho). Actualmente, en virtud de los aportes derivados de la teoría final de la acción es preferible utilizar un concepto más restringido de dolo, que se entiende como dolo natural, concepción diversa de la propuesta del finalismo ortodoxo, en la que el dolo incluía únicamente el conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo del injusto y no requiere que se advierta que dicha realización es antijurídica (no incluye la conciencia de la antijuridicidad ... *El dolo directo de primer grado o intención* En este primer caso el dolo de primer grado o intención se refiere al autor que persigue la acción típica o, en su caso, el resultado requerido por el tipo, dominando el factor de voluntad. La intención en el sentido anterior se reduce a una cuestión eminentemente subjetiva que alcanza la concreción del tipo penal situándose más allá del tipo objetivo y que acorde con el tipo se debe tener presente pero que no precisa alcanzar. En efecto, la intención es retomada por el legislador en diversos tipos, los cuales aluden a eventos futuros, refiriéndose a la intención

no como dolo, sino a nivel de la certeza, la duda o el desconocimiento ... El dolo directo (*dolus directus*) constituye una de las manifestaciones del dolo al revestir la producción de un resultado típico con la conciencia de que se quebranta un deber jurídico en pleno conocimiento de dicha circunstancia y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere. Lo cual se traduce en la concurrencia en el autor del conocimiento de lo que va a realizar en relación con el tipo y en especial la previsibilidad de la producción de un resultado típico, siendo el conocimiento el aspecto central. La manera como el legislador acostumbra designar el dolo directo es mediante la idea de “conociendo” o “sabiendas” ... **ELEMENTOS DEL DOLO:** A. *El conocimiento:* El conocimiento de lo que se pretende hacer es uno de los elementos exigidos por el dolo, pero cuáles son las características de dicho conocimiento. En principio, debe ser actual, es decir, en el momento mismo en que el autor despliega su comportamiento y debe referirse a los elementos del tipo objetivo que está concretando. Empero, no todos los elementos del tipo objetivo son factibles de conocer de una misma manera, por ejemplo, los normativos exigen de una valoración jurídico-social incluso requieren de un conocimiento técnico: por ejemplo un título de crédito, el servicio público, las armas de uso exclusivo del ejército y fuerzas armadas, ameritan una reflexión jurídica y una respuesta de la ley, siendo distinto el conocimiento que puede tener una persona con instrucción jurídica en comparación con quien adolezca de ésta: sin embargo, la exigencia de la ley es el conocimiento simple que se pueda tener de dichos conceptos ... Por otra parte, los elementos descriptivos requieren la percepción de los sentidos por ejemplo las lesiones que se infieren a una persona durante una riña suponen el conocimiento de la violencia que se está ejerciendo para dañar al oponente. En relación con el conocimiento, éste puede anularse con motivo del error sea sobre los presupuestos o bien sobre los elementos del tipo, con las posibilidades de ser vencible o bien invencible, el primero existe en aquellos casos en que el sujeto activo no tiene la posibilidad de conocer la realidad típica objetiva no valorativa a pesar de ponerse en juego el cuidado posible y adecuado para no caer en una falsa apreciación, en tanto el vencible aparece cuando el sujeto por no haber desplegado el cuidado posible y adecuado produce la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Los efectos del error son diversos, así, tratándose del invencible, no existe el dolo ni la culpa y para el caso del segundo se elimina la posibilidad del dolo pero no de la culpa. B. *Querer:* En materia de voluntad, vale la pena recordar la idea respecto de la libertad de voluntad que se origina en la libertad individual del ser humano, su aparición en la concreción del tipo, por ejemplo, el que desea dañar el patrimonio de otra persona y lo logra. En el sentido anterior la voluntad es una definición del sujeto activo sobre un objeto conocido y puede presentarse de manera deliberada o indeliberada. Pero en cuáles casos puede afirmarse que el sujeto quiere realizar su comportamiento; podríamos señalar que será cuando acepta el resultado anticipadamente, sea por representación o bien porque aparece como probable sin que tal probabilidad sea suficiente para detenerlo en la realización de su propósito, o bien en la omisión del deber que está obligado a acatar. El querer puede ser anulado en un momento determinado por la presencia de fuerzas externas irresistibles denominadas

como *vis absoluta*, *vis mayor* y los actos reflejos. La *vis absoluta* y la *vis mayor* son fuerzas físicas, externas e irresistibles que, por recaer sobre el cuerpo del sujeto impiden en el caso concreto, al querer típico, la primera es atribuible al ser humano y la segunda a las fuerzas de la naturaleza. Los actos reflejos se entienden como reacciones del cuerpo humano involuntarias en respuesta a estímulos externos ... El tratamiento de esta figura descansa en una base fundamental: si el dolo supone el conocimiento y el querer realizar un determinado comportamiento, al existir error en el sujeto activo, la parte relativa al conocimiento no se concreta por consecuencia el dolo se excluye. Por otra parte si lo que hace falta es el conocimiento de los elementos del tipo calificado, entonces se integra el tipo básico y para el caso de que el error se deba a una conducta culposa, entonces debe sancionarse por la concreción del tipo de manera culposa. si es que la ley prevé dicha posibilidad...". En cambio, si es vencible y la conducta imprudente está tipificada, el autor responderá por este delito...". En el caso sub lite, con facilidad se puede determinar con claridad que la conducta del procesado no hay dolo directo, pues no quiso ni previó el resultado y en ningún momento puso en peligro ni lesionó con su actuar ningún bien jurídico tutelado por la ley, y peor aún que haya tenido la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo del delito, su actuar se constriñó a las funciones para las cuales fue designado, esto es la de ejercer las funciones de cobrador en la Empresa Eléctrica Regional Sur de Loja. Por otra parte, para que existan indicios de responsabilidad penal por el delito de peculado antes y en los actuales momentos es necesario que la Contraloría General del Estado haya determinado tales indicios, conforme expresamente lo dispone el Art. 65 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que en la parte pertinente, prescribe: "... Cuando por actas o informes y, en general, por los resultados de la auditoría o de exámenes especiales practicados por servidores de la Contraloría General del Estado, se establezcan indicios de responsabilidad penal, por los hechos a los que se refieren el artículo 257 del Código Penal, los artículos agregados a continuación de éste, y el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 296, que trata del enriquecimiento ilícito y otros delitos, se procederá de la siguiente manera: 1. El auditor Jefe de Equipo que interviniera en el examen de auditoría, previo visto bueno del supervisor, hará conocer el informe respectivo al Contralor General o a sus delegados, quienes luego de aprobarlo lo remitirán al Ministerio Público, con la evidencia acumulada, el cual ejercerá la acción penal correspondiente de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Penal. Dichos informes también serán remitidos a las máximas autoridades de las instituciones auditadas...". Por su lado, el Art. 212 de la Constitución de la República, en lo atinente, manifiesta: "...Serán funciones de la Contraloría General del Estado, además de las que determine la ley: 1. Dirigir el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos. 2. Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado. Por su parte el Art. 39 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, al referirse a

la **determinación de responsabilidades y seguimientos, expresa:** "...A base de los resultados de la auditoría gubernamental, contenidos en actas o informes, la Contraloría General del Estado, tendrá potestad **exclusiva** para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal. Previamente a la determinación de responsabilidades administrativas y civiles culposas que se desprendan de los informes elaborados por las auditorías internas, la Contraloría General del Estado examinará el cumplimiento de los preceptos legales y de las normas de auditoría y precederá a determinarlas con la debida motivación, sustentándose en los fundamentos de hecho y de derecho pertinentes. De existir indicios de responsabilidad penal, se procederá de acuerdo a lo previsto en los artículos 65, 66 y 67 de esta Ley. En todos los casos, la evidencia que sustente la determinación de responsabilidades, a más de suficiente, competente y pertinente, reunirá los requisitos formales para fundamentar la defensa en juicio. La Contraloría General del Estado efectuará el seguimiento de la emisión y cobro de los títulos de crédito originados en resoluciones ejecutoriadas...". **SEIS.-** En un Estado Constitucional, Social y Democrático de Derechos y Justicia, como se define al Ecuador en el primer artículo de la Constitución, solo podrá considerarse legítima la intervención del sistema penal en la esfera de libertad de las personas, cuando esta se constituya en la última opción a la que puede acudir la sociedad para la protección de bienes jurídicos, así como para aquellos casos en que el conflicto social, no tiene posibilidades de ser resuelto por otros medios de política social¹. Esta tendencia racionalizadora del fenómeno penal, que resulta consustancial con el nuevo marco constitucional, nos obliga a entender al Sistema Penal como **ultima ratio** o última herramienta con la que cuenta el Estado para "autoconstatarse y automantenerse"². Las anteriores consideraciones, en las cuales el concepto de bien jurídico se constituye en piedra angular del sistema penal, implica además de la despenalización de aquellas conductas insignificantes, la reserva del Sistema Penal para aquellos casos en que su dañosidad sea de tal magnitud, que se justifique la intervención en la esfera de libertad de las personas. El carácter refractario, fragmentario y sobre todo residual del Sistema Penal, excluye de su ámbito, aquellas conductas que generen vulneración de bienes jurídicos o conflictos sociales, que puedan ser debidamente resueltas por otras áreas del derecho. Estos argumentos por supuesto, no excluyen al patrimonio de su calidad de bien jurídico merecedor de protección penal, sino que racionalizan la intervención penal, dentro del marco de un Estado Democrático. Guardando coherencia con lo señalado en considerandos anteriores, por su carácter de **ultima ratio**, al derecho penal debe quedar reservada la tarea de reaccionar frente a los comportamientos más intolerables de desprecio a las normas fundamentales que rigen la convivencia, reaccionando frente a ellos con los medios más graves e importantes de que dispone el ordenamiento jurídico³.

¹ Bacigalupo, Enrique; PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL, AKAL Ediciones, Madrid, 1997, pág. 52.

² Bustos Ramírez, Juan; CONTROL SOCIAL, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1987, pág. 87.

³ Muñoz Conde, Francisco; DERECHO PENAL Y CONTROL SOCIAL, Editorial Temis, Bogotá, 2004, pág. 43.

No se ha demostrado que el delito que se acusa si la administración pública verdaderamente fue puesta en peligro cuando menos en la rectitud, probidad y prestigio en el cuidado de sus bienes o de aquellos de carácter particular que le han sido entregados en administración o custodia y en algunos casos, además, si fueron lesionados o puestos en riesgo otros intereses también públicos o privados dependiendo de la relación jurídica correspondiente.

SEPTIMO: RESOLUCION.- Como se manifestó anteriormente, el recurso de revisión es un mecanismo legal para dejar sin efecto una sentencia condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada, para lo cual, la Ley determina que se deben aportar nuevas pruebas, excepto cuando se ha propuesto el recurso por el numeral seis del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, como acontece en el presente caso, y al efecto, la Sala establece: **a)** La interposición del recurso se la realizó en base del artículo 360 causal 6, esto es, que no se ha comprobado la existencia de la infracción, por la cual el recurrente ha sido condenado, determinándose que sobre los mismos hechos fue aceptada la conversión de acción pública en acción privada lo que atenta contra seguridad pública; **b)** Del examen del expediente se observa que se ha iniciado un nuevo enjuiciamiento por los mismos hechos, lo que contradice el principio Non bis idem, lo que está prohibido por la Constitución de la República en su Art. 76, numeral siete, letra i); **c)** En el caso de juzgamiento con facilidad de puede observar que el procesado no ha podido ejercer su legítimo derecho a la defensa, porque lo dejó en la indefensión el defensor público, cuando se evidencia que en el presente juicio ni siquiera designo casillero judicial, lo que llama la atención la manera de actuar de este mal funcionario; **d)** La prueba actuada es ilegal al no haberse cumplido los requisitos exigidos por la ley, para su presentación por la Contraloría General, violando el artículo 7 de la ley de la materia. Además el representante legal de la empresa agraviada expresa en la audiencia de juicio que no hay perjuicio económico a los intereses del Estado. Por estas consideraciones, y por cuanto hay mérito para la acción revisoria propuesta, pues existen graves violaciones procesales mencionadas por la recurrente, que demuestran el error de hecho y de derecho de la sentencia impugnada, está Sala **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, declara procedente el recurso de revisión y en consecuencia, de conformidad con el Art. 367 y 416 del Código de Procedimiento Penal en relación con el Art. 11 de la Constitución de la República, ratificando el estado de inocencia se dicta sentencia absolutoria a favor de **IVAN VICENTE ANALUIZA ALVAREZ**, disponiendo la cancelación de todas las medidas cautelares dictadas en su contra. Notifíquese y publíquese.

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada, Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.

Certifico, Secretario Relator, Dr. Hermes Sarango Aguirre.

Certifico que las seis fotocopias tomadas del juicio 548-10-or, que anteceden son iguales a sus originales.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator, Primera Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia.

N° 560-10- OR

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO PENAL

Quito, 15 de junio del 2011, las 17h25.

VISTOS: En virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1 y la Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador publicada en el R. O. No. 449 de 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el RO. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; la Resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre del 2008, publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de enero del 2009, y el sorteo de ley, avocamos conocimiento de la presente causa.- De la sentencia dictada por el Tribunal Segundo de Garantías Penales de Los Ríos, el 25 de junio del 2010, a las 08H45, el Ab. Manuel Espinoza Flores, Agente Fiscal del Distrito de Los Ríos, interpone recurso de casación.- Al respecto, se observa: **1)** A partir de las Reformas al Código de Procedimiento Penal y Código Penal, publicadas en el Suplemento del R. O. No. 555 del 24 de marzo del 2009, los delitos de acción penal pública, son susceptibles del recurso de apelación, conforme el artículo 343, numeral 2 del Código Adjetivo Penal, que dispone: “Procede el recurso de apelación en los siguientes casos: ...2. De las sentencias dictadas en proceso simplificado, proceso abreviado y las que **declaren la culpabilidad o confirmen la inocencia del acusado...**”, **(las negrillas no son del texto)**, estableciéndose con ello una segunda instancia para aquellas sentencias dictadas por los Tribunales de Garantías Penales, competentes para conocer y resolver los delitos de acción pública, de los cuales se interponía directamente el recurso de casación.- **2)** Siendo el espíritu de la ley, que las sentencias dictadas por los Tribunales de Garantías Penales, sean revisadas por un Tribunal Superior (principio del doble conforme), competente para valorar la prueba y que los sujetos de la relación procesal obtengan de la justicia la tutela efectiva, imparcial y expedita, con observancia de las garantías constitucionales, entre ellos el derecho a la defensa consagrado en el artículo 76, numeral 7 de la Carta Magna, sin que en ningún momento queden en la indefensión, y reciban una sentencia justa acorde con la realidad procesal y la correcta aplicación de las garantías constitucionales y tratados internacionales de Derechos Humanos. Es evidente que las partes procesales al disponer de recursos de impugnación que la Ley les otorga, no solo tienen el derecho sino la obligación de agotar todas las etapas de impugnación que la normativa procesal penal vigente determina.- **3)** Por consiguiente, resulta prematuro interponer recurso de casación de las sentencias dictadas por los Tribunales de Garantías Penales, cuando no han agotado el recurso de apelación que la Ley determina; pues las resoluciones al ser apelables, son susceptibles de ser revocadas, reformadas o confirmadas; por tanto, el recurso de casación interpuesto antes de resolverse la apelación no es admisible; toda vez, que solo cabe el recurso de casación de sentencias que no tengan la posibilidad de otro medio de impugnación.- Por lo expuesto, esta Primera Sala de Casación Penal, declara indebidamente deducido e ilegalmente concedido el recurso de casación interpuesto por el mencionado Agente Fiscal; sin embargo, este Tribunal invocando el mismo principio de derecho a la

defensa, y por la confusión que se ha dado a partir de las reformas al Código de Procedimiento Penal, considera dejar a salvo el derecho del sujeto procesal para interponer el recurso de apelación.- Devuélvase el proceso al órgano jurisdiccional de origen para los fines de ley.- Notifíquese.-

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada y Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.

Certifico.

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

Razón.- Siento por tal que la fotocopia que antecede, tomada del juicio No. 560-10-or, es igual a su original.- Quito, 8 de septiembre de 2011.

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

No. 635-10-or

En el juicio seguido contra Jacqueline Loayza Encarnación por esta a Alejandro Franco Tinoco Matamoros, le hago saber:

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO PENAL

Quito, 16 de junio del 2011, las 17h00.

VISTOS.- Alejandro Franco Tinoco, interpone recurso de casación de la sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, que firma la sentencia dictada por el Juez Undécimo de lo Penal de ese distrito, que declaró sin lugar la acusación particular deducida por el Ing. Alejandro Franco Tinoco Matamoros, pero reformándola en el sentido de que, por no existir en autos el documento que prueba la materialidad de la infracción, dejando a salvo el derecho del querellante, para que ejerza sus derechos por la vía correspondiente.- Encontrándose la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1; Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador publicada en el R.O. No. 449 de 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; y, la Resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 13 de enero de 2009, publicada en el R.O. No. 511 del 21 de enero del 2009 y el sorteo de ley respectivo; por lo que, en nuestras calidades de Jueces Nacionales de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento del presente juicio penal.- Incorpórese a los autos el escrito presentado por Franco Alejandro Tinoco Matamoros; y, en atención al mismo, se ratifica la intervención realizada en la audiencia oral, pública y contradictoria por el Dr. Walter Gudiño

Baquero, a nombre del recurrente; **SEGUNDO.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.-** El Dr. Walter Gudiño Baquero, a nombre del Ing. Alejandro Franco Tinoco Matamoros, quien es recurrente en el presente caso en la parte principal de su fundamentación, expresa: Acuso la rebeldía en que reiteradamente ha incurrido la querellante, pues en ninguna de las instancias de este proceso, a comparecido ante las autoridades. Señores ministros, estimo necesario hacer a brevísima síntesis histórica de los hechos que han desembocado en esta acción. A mediados de marzo del 2006, la querellada, señora Jacqueline Mirella Loayza Encarnación procedió a cancelarme una deuda, mediante la entrega del cheque No. 002573 de la cuenta No. 101042528-6 del Banco de Machala, el mismo que al ser presentado a cobro en la Cámara de Compensación, fue devuelto con la nota, protestado por cuenta cerrada. Instaurado el expediente de indagación previa No. 326-2008 por parte del Dr. Manuel Pauta Aguilera, Fiscal de El Oro; el Juez Tercero de Garantías Penales, autoridad ante la cual fuera puesta en conocimiento, se declara incompetente para resolverlo, de conformidad con las reformas del Código de Procedimiento Penal señaladas en el R.O. 555 de 24 de marzo del 2009, según las cuales, el delito por el que acusé a la demandada dejó de ser, de acción pública y se convirtió en delito de acción privada. El señor Juez Undécimo de Garantías Penales de El Oro, con fecha 29 de diciembre del 2009, previo a su resolución hace algunas consideraciones, tales como, que al tratarse de un delito de acción privada, la acción para perseguirlo prescribe en ciento ochenta días, contados desde la fecha de la infracción y que como han transcurrido más de tres años, declara sin lugar la acusación particular, por haber prescrito sus reclamos de conformidad a lo establecido en el Art. 101 del Código Penal, dejándose a salvo sus derechos para que acuda por la vía civil, bajo competencia de cualquiera de los Jueces de la materia del cantón Machala.- Al interponer oportunamente el recurso de apelación de la sentencia, la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de El Oro, avoca conocimiento de la causa y con fecha 27 de enero del 2010, determina que dentro del expediente no se encuentra documento alguno que demuestre la materialidad de la infracción, para poder analizar y acreditar lo dicho por mi persona como acusador particular; es decir, por no existir la constancia procesal, confirmando la resolución del Juez Undécimo de Garantías Penales de El Oro, en la que se declara sin lugar su acusación particular, pero reformándola en el sentido de que es por no existir en autos el documento que prueba la materialidad de la infracción.- En todo caso, se vuelve a dejar a salvo los derechos para acudir ante los jueces de lo civil en procura de justicia. Habiendo presentado un escrito solicitando la ampliación y aclaración y una vez que fuera atendido éste, con fecha 26 de julio del 2010, presenté ante dicha Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, el recurso de casación, el mismo que fue aceptado.- Constan en el expediente copias de publicaciones de prensa, mediante las cuales, varios perjudicados por la demandada Jacqueline Loayza, hacen conocer a la opinión pública, el perjuicio de que han sido objeto; así como, una copia de la publicación en el Diario "La Opinión" de Machala, mediante la cual esta contumaz estafadora solicita a sus acreedores que tengan paciencia, que está firmemente dispuesta a honrar sus obligaciones y que se halla revisando su contabilidad en procura de deudores personales, quienes le deben decenas de miles de dólares y que así mismo, está

vendiendo sus bienes para honrar sus deudas. Cabe recalcar que en ninguna de las instancias practicadas hasta ahora, ha comparecido la querellada, desconociendo su actual paradero, por lo que le cité por la prensa como corresponde.- Sin que haya sido posible resarcirme del perjuicio que me ha ocasionado.- La estafa acusada la cometió con anterioridad a la reforma del Código Penal, cuando dicho delito estaba tipificado en el Art. 560 del Código Penal anterior y su pena estaba establecida en el Art. 561 ibidem.- Al pretender aplicarse la nueva norma legal, se viola el principio de irretroactividad de la Ley, dejándose impune un hecho delictivo que ha permitido la apropiación fraudulenta de mi dinero y mi patrimonio familiar.- Por lo expuesto, estimo que existe una franca violación a la Ley, al orden jurídico, al debido proceso, a la Ley Orgánica de la Función Judicial y a la Constitución de la República, pues el juzgador ha invocado normas que no le están permitidas por la ley, con lo cual se ha estimulado la impunidad, en un caso tan notorio que ha sido de dominio público en la Provincia de El Oro, pues el monto del perjuicio que me causó, produjo alarma en la sociedad machaleña.- Se ha sacrificado el principio de aplicación vertical de la justicia, por meras formalidades o aplicación antojadiza de reformas jurídicas.- Señores Ministros, invoco a vuestra sabiduría y a vuestro estricto sentido de justicia para que se declare la nulidad de todo lo actuado y se proceda conforme a derecho.- **CUARTO.- ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE LA SALA.-** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional, ha llegado a las siguientes conclusiones: 1.- La fundamentación se ha sustentado en los puntos anotados a continuación: **a)** Que la querellada no ha comparecido en ninguna instancia de este juicio. **b)** Se dictó sentencia absolutoria a favor de Jacqueline Loayza Encarnación, por no haberse agregado al proceso el cheque devuelto por el Banco con la nota protestado por cuenta cerrada; **c)** Al aplicar las reformas al Código de Procedimiento Penal, se ha conspirado en contra de la irretroactividad de la ley; **d)** La contumaz estafadora, lo que se evidencia de varios recaudos procesales, no ha sido sentenciada porque no se han cumplido con ciertas formalidades, por lo que el recurrente pide la nulidad del proceso. 2.- Del análisis de las sentencias y de la fundamentación del recurso de casación, se ha evidencia que en la etapa de prueba, no se adjuntó el expediente la indagación previa a cargo del Fiscal por negativa de este funcionario a cumplir el requerimiento del juez a quo, de entregar los originales de la indagación, donde estaba el cheque, con lo que se ha violado el Art. 215 del Código de Procedimiento Penal que en la parte pertinente expresa, que sin perjuicio de las garantías del debido proceso y del derecho a la defensa, las actuaciones de la fiscalía se mantendrán en reserva de terceros ajenos a ésta y del público en general; sin perjuicio del derecho del ofendido. 3) De lo expresado se evidencia la violación del Art. 215 parte final del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el Art 76. 7 literal a) de la Constitución, razón por la que se declara la nulidad del proceso, a partir de fs. 1 a costa del Dr. Manuel Pauta Aguilera Fiscal de El Oro. 4) El Fiscal, mediante oficio No. 2916-MPA-IP-326-2008 de fecha 15 de diciembre del 2009, negó suministrar el expediente de indagación previa. 5) En atención al segundo Inciso de la disposición transitoria primera de las reformas al Código de Procedimiento Penal, publicadas en el suplemento del No. 160 de 29 de marzo del 2010 y por cuanto el hecho relatado es de un delito de acción pública,

remítase todo lo actuado a la fiscalía provincial del El Oro para el inicio de instrucción fiscal, dejando constancia de que en el trámite de esta nueva causa no se contará el tiempo transcurrido, desde el 24 de marzo del 2009 al 29 de marzo del 2010, fecha de la reforma.- Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada y Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.

Certifico, Secretario Relator, Dr. Hermes Sarango Aguirre.

Razón.- Siento por tal que las dos fotocopias que anteceden son iguales a sus originales. - Quito, 8 de septiembre del 2011.

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

N° 930-10-or

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO PENAL

Quito, 26 de julio del 2011, las 17h45.

VISTOS.- El acusador particular Alberto Javier Borja Torres, interpone recurso de casación de la sentencia dictada por la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial del Guayas, que confirma la sentencia dictada por el Juez Séptimo de Garantías Penales del Guayas que declara sin lugar la querella presentada por Alberto Javier Borja Torres en contra de Karina Isabel Roche León, sin calificar ni de maliciosa ni de temeraria la acusación particular; siendo el estado procesal el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO:** Atenta la razón actuarial que antecede, y al no haber concurrido el abogado del recurrente en el día y hora señalados para que tenga lugar la audiencia oral pública y contradictoria, ha sido imposible dar cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 352 del Código de Procedimiento Penal.- **SEGUNDO.-** Cabe anotar que ha sido el propio abogado del recurrente el que no ha hecho ejercicio del derecho a la defensa que consagra la Constitución de la República, así como ha impedido que esta Sala pronuncie sentencia conforme lo prevé el Art. 358 ibidem. **TERCERO.-** En aplicación del principio de debida diligencia, consagrado en el Art. 172 de la Constitución de la República del Ecuador y Art. 20 del Código Orgánico de la Función Judicial, se declara el abandono del recurso de casación formulado por Alberto Javier Borja Torres. Notifíquese.

Fdo.) Dres. Hernán Ulloa Parada, Luis Moyano Alarcón y Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.

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

Razón.- Siento por tal que la fotocopia que antecede es igual a su original.

Quito, 8 de septiembre del 2011.

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

No. 273-11-OR

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

Quito, 17 de mayo del 2011, las 10h40.

VISTOS.- PRIMERO.- ANTECEDENTES.- 1) Los señores Ab. Jorge Washington Cárdenas Ramírez y Ab. Mario Alfredo García Barragán, Jueces de la Sala Penal de la Corte Provincial de Bolívar, presentan excusas para conocer la etapa de juicio, fundamentados en el numeral 6 del Art. 856 del Código de Procedimiento Civil, por haber dictado sentencia aceptando el recuso de amparo de libertad, formulada por el Dr. Jorge Zavala Egas, en representación de los procesados Víctor Hugo Figueroa Aguiar, Milton Rafael Vargas Recalde y Eliceo Tandazo Díaz. **2)** El Dr. Freddy Espinoza Chimbo, Conjuez de la Sala Penal de la Corte Provincial de Bolívar, por su parte, presenta excusa para conocer la etapa de juicio, fundamentado en que ha resuelto la apelación del auto de llamamiento a juicio, junto a los otros dos Conjueces Ab. Rosa Vásconez y Ab. Carlos Dávila Sumi. **3)** El Conjuez de la Corte de Justicia de Bolívar, Dr. Manuel Astudillo Albán acepta las excusas; y, en vista de que no hay conjueces habilitados para que conozcan la causa, la Secretaria Relatora de la Sala, remite el proceso a la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, por ser el Distrito más cercano. **4)** La Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, declara improcedentes las excusas de los Jueces de la Corte de Bolívar, porque no se cumplen las exigencias del numeral 6 del Art. 856 del Código de Procedimiento Civil y dispone devolver el proceso a la Sala Penal de la Corte Provincial de Bolívar, para que continúe con la tramitación de la causa. **5)** Los jueces de la Sala Penal de la Corte Provincial de Bolívar, insisten en sus excusas y remiten nuevamente el proceso al Distrito de Chimborazo, donde los Jueces de la Sala Penal de la Corte Provincial de Chimborazo, en virtud de que existe incidente de competencia negativa, disponen que se envíe el proceso a la Corte Nacional, a fin de que una de sus Salas de lo Penal, dirima la competencia.- **SEGUNDO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver el mencionado incidente de competencia negativa, surgido dentro del proceso iniciado contra Víctor Figueroa Aguiar y otro, por Defraudación al Fisco, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1; Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador publicada en el R.O. No. 449 de 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; y, la Resolución Sustitutiva dictada por la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre del 2008 y publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de enero del 2009, y el sorteo de ley respectivo. **TERCERO.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.-** Esta Sala para resolver, considera: **1)** Que el artículo 856 del Código de Procedimiento Civil, ley supletoria en materia penal, establece: “Un juez, sea de tribunal o de juzgado, puede ser recusado por cualquiera de las partes, y debe separarse del conocimiento de la causa, por alguno de los motivos

siguientes: [...]. 6. Haber fallado en otra instancia y en el mismo juicio la cuestión que se ventila u otra conexa con ella. [...]”.- **2)** Los artículos 8 y 9 del Código Orgánico de la Función Judicial establecen los principios de independencia e imparcialidad que debe primar en la actuación y sobre todo en las resoluciones que emitan los jueces.- **3)** El artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, numeral 7, literal k), dice: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...]. 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías básicas: [...] k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. [...]”.- **CUARTO.- ANÁLISIS DEL CASO.- 1)** Los jueces provinciales, Ab. Jorge Washington Cárdenas Ramírez y Ab. Mario Alfredo García Barragán, resolvieron un asunto que no trata sobre el fondo del proceso; sino el amparo de libertad presentado por los procesados, que denunciaban abuso de poder del juez al dictar en su contra la orden de prisión preventiva; por tanto su resolución no guarda conexidad con el juicio por el delito de Defraudación al Fisco; el amparo de libertad se refiere al análisis de la legalidad de esa medida cautelar, emitida por el Presidente de la Corte de Justicia de Bolívar, en el auto de llamamiento a juicio, ratificado por la Sala de Conjueces del Área Penal de esa Corte; por tanto, no se cumple la exigencia del numeral 6 del Art. 856 del Código de Procedimiento Civil.- **2)** El Dr. Freddy Espinoza Chimbo, Conjuez del Área Penal de la Corte Provincial de Bolívar, presentó excusa para conocer la etapa de juicio, fundamentado en que junto a los otros dos Conjueces Ab. Rosa Vásconez y Ab. Carlos Dávila Sumi, han resuelto la apelación del auto de llamamiento a juicio, porque consideraron y valoraron los elementos de convicción, dando su opinión por escrito, sobre lo principal; motivo por el que se encuentran incursos en lo previsto por las normas anteriormente mencionadas; pues evidentemente está afectada su independencia e imparcialidad para resolver el recurso de apelación de la sentencia.- **QUINTO.- RESOLUCIÓN.-** Por lo anteriormente expuesto, esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, niega las excusas presentadas por los jueces provinciales, Ab. Jorge Washington Cárdenas Ramírez y Ab. Mario Alfredo García Barragán y acepta la excusa presentada por el conjuez Dr. Freddy Espinoza Chimbo; y para conformar el Tribunal, a falta de otros Conjueces, en aplicación del Art. 203 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, el Presidente de la Sala llamará a un conjuez ocasional para que integre la Sala, conozca y resuelva el proceso.- Notifíquese y devuélvase inmediatamente.

Fdo.) Dres. Hernán Ulloa Parada, Luis Moyano Alarcón y Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.

Certifico.

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

Razón.- Siento por tal que las dos fotocopias que anteceden son iguales a sus originales.- Quito, 8 de septiembre del 2011.

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

316-2011- OR

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE LO PENAL

Quito, 15 de junio del 2011, las 17h25.

VISTOS: En virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1, Y la Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador publicada en el R. O. No. 449 de 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R. O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; la Resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre del 2008, publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de enero del 2009, y el sorteo de ley, avocamos conocimiento de la presente causa.- De la sentencia dictada por el Tribunal Duodécimo de Garantías Penales del Guayas, el 2 de febrero del 2011, a las 17h25, el Dr. René Astudillo Orellana, Fiscal de lo Penal del Guayas, cantón San Borondón, interpone recurso de casación.- Al respecto, se observa: **1)** A partir de las Reformas al Código de Procedimiento Penal y Código Penal, publicadas en el Suplemento del R. O. No. 555 del 24 de marzo del 2009, los delitos de acción penal pública, son susceptibles del recurso de apelación, conforme el artículo 343, numeral 2 del Código Adjetivo Penal, que dispone: “Procede el recurso de apelación en los siguientes casos: ...2. De las sentencias dictadas en proceso simplificado, proceso abreviado y las que **declaren la culpabilidad o confirmen la inocencia del acusado...**”, **(las negrillas no son del texto)**, estableciéndose con ello una segunda instancia para aquellas sentencias dictadas por los Tribunales de Garantías Penales, competentes para conocer y resolver los delitos de acción pública, de los cuales se interponía directamente el recurso de casación.- **2)** Siendo el espíritu de la ley, que las sentencias dictadas por los Tribunales de Garantías Penales, sean revisadas por un Tribunal Superior (principio del doble conforme), competente para valorar la prueba y que los sujetos de la relación procesal obtengan de la justicia la tutela efectiva, imparcial y expedita, con observancia de las garantías constitucionales, entre ellos el derecho a la defensa consagrado en el artículo 76, numeral 7 de la Carta Magna, sin que en ningún momento queden en la indefensión, y reciban una sentencia justa acorde con la realidad procesal y la correcta aplicación de las garantías constitucionales y tratados internacionales de Derechos Humanos. Es evidente que las partes procesales al disponer de recursos de impugnación que la Ley les otorga, no solo tienen el derecho sino la obligación de agotar todas las etapas de impugnación que la normativa procesal penal vigente determina.- **3)** Por consiguiente, resulta prematuro interponer recurso de casación de las sentencias dictadas por los Tribunales de Garantías Penales, cuando no han agotado el recurso de apelación que la Ley determina; pues las resoluciones al ser apelables, son susceptibles de ser revocadas, reformadas o confirmadas; por tanto, el recurso de casación interpuesto antes de resolverse la apelación no es admisible; toda vez, que solo cabe el recurso de casación de sentencias que no tengan la posibilidad de otro medio de impugnación.- Por lo expuesto, esta Primera Sala de Casación Penal, declara indebidamente deducido e ilegalmente concedido el recurso de casación interpuesto

por el mencionado Fiscal, sin embargo, este Tribunal invocando el mismo principio de derecho a la defensa, y por la confusión que se ha dado a partir de las reformas al Código de Procedimiento Penal, considera dejar a salvo el derecho de los sujetos procesales para interponer el recurso de apelación.- Devuélvase el proceso al órgano jurisdiccional de origen para los fines de ley.- Notifíquese.-

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada y Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.

Certifico

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

Razón.- Siento por tal que la fotocopia que antecede, tomada del juicio No. 316-2011-or, es igual a su original.- Quito, 8 de septiembre del 2011.

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

N° 336-2011-OR

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE LO PENAL

Quito, 15 de junio del 2011, las 17h15.

VISTOS: En virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1, y la Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador publicada en el R. O. No. 449 de 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R. O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; la Resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre del 2008, publicada en el Registro Oficial N° 511 de 21 de enero del 2009, y el sorteo de ley, avocamos conocimiento de la presente causa.- De la sentencia dictada por el Tribunal Noveno de Garantías Penales del Guayas, el 3 de septiembre del 2010, a las 09h15, los sentenciados Alí Douglas Matamoros Vedoya y Jorge Villegas Salazar, interponen recurso de casación.- Al respecto, se observa: **1)** A partir de las Reformas al Código de Procedimiento Penal y Código Penal, publicadas en el Suplemento del R. O. No. 555 del 24 de marzo del 2009, los delitos de acción penal pública, son susceptibles del recurso de apelación, conforme el artículo 343, numeral 2 del Código Adjetivo Penal, que dispone: “Procede el recurso de apelación en los siguientes casos: ...2. De las sentencias dictadas en proceso simplificado, proceso abreviado y las que **declaren la culpabilidad o confirmen la inocencia del acusado...**”, **(las negrillas no son del texto)**, estableciéndose con ello una segunda instancia para aquellas sentencias dictadas por los Tribunales de Garantías Penales, competentes para conocer y resolver los delitos de acción pública, de los cuales se interponía directamente el recurso de casación.- **2)** Siendo el espíritu de la ley, que las sentencias dictadas por los Tribunales de Garantías Penales, sean revisadas por un Tribunal Superior (principio del doble

conforme), competente para valorar la prueba y que los sujetos de la relación procesal obtengan de la justicia la tutela efectiva, imparcial y expedita, con observancia de las garantías constitucionales, entre ellos el derecho a la defensa consagrado en el artículo 76, numeral 7 de la Carta Magna, sin que en ningún momento queden en la indefensión, y reciban una sentencia justa acorde con la realidad procesal y la correcta aplicación de las garantías constitucionales y tratados internacionales de Derechos Humanos. Es evidente que las partes procesales al disponer de recursos de impugnación que la Ley les otorga, no solo tienen el derecho sino la obligación de agotar todas las etapas de impugnación que la normativa procesal penal vigente determina.- **3)** Por consiguiente, resulta prematuro interponer recurso de casación de las sentencias dictadas por los Tribunales de Garantías Penales, cuando no han agotado el recurso de apelación que la Ley determina; pues las resoluciones al ser apelables, son susceptibles de ser revocadas, reformadas o confirmadas; por tanto, el recurso de casación interpuesto antes de resolverse la apelación no es admisible; toda vez, que solo cabe el recurso de casación de sentencias que no tengan la posibilidad de otro medio de impugnación.- Por lo expuesto, esta Primera Sala de Casación Penal, declara indebidamente deducido e ilegalmente concedido el recurso de casación interpuesto por los mencionados procesados; sin embargo, este Tribunal invocando el mismo principio de derecho a la defensa, y por la confusión que se ha dado a partir de las reformas al Código de Procedimiento Penal, considera dejar a salvo el derecho de los sujetos procesales para interponer el recurso de apelación.- Devuélvase el proceso al órgano jurisdiccional de origen para los fines de ley.- Notifíquese.-

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada y Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.

Certifico.

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

Razón.- Siento por tal que la fotocopia que antecede, tomada del juicio No. 336-2011-or, es igual a su original.- Quito, 8 de septiembre del 2011.

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

342-2011 -OR

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

Quito, 15 de junio del 2011, las 17h20.

VISTOS: En virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1, y la Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador publicada en el R. O. No. 449 de 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R. O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008;

la Resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre del 2008, publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de enero del 2009, y el sorteo de ley, avocamos conocimiento de la presente causa.- De la sentencia dictada por el Tribunal Noveno de Garantías Penales del Guayas, el 45 de julio del 2010, a las 09h10, la sentenciada Beatriz Mercedes Núñez Torres, interpone recurso de casación.- Al respecto, se observa: 1) A partir de las Reformas al Código de Procedimiento Penal y Código Penal, publicadas en el Suplemento del R. O. No. 555 del 24 de marzo del 2009, los delitos de acción penal pública, son susceptibles del recurso de apelación conforme el artículo 343, numeral 2 del Código Adjetivo Penal, que dispone: "Procede el recurso de apelación en los siguientes casos: ...2. De las sentencias dictadas en proceso simplificado, proceso abreviado y las que **declaren la culpabilidad o confirmen la inocencia del acusado...**", **(las negrillas no son del texto)**, estableciéndose con ello una segunda instancia para aquellas sentencias dictadas por los Tribunales de Garantías Penales, competentes para conocer y resolver los delitos de acción pública, de los cuales se interponía directamente el recurso de casación.- **2)** Siendo el espíritu de la ley, que las sentencias dictadas por los Tribunales de Garantías Penales, sean revisadas por un Tribunal Superior (principio del doble conforme), competente para valorar la prueba y que los sujetos de la relación procesal obtengan de la justicia la tutela efectiva, imparcial y expedita, con observancia de las garantías constitucionales, entre ellos el derecho a la defensa consagrado en el artículo 76, numeral 7 de la Carta Magna, sin que en ningún momento queden en la indefensión, y reciban una sentencia justa acorde con la realidad procesal y la correcta aplicación de las garantías constitucionales y tratados internacionales de Derechos Humanos. Es evidente que las partes procesales al disponer de recursos de impugnación que la Ley les otorga, no solo tienen el derecho sino la obligación de agotar todas las etapas de impugnación que la normativa procesal penal vigente determina.- **3)** Por consiguiente, resulta prematuro interponer recurso de casación de las sentencias dictadas por los Tribunales de Garantías Penales, cuando no han agotado el recurso de apelación que la Ley determina; pues las resoluciones al ser apelables, son susceptibles de ser revocadas, reformadas o confirmadas; por tanto, el recurso de casación interpuesto antes de resolverse la apelación no es admisible; toda vez, que solo cabe el recurso de casación de sentencias que no tengan la posibilidad de otro medio de impugnación.- Por lo expuesto, esta Primera Sala de Casación Penal, declara indebidamente deducido e ilegalmente concedido el recurso de casación interpuesto por la mencionada procesada; sin embargo, este Tribunal invocando el mismo principio de derecho a la defensa, y por la confusión que se ha dado a partir de las reformas al Código de Procedimiento Penal, considera dejar a salvo el derecho de los sujetos procesales para interponer el recurso de apelación.- Devuélvase el proceso al órgano jurisdiccional de origen para los fines de ley.- Notifíquese.-

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada y Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.

Certifico.

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

Razón.- Siento por tal que la fotocopia que antecede, tomada del juicio No. 342-2011-or, es igual a su original.- Quito, 8 de septiembre del 2011.

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

N° 358-2011-OR

EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA.

PONENTE: DR. LUIS MOYANO ALARCON.
(ART. 141 CODIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL).

JUICIO No. 358-2011-DELITO-INJURIAS.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA PRIMERA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL

Quito, 1 de junio del 2011, las 10H00.

VISTOS: La Segunda Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Manabí, mediante sentencia dictada el 15 de abril del 2011, a las 15H30, confirma la sentencia dictada por el Juez Quinto de Garantías Penales de Manabí que absuelve a los querellados EDGAR LEONARDO ZAMBRANO MERA Y SIMON BOLIVAR ZAMBRANO VINCES. De la referida sentencia el querellante ABOGADO TRAJANO ROBERTO ANDRADE VITERI, interpone recurso de casación. Siendo el estado procesal el de resolver, para hacerlo, se considera: **PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.-** En virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1; Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador publicada en el R.O. No. 449 de 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; Resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre del 2008; y, el sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de jueces nacionales de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento de la presente causa. **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Examinado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad, por lo que este Tribunal de alzada declara la validez de esta causa penal.- **TERCERO: FUNDAMENTACION DEL RECURSO.-** En el día y hora señalados para que tenga lugar la audiencia oral pública y contradictoria relativa con el recurso de casación formulado por el querellante ABOGADO TRAJANO ROBERTO ANDRADE VITERI, quien por intermedio de su abogado defensor doctor Alfonso Zambrano Pasquel, en la aludida audiencia llevada a efecto el día veinte y cinco de mayo del dos mil once, a las quince horas, con treinta minutos, en lo fundamental, manifiesta: Que el Juez de primer nivel en el caso que siguió su defendido, el Dr. Trajano Andrade, no es que

declara sin lugar la acusación, sino que habla de una compensación de injurias; que el Dr. Trajano Andrade, presentó una acusación particular privada por el delito de injurias calumniosas (falsa imputación de delitos) y de injurias no calumniosas graves, pero que al momento de formalizar la acusación su defendido formaliza la acusación solamente por el delito de injurias calumniosas, y no por los dos delitos, y así se sustanció su acusación por el delito de injuria calumniosa. Hace un relato de los hechos y dice que el 23 de enero del 2009 en un periódico diario Manabita aparece un remitido de prensa que en concreto atenta contra la honra y la dignidad de su defendido Trajano Andrade, y da lectura a la parte pertinente, y manifiesta que en este remitido hay una concurrencia de injurias, que en el momento en que se le imputó al Dr. Trajano Andrade los delitos de prevaricato y de colusión, imputándole falsamente la comisión de estos delitos y que lesionan su honra, su dignidad; que una vez que se agotó el procedimiento previo y a través de la Fiscalía solicitó al periódico para que, a través de su Procurador, exhiba el original y digan quienes son los responsables de ese remitido, y al hacerlo manifiestan que como suscriptor de ese remitido aparece el señor Leonardo Zambrano Mera, y que el señor Simón Bolívar Zambrano Vences es la persona que pagó de su propio peculio la comunicación, con ese antecedente su defendido presentó una acusación por la concurrencia de los dos delitos, injurias calumniosas y no calumniosas graves; que durante la sustanciación del proceso fueron citados los querellados quienes no negaron la autoría intelectual y material del remitido; que en la etapa de contestación y la llamada de excepciones los querellados se refieren al ejercicio del derecho a la defensa del honor, argumentando que como el Dr. Trajano Andrade les había insultado primero ocho días antes, entonces ellos lo habrían insultado ocho días después, ellos los querellados se refieren a unas injurias que les habría hecho el Dr. Trajano Andrade en su calidad de Asambleísta de Manabí, que ellos no han cometido delito alguno y han actuado en defensa de su honor; que como existe prueba pre constituida ésta fue reproducida por su defendido, ya que existe un documento escrito y suscrito que nunca fue negado el contenido o la veracidad por parte de los querellados; que el Juez de primer nivel al dictar la respectiva sentencia determinó que lo que existió fue una compensación de injurias, por lo que no sancionó a los querellados y declaró sin lugar la querrela presentada por su defendido; que la Segunda Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Manabí en la parte pertinente, ya no habló de la compensación de injurias, sino del delito de injurias no calumniosas graves y como el Dr. Trajano Andrade ha cometido un error de derecho en la tipificación ya no entraron a considerar la prueba y declararon sin lugar la acusación del querellante porque él se equivocó; que el Dr. Trajano Andrade hizo una acusación por concurrencia de delitos y luego cuando fue a formalizar, formalizar por injurias calumniosas por falsa imputación de delitos de prevaricato y colusión; manifiesta que se debe revalorizar la prueba, al amparo del Art. 86 del Código de Procedimiento Penal, que no hay legislación en el segmento de la casación que diga que el Tribunal de alzada no pueda revalorizar la prueba. Concluye diciendo que nunca se ha cuestionado la validez de la prueba que presentó el Dr. Trajano Andrade, ni los propios acusados hicieron ninguna objeción, y lo que dijeron es que actuaron en legítima defensa del honor, pero ese argumento se lo inventó el Juez de primer nivel que

habló de una compensación de injurias. En conclusión solicita que se case la sentencia emitida por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Portoviejo, que se declare con lugar el reclamo de daños y perjuicios. **CUARTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA SOBRE LA CASACION.-** La Sala, previa resolución, reliva lo siguiente: **1)** Lo primero que la Sala debe observar es la naturaleza y presupuestos del recurso de casación, valiéndose para ello de la Constitución, la ley, la jurisprudencia y de lo que la doctrina nos enseña. Al respecto, el profesor español Andrés de la Oliva Santos sostiene: “El recurso de casación es un recurso devolutivo extraordinario ante el grado supremo de la jerarquía judicial. Por su carácter extraordinario procede únicamente si concurren los presupuestos y requisitos especiales determinados en la ley” (*Derecho Procesal Penal*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Cuarta Edición, Primera Reimpresión, 2000, Madrid-España, p. 623). Como nos ilustra el autor, su carácter es rescindente y rescisorio, porque con la admisibilidad del recurso se anula la resolución impugnada y se dicta otra ajustada a derecho, partiendo de sus fines primordiales que son: “la revisión o control de la aplicación de la ley hecha por los Tribunales de instancia (función nomofiláctica) y la unificación de criterios jurisprudenciales. A esta doble función clásica se ha añadido una tercera: la de velar por el cumplimiento de las garantías constitucionales (...) la casación penal cumple también la función de velar por el derecho a la tutela judicial efectiva en su más amplio contenido” (Ídem, p. 624). **2)** La corriente mayoritaria y prevalente en los tiempos actuales en el concierto jurídico internacional relativa con el recurso de casación y conforme lo sostiene Daniel Pastor en su obra *La nueva imagen de la casación penal*, editorial Ad Hoc, primera edición, octubre 2001, pp. 125-128, “... la casación procesal es un “juicio sobre el juicio” en la cual no se juzga la conducta del imputado, sino la de los jueces bajo la lupa del derecho procesal ... la casación procesal es una cuestión fáctica. Frente a la reprobación procesal el tribunal de casación “cumple un verdadero examen fáctico, en tanto debe examinar la conducta concretamente observada en el proceso por los sujetos procesales a fin de decidir su conformidad o no con las normas de derecho procesal. Actúa en este caso como juez del hecho”. Esto conduce inexorablemente a que el juicio de casación procesal sea un juicio de mérito en el cual se examina una cuestión de hecho que, en caso de ser demostrada, decide la suerte de la reprobación hecha valer con el recurso ... Los vicios de procedimiento encierran, entonces, cuestiones de hecho cuya existencia la reprobación debe intentar demostrar a través de la proposición de las pruebas necesarias para confirmar la infracción ... El examen probatorio puede ser practicado sobre las actas del proceso, lo cual incluye a todos los actos protocolizados que arrojen luz acerca de la existencia del supuesto de hecho de la infracción reprobada y, entre ellos, muy especialmente a los documentos que contienen la sentencia y el acta del juicio, pero también, de resultar necesario, la prueba deberá ser adquirida en la audiencia de casación y según los principios del juicio público.”¹ De esta

definición se advierte que en casación no solo se corrigen errores de aplicación de la ley sustancial, sino también errores de procedimiento o de hecho, ya que el objetivo del derecho y la justicia es el respeto a la seguridad jurídica que se encuentra consagrado en el Art. 82 de la Constitución de la República, así como la tutela judicial efectiva, el plazo razonable, el derecho de defensa, instituciones jurídicas y constitucionales que son parte del debido proceso legal y constitucional del ordenamiento jurídico nacional, pilares fundamentales en un Estado Constitucional de derechos y justicia, conforme lo prescribe el Art. 1 de la Carta Magna. Los errores *in iure* que establece nuestra legislación, se contraen a la contravención al texto expreso de la ley; a una falsa aplicación de ella; y, a una interpretación equivocada, como sucede en el presente caso en donde se violan los artículos 79, 80 y 83 del Código de Procedimiento Penal, pues las pruebas solicitadas y practicadas por el recurrente no fueron tomadas en cuenta por los juzgadores de instancia, infringiendo con ello el principio de legalidad de la prueba, violando además el principio del derecho de defensa al no haberse tenido en cuenta el texto injurioso de la publicación, pues bien conocido es que en casación por mandato expreso de la ley se corrigen errores in procedendo como errores in iudicando, en que pudo haber incurrido el juzgador, es decir, puede ser un error o los dos a la vez. **3)** La contravención al texto de la ley conlleva una violación directa o indirecta de la norma sustancial. En el primer caso se advierte aquella violación según el profesor español Miguel Fenech, cuando “el tribunal aplicando erróneamente o dejando de aplicar la norma penal material para declarar la existencia o inexistencia de la responsabilidad criminal e imponer en su caso la pena” (El proceso penal, ediciones ANGESA, Madrid 1982, p. 339). También se produce por el desconocimiento de la norma jurídica en su existencia o ámbito de aplicación o por que se ignoró la norma aplicable; por la violación de los principios de legalidad, favorabilidad, lesividad y proporcionalidad, la aplicación de las circunstancias que modifican la pena y sus causas excluyentes en los distintos elementos del delito, así como de sus circunstancias impositivas del ejercicio de la acción como la cosa juzgada y la prescripción, se aplicó mal esa interpretación de la ley. En el segundo supuesto, cabe la violación indirecta cuando se ha producido una inadecuada admisibilidad de un medio de prueba, como cuando se valora una prueba ilícita; o cuando este medio de prueba siendo admisible no ha sido admitido; y, cuando ha mediado un error de derecho en la aplicación de las reglas de valoración de la prueba, como el admitir una prueba no anunciada y pedida, no ordenada y no practicada en la audiencia de juzgamiento; o cuando se ha omitido la valoración de pruebas presentadas cumpliendo con los requisitos de modo, tiempo y lugar; o cuando se incluyen en su valoración pruebas que jamás fueron presentadas; y por fin, cuando se han violado las reglas de eficacia de las mismas como resultante de los documentos obrantes en el proceso o producidos en el mismo como presupuestos de procedibilidad, tal como se ve sucede en el caso sub lite. La falsa aplicación de la ley en la sentencia implica la aplicación de una norma por otra, permitiendo que con éste error se atente contra la tipicidad al adecuar una conducta a una norma abstracta prohibitiva distinta de la que la ley previó como supuesto eventual como el juzgar por un delito distinto del que motivó el enjuiciamiento según el auto inculpatario del Juez penal, el adecuar conductas extrañas y la limitación de la acusación realizada en el auto de

¹ Pastor Daniel, *La nueva imagen de la casación penal*, editorial Ad Hoc, primera edición, octubre 2001, pp. 125-128

llamamiento a juicio; también cabe en éste motivo de impugnación la defectuosa emisión del fallo de instancia o la insuficiente motivación, así como la incongruencia que se produce por los vicios de petición tales como la *ultra petita*, la *extra petita* y la *citra petita*, como se observa en el presente caso en que no fue valorada una prueba eficaz que fue presentada oportunamente; 4) El ilustre profesor español Santiago Mir Puig, al respecto manifiesta: “La **interpretación** es lícita aunque resulte **extensiva** de los delitos y penas -salvo que se aparte de los modelos de interpretación aceptados o de las pautas valorativas constitucionales- (...) Con esta salvedad, la interpretación extensiva no sobrepasa el límite de garantía representado por la letra de la Ley, porque toda interpretación admisible se mueve dentro de este límite” (*Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Editorial PDF, Séptima Edición, Cuarta reimpresión corregida, 2007, pp. 124 y 125). Como se puede observar, tanto la normativa legal como la doctrina son unánimes en reconocer que cuando se violado la ley sustantiva como adjetiva, el juzgador con el fin de salvaguardar el debido proceso tiene la facultad de conocer los errores in procedendo como in iudicando. **QUINTO: ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y DOCTRINARIA DE LA INJURIA.-** Para que se pueda dictar sentencia condenatoria es necesario que se demuestre conforme a derecho, tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del imputado, y al efecto, se hacen las siguientes observaciones: **1.** El Art. 32 del Código Penal, señala: “Nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley como una infracción si no lo hubiere cometido con conciencia y voluntad”. Al efecto, en tratándose del dolo, el tratadista Francisco Muñoz Conde en su obra “*Teoría General del Delito*”, página 182, “dolo es la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo del delito”. Refiriéndose al mismo aspecto, Edgardo Alberto Donna, en su obra “*Derecho Penal, parte general*”, Tomo II, pág. 514, sostiene: “que el dolo es el conocimiento de todos los elementos del tipo y la voluntad de realizarlos”; **2.** Por su lado, el Art. 489 del Código Penal preceptúa: “*Clasificación de la injuria y su tipicidad.* La injuria es: - Calumniosa, cuando consiste en la falsa imputación de un delito; y, - No calumniosa, cuando consiste en toda otra expresión proferida en descrédito, deshonra o menosprecio de otra persona, o en cualquier acción ejecutada con el mismo objeto.”. Por su lado, el Art. 491 *ibidem*, manifiesta: “El reo de injuria calumniosa será reprimido con prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinte y cinco dólares de los Estados Unidos de Norte América, cuando las imputaciones hubieren sido hechas: - En reuniones o lugares públicos; -En presencia de diez o más individuos; - Por medio de escritos, impresos o no, imágenes o emblemas fijados, distribuidos o vendidos, puestos en venta, o expuestos a las miradas del público; o, - Por medio de escritos no publicados, pero dirigidos o comunicados a otras personas, contándose entre éstos las cartas.”; y, el Art. 496 del mismo cuerpo de leyes, señala: “Cuando las injurias fueren recíprocas en el mismo acto, ninguna de las personas ofendidas podrá intentar acción por las que se hubieren inferido en dicho acto, sea cual fuere la gravedad de las injurias no calumniosas que se hubieren recíprocamente dirigido; pero no hay compensación entre las injurias calumniosas y las no calumniosas.”; **3.** La retorsión o compensación de injuria, en subsidio de que hubiere

existido la carta, al efecto y de acuerdo con lo expresado por Raúl Goldestein: “Compensación de injurias. Las injurias que se profieren como réplica a otras recibidas anteriormente han dado lugar al problema de su compensación, cuando se considera que la dirigida por la que fue en primer término destinataria de las de su agravante ha tenido un carácter retributivo. Es controvertida la posibilidad jurídica de admitir la facilidad de compensar injurias por ser la compensación un instituto del derecho privado que se funda en la necesidad de facilitar las relaciones jurídicas de los particulares, mientras que en el caso de la injuria se trata de delitos a los que no puede aplicarse la norma del derecho civil. Se ha buscado el fundamento de la exención de pena que puede acordar el juez en la ficción de que el injuriado renunció implícitamente a perseguir por la vía judicial al ofensor y en la extinción de la acción del primer injuriante por ocurrir lo mismo al segundo. Ramos (SIC) entiende que se debe fundar en la naturaleza privada de la acción; Peco (SIC) sostiene que el fundamento se halla en la legítima defensa; en el principio de la equivalencia de la pena. No es necesaria una exacta equivalencia para que proceda la exención de pena, así como tampoco la similitud. Cuando las injurias sean recíprocas, el tribunal podrá, según las circunstancias, declarar exentas de pena a las dos partes o a alguna de ellas. El proyecto Soler incorpora la hipótesis de las injurias provocadas; o sea, cuando las injurias fueren provocadas o recíprocas, el tribunal podrá, según las circunstancias, eximir de pena a las dos partes o alguna de ellas.”². En el caso, materia de juzgamiento, el argumento de la compensación de injuria de acuerdo con la norma prevista en el Código Penal y la doctrina que queda expuesta, ésta debe ser en el momento que se la profiere, es decir, al unísono, que tiene relación con la reciprocidad, pero no puede hacérsela luego de transcurrido el tiempo, como acontece en el caso sub lite. En el caso sub judice para que exista compensación está debe ser inmediatamente de que dicha injuria se hubiera proferido, pues debe señalarse que el derecho penal no es un derecho de venganza entre los particulares, toda vez que desapareció el adagio “*ojo por ojo y diente por diente*”, que se sostenía en la época que se aplicaba la Ley del Talión prevalente en los albores de la humanidad, sino que en el Estado constitucional de derechos y justicia, conforme lo prescribe el Art. 1 de la Constitución de la República, el ejercicio de castigar y de punir las conductas reprochables, es decir, el *ius puniendi* la tiene el Estado a través de los órganos judiciales, para evitar precisamente la venganza personal. **SEXTO: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA Y RESOLUCION DE LA SALA.-** **1.** Las principales alegaciones del recurrente se contraen a que la Segunda Sala Penal de la Corte Provincial de Manabí al dictar la sentencia violó el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 76 punto 4 de la Constitución de la República, por cuanto al emitir la sentencia se indica que se encuentra comprobada las injurias calumniosas graves y no las injurias no calumniosas que fueron imputadas en la formalización de la acusación; expresa también que el Tribunal juzgador en

² GOLDESTAIN, Raúl: *Diccionario de derecho Penal y Criminología*, 2da. Edición, editorial ASTREA, p. 129.

el fallo impugnado no ha cuestionado la validez de la prueba, y no se ha realizado una valoración dentro del contexto de la sana crítica, razón por la cual se ha violado los derechos constitucionales del querellante; **2.** Si bien, la parte final del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal expresa que no serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba, sin embargo esta disposición se contrapone con el artículo 86 ibídem que dispone que toda prueba será apreciada por el Juez o Tribunal conforme a las reglas de la sana crítica y que ninguna de las normas de este Código se entenderá contra la libertad de criterio que establece el presente artículo. La función especial del juzgador es la de encontrar la verdad real como camino de la realización de la justicia, tanto más que, la parte final del artículo 169 de la Carta Magna expresa que no se sacrificara la justicia por la sola omisión de formalidades; **3.** Por otra parte, del texto de la publicación que ha servido para fundamentar la acusación, el ciudadano Leonardo Zambrano Mera, quien aparece como responsable de dicha publicación entre otros epítetos acusa al querellante de prevaricato, colusión e injurias delitos tipificados en nuestro Código Penal, y que de conformidad con el artículo 489, inciso segundo del Código Penal, constituyen delito de injuria calumniosa. Por lo expuesto, esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional, **“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA”**, acepta parcialmente el recurso interpuesto y condena al ciudadano Edgar Leonardo Zambrano Mera a la pena atenuada de treinta días de prisión correccional como autor del delito de injurias calumniosas, se suspende el cumplimiento de la pena de prisión al haberse cumplido los presupuestos del artículo 82 del Código Penal. En cuanto a Simón Bolívar Zambrano Vines, éste aparece únicamente como la persona que ha sufragado el costo de la publicación injuriosa y por lo tanto no procede un juicio de reproche en su contra, razón por la cual se ratifica su estado de inocencia. Notifíquese y cúmplase.

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada y Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.

Certifico, Secretario Relator, Dr. Hermes Sarango Aguirre.

Certifico que la presente es fiel copia del original.- Quito, 14 de junio del 2011.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator, Primera Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia.

N° 382-2011-OR

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

Quito, 1 de junio del 2011, las 16h00.

VISTOS: El acusador particular Luis Fernando Ormaza Nieto, interpone recurso de casación de la sentencia dictada por Primera Sala de la Corte Provincial de Justicia de

Pichincha, que confirma en todas sus partes la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales Primero del Distrito de Pichincha, que absuelve a la procesada Noemí Jacqueline Quinchuela Olalla, del delito de estafa, previsto y sancionado por el Art. 563, del Código Penal.- Revisado el proceso se observa lo siguiente: **PRIMERO:** a) De fojas 78 del proceso, consta que el 23 de enero del 2006, la Dra. Daniela Camacho Herold inicia la etapa de instrucción fiscal en contra de Jacqueline Noemí Quinchuela Olalla y de Diego Geovanny Quinchuela Olalla, por encontrar suficientes fundamentos de la existencia de un presunto delito de abuso de confianza; b) De fojas 1067 a 1069, consta la sentencia dictada por el Tribunal Primero de Garantías Penales de Pichincha, que absuelve a la procesada Noemí Jacqueline Quinchuela Olalla, del delito de estafa, previsto y sancionado por el Art. 563, del Código Penal; 3) El acusador particular Luis Fernando Ormaza Nieto, interpone recurso de casación de la sentencia dictada por Primera Sala de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que confirma en todas sus partes la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales Primero del Distrito de Pichincha; 4) El recurso de casación fue sorteado a esta Primera Sala de lo Penal el 17 de mayo del 2011, es decir más de cinco años desde la fecha del supuesto delito.- **SEGUNDO.-** El Art. 101 del Código Penal, en su parte pertinente dice lo siguiente: “Toda acción penal prescribe en el tiempo y con las condiciones que la ley señala. En el ejercicio del derecho que la prescripción establece, se observarán las reglas que siguen: - Tanto en los delitos de acción pública como en los delitos de acción privada se distinguirá ante todo si, cometido el delito, se ha iniciado o no enjuiciamiento. [...] Tratándose de delitos reprimidos con prisión, la acción para perseguirlos prescribirá en cinco años. El tiempo se contará a partir de la fecha en que la infracción fue perpetrada”.- En los mismos delitos de acción pública, de haber enjuiciamiento iniciado antes de que aquellos plazos se cumplan, la acción para continuar la causa prescribirá en los mismos plazos, contados desde la fecha del auto cabeza de proceso. [...]” En el caso sub júdice, la instrucción fiscal que dio inicio al juicio, se dictó el 23 de enero del 2006, fecha desde la cual hasta la presente, han transcurrido más de cinco años, sin que exista constancia procesal de que en este lapso la justiciable hubiera cometido otro delito de igual o de mayor gravedad que el que originó este proceso, capaz de interrumpir el decurso de la prescripción. En consecuencia, esta Primera Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, declara prescrita la acción penal por abuso de confianza, seguida en contra de Noemí Jacqueline Quinchuela Olalla, al amparo de lo previsto en los Arts. 108 y 101, incisos 1, 2, 3 y 5 del Código Penal.- Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada y Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.

Certifico:

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

Razón Siento por tal que la fotocopia que antecede, tomada del juicio 382-2011-or, es igual a su original.- Quito, 8 de septiembre del 2011.

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

No. 431-11-or

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE LO PENAL

Quito, 15 de junio del 2011, las 17h15.

VISTOS: En virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1, y Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador publicada en el R.O. No. 449 de 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R. O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; la Resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre del 2008, publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de enero del 2009, y el sorteo de ley, avocamos conocimiento de la presente causa.- De la sentencia dictada por el Tribunal Tercero de Garantías Penales del Azuay el 13 de Abril del 2011, a las 14h30, los sentenciados Jorge Eduardo Palomeque García, Priscila Violeta Vallejo Izquierdo y Carla Irene Avecillas Ríos, interponen recurso de casación.- Al respecto, se observa: **1)** A partir de las Reformas al Código de Procedimiento Penal y Código Penal, publicadas en el Suplemento del R. O. No. 555 del 24 de marzo del 2009, los delitos de acción penal pública, son susceptibles del recurso de apelación, conforme el artículo 343, numeral 2 del Código Adjetivo Penal, que dispone: "Procede el recurso de apelación en los siguientes casos: ...2. De las sentencias dictadas en proceso simplificado, proceso abreviado y las que **declaren la culpabilidad o confirmen la inocencia del acusado...**", **(las negrillas no son del texto)**, estableciéndose con ello una segunda instancia para aquellas sentencias dictadas por los Tribunales de Garantías Penales, competentes para conocer y resolver los delitos de acción pública, de los cuales se interponía directamente el recurso de casación.- **2)** Siendo el espíritu de la ley, que las sentencias dictadas por los Tribunales de Garantías Penales, sean revisadas por un Tribunal Superior (principio del doble conforme), competente para valorar la prueba y que los sujetos de la relación procesal obtengan de la justicia la tutela efectiva, imparcial y expedita, con observancia de las garantías constitucionales, entre ellos el derecho a la defensa consagrado en el artículo 76, numeral 7 de la Carta Magna, sin que en ningún momento queden en la indefensión, y reciban una sentencia justa acorde con la realidad procesal y la correcta aplicación de las garantías constitucionales y tratados internacionales de Derechos Humanos. Es evidente que las partes procesales al disponer de recursos de impugnación que la Ley les otorga, no solo tienen el derecho sino la obligación de agotar todas las etapas de impugnación que la normativa procesal penal vigente determina.- **3)** Por consiguiente, resulta prematuro interponer recurso de casación de las sentencias dictadas por los Tribunales de Garantías Penales, cuando no han agotado el recurso de apelación que la Ley determina; pues las resoluciones al ser apelables, son susceptibles de ser revocadas, reformadas o confirmadas; por tanto, el recurso de casación interpuesto antes de resolverse la apelación no es admisible; toda vez, que solo cabe el recurso de casación de sentencias que no tengan la posibilidad de otro medio de impugnación.- Por lo expuesto, esta Primera Sala de Casación Penal, declara indebidamente deducido e

ilegalmente concedido el recurso de casación interpuesto por los mencionados procesados; sin embargo, este Tribunal invocando el mismo principio de derecho a la defensa, y por la confusión que se ha dado a partir de las reformas al Código de Procedimiento Penal, considera dejar a salvo el derecho de los sujetos procesales para interponer el recurso de apelación. - Devuélvase el proceso al órgano jurisdiccional de origen para los fines de ley.- Notifíquese.-

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada y Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales.

Certifico, Secretario Relator, Dr. Hermes Sarango Aguirre.

RAZON.- En Quito, hoy dieciseis de junio del dos mil once, a las dieciocho horas, notifico por boleta con el auto que antecede al Fiscal General por boleta dejada en el casillero No. 1207, a Miguel Sarmiento Mora, Procurador General y Representante del Banco del Austro en el casillero No. 2222, a Carla Avecillas Ríos en el casillero judicial No. 17, a Priscila Vallejo Izquierdo en el casillero judicial No. 3860, a Jorge Eduardo Palomeque García en el casillero No. 1371.-

Certifico.

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

RAZON.- Devuelvo al Secretario Relator del Tribunal Tercero de Garantías Penales del Azuay, el juicio No. 431-11-or, por peculado bancario se sigue contra Carla Irene Avecillas Ríos y otros, compuesto de doscientos treinta y seis fojas (236), tres cuerpos (3); y, el auto dictado por esta Sala en una (1) foja útil. Quito, 24 de junio del 2011.

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

Certifico que la presente es fiel copia del original.- Quito, 24 de junio del 2011.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator, Primera Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia.

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