



REGISTRO OFICIAL

ÓRGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

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

EDICIÓN ESPECIAL

Año IV - Nº 367

**Quito, martes 20 de
noviembre 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 por
las siguientes personas:

945-2009	Señor Luis Fernando Bermello Moreira	2
1020-09	Señor Guido Patricio Noguera Pacurucu	4
1043-09	Señor José Julián Chavarría Bite	6
1051-2009	Señor Roberto Carlos Pico Acosta	9
1281-09	Señor Hernán Isael Merchán Jara	12
1325-2009	Señor Marco Pazmiño Espinosa	15
1337-2009	Señor Luis Alberto Machado Cuadrado	19
1341-09	Señor Javier Eduardo Portilla Charvet	21
1356-09	Señor Edwin Oswaldo Rojas Dávila	22
1359-2009	Señor Juan Francisco Silva Villavicencio y otros	24
1372-2009	Señor Segundo Agustín Zambrano Goya	28
1390-09	Señor Guillermo José Pérez Olivo	30
1418-2009	Ingeniero Jorge Emilio Gallardo Zavala	31

No. 945-2009- C.T.

En el juicio penal que sigue MARÍA CARMEN SANGOTUÑA PILAGUANO en contra de SIMÓN FERNANDO BERMELLO MOREIRA.

JUEZ PONENTE: MILTON PEÑARRETA ÁLVAREZ (ART. 141 CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL).

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL.- Quito, 30 de agosto del 2011; a las 15h20.- **VISTOS:** El Tribunal Quinto de lo Penal de Cotopaxi mediante sentencia dictada el 19 de mayo del 2009, a las 18h54, impone una pena de dieciséis años de reclusión mayor especial a Luis Fernando Bermello Moreira por considerarlo autor del delito tipificado y sancionado por los Art. 512 ordinal 1 y 2 y 513, en concordancia con el Art. 515 del Código Penal, sentencia de la cual, por no estar de acuerdo interpone recurso de casación el antes mencionado imputado. Siendo el estado procesal el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO: JURISDICCIÓN 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: 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, el sorteo de ley respectivo, así como del oficio No. 770-SP-CNJ-2011 de fecha 19 de agosto del 2011, enviados por el señor Presidente de la Corte Nacional de Justicia, en nuestras calidades de jueces y Conjuez Nacional, de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento del presente juicio penal.- **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 casación declara la validez de esta causa penal.- **TERCERO: ANTECEDENTES PROCESALES.-** A fojas 3 autos, comparece la señora María Carmen Sangotuña Pilaguano, de 44 años de edad con denuncia verbal y posteriormente acusación particular manifestando que el día jueves 17 de enero del 2008 a, eso de la cuatro de la tarde se ha enterado por información de la Psicóloga de que su hijo Robinson Valencia, menor de 14 años de edad, el cual presenta problemas emocionales ya que ha sido violado en el mes de diciembre del 2007 por su yerno Simón Fernando Bermello Moreira, en el billar “ Jonathan Fernando” de su propiedad, ubicado frente a la pensión Aidita, calle Calaba y Av. 19 de Mayo de la ciudad de la Mana provincia de Cotopaxi.- **CUARTO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.-** El recurrente fundamenta el recurso de casación afirmando que el Tribunal juzgador ha infringido el artículo 91 del Código de Procedimiento Penal, afirma que ni en el proceso ni en la audiencia de juzgamiento, de los vestigios, como tampoco de los instrumentos, requisitos estos fundamentales que debía presentar el Fiscal en la respectiva audiencia y no lo hizo, por lo que al no existir prueba material de la infracción no hay delito no existe responsabilidad alguna de

su parte, por lo que advierte error de interpretación e indebida aplicación de las disposiciones legales al ser absolutamente inocente, solicita se case la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi.- **QUINTO: DICTÁMEN FISCAL.-** El señor Director Nacional de Asesoría, subrogante del Fiscal General del Estado, al contestar el traslado dispuesto por esta Sala con el escrito de fundamentación y al tenor de lo dispuesto por el Art. 355 del Código de Procedimiento Penal manifiesta textualmente: “Respecto al tipo penal cometido en el numeral primero del artículo 512 del Código Penal, se debe considerar que se reprime al acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por oral, anal o vaginal; en el caso del numeral primero, cuando la víctima fuere menor de catorce años, acción lesiva que en aplicación de las reglas de la sana crítica, ha sido analizada correctamente por el juzgador, puesto que del acervo aprobatorio actuado en el curso de la audiencia de juzgamiento, se determina que el menor Robinson Emilio Valencia Sangotuña, presenta lesiones propias de los delitos sexuales, información técnico-pericial suministrada por perito que realizó la experticia y con el testimonio de la perito que efectuó las evaluaciones psicológicas de la víctima que demuestra en decir que presenta trastorno emocional disocial como consecuencia del abuso sexual que sufrió el ofendido, conclusiones que concuerdan plenamente con los hechos relatados por la víctima de la agresión de tipo sexual. Destaca que tanto el peritaje médico legal y psicológico, fueron aceptados como pruebas sin objeción de los sujetos procesales, siendo importante destacar que las Salas de la Corte Suprema – hoy Corte Nacional, en innumerables ocasiones han sostenido que tratándose de delitos sexuales por sus características no hay prueba directa y por tanto el criterio de apreciación de las pruebas es más amplio al punto de que no queda duda razonable sobre la participación del sentenciado en el hecho que se juzgó. En el presente caso, la culpabilidad del acusado no ha logrado ser desvirtuada, encontrándose que sus actos se adecuan perfectamente a la descripción normativa del Código Penal aquí analizada, advirtiéndose que las alegaciones formuladas en su escrito de fundamentación no se han demostrado, todo lo contrario se ha establecido que el órgano sentenciador ha determinado correctamente el nexo causal entre la infracción y su responsabilidad. Concluye manifestando el doctor Alvear, que la Sala debe declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por el sentenciado Simón Fernando Bermello Moreira, al no haberse comprobado que el fallo recurrido contenga violaciones que deban ser subsanadas mediante este medio impugnatorio”.- **SEXTO: ANÁLISIS DE LA SALA Y RESOLUCIÓN.- 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. El Tribunal en sentencia debe valorar las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, en cumplimiento de lo que dispone el Art. 86 del Código Adjetivo Penal. La motivación de la sentencia para ser correcta, debe referirse al **hecho** y al **derecho**, valorando las pruebas y suministrando las condiciones a que arribe el tribunal sobre su examen, respecto de la función del hecho comprobado en un precepto penal, y de las consecuencias jurídicas que de su aplicación se derivan. El Juez debe consignar las razones que lo llevan a tener por acreditados o no, e históricamente ciertos o falsos los hechos que constituyen los elementos materiales del delito, enunciando las pruebas de que sirven

en cada caso y expresando la **valoración** que haga de ellas; es decir, la apreciación que lo conducen relativamente al supuesto investigado, a una conclusión afirmativa o negativa. La falta de motivación en **derecho** puede consistir en la **no descripción del hecho** que debe servir de sustento a la calificación, es decir cuando se aplica una norma jurídica diferente a la que corresponde en un proceso de correcta adecuación típica. Para ser motivada en los hechos, la sentencia debe suministrar las pruebas en que se fundan las conclusiones fácticas, esto es, demostrarlos. Para que sea fundada en derecho, la sentencia debe explicar los hechos objetos de la adecuación típica, esto es, describirlos. Otra exigencia para que la motivación sea legítima es que debe basarse en prueba válidamente introducida en el juicio, esta es, una consecuencia del principio de verdad real y el de inmediación que es su derivado, el cual supone la oralidad, publicidad y contradicción. Si es controlable en casación el grado de convencimiento que expresa el Juez. La sentencia debe basarse en la certeza, es decir, en la convicción razonada y positiva de que los hechos existieron y ocurrieron de cierta manera, lo que evidentemente sucede en el fallo de alzada. Si bien la estimación valorativa de las pruebas y las conclusiones fácticas de la sentencia son inatacables en casación, esta si controla el proceso lógico seguido por el Juez en su razonamiento. El Tribunal de casación realiza bajo este aspecto un examen sobre la aplicación del sistema probatorio establecido por la ley, a fin de custodiar la aplicación de las reglas de la sana crítica en la motivación de la sentencia, verificando si en su fundamentación se han observado las reglas de la lógica, el razonamiento y de la experiencia o conocimiento. La garantía de motivación consiste, que mientras por un lado se deja al Juez libertad de apreciación, queda en cambio obligado a correlacionar lógicamente los argumentos, evitando de esta forma la arbitrariedad. Para el Derecho Penal el bien jurídico que debe ser protegido es la libertad sexual, es decir el derecho de las personas a decidir libremente sobre sus relaciones sexuales, respetando por supuesto el mismo derecho de los demás, en el caso que nos ocupa podemos manifestar que: **a)** En este tipo de delito no existe prueba directa de la responsabilidad, por cuanto en los delitos sexuales la jurisprudencia y la doctrina admiten que es muy rara la existencia de testigos presenciales del hecho delictivo, por lo que para establecer la responsabilidad el juzgador debe hacer uso de las reglas de la sana crítica como lo señala el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal. Cabe destacar que es el Estado quien está obligado a la protección libre y normal del desarrollo sexual del menor ante todo ataque, o las salvaguardas de la integridad física y psíquica de los niños, niñas y adolescentes; y libre de cualquier daño que altere su desarrollo, el que se presenta con carácter de indisponibilidad o irrenunciabilidad, precisamente porque su consentimiento no es válido. **2)** Por otra parte las pruebas tanto testimonial como pericial valorada en su conjunto, le permitió al Tribunal Penal llegar a la certeza de que el acusado SIMÓN FERNANDO BERMELLO MOREIRA es el autor del delito de violación previsto en el Art. 512 numeral 1 y 3 del Código Penal que se encuentra vigente y estipula: “Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o, la introducción, por vía vaginal o anal, de los objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos: numeral 1.- Cuando la víctima fuere menor de catorce años; numeral

3.- Cuando se usare de violencia, amenazas e intimidación”, pues el Tribunal en aplicación a lo dispuesto en el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal ha valorado las pruebas que fueron incorporadas al juicio de conformidad a las reglas de la sana crítica, reglas que si bien no están contenidas en ningún código, deben ser entendidas como el raciocinio que se aplica a base de la inteligencia, más aún cuando en los delitos sexuales el criterio de apreciación de la prueba, principalmente el testimonio del ofendido es mucho más amplio que en otro tipo de delitos pues, no cabe duda que en este tipo de infracciones cometidas con frecuencia, nadie mejor que el agraviado para identificar al ofensor más aún cuando estos ilícitos se perpetran de forma clandestina, secreta y encubierta, por tanto no se considera probable la existencia de la prueba directa, la presencia de testigos u otra clase de elementos. **3)** El elemento fundamental para establecer la tipicidad de la violación es el relativo a la falta de consentimiento o al consentimiento viciado del sujeto pasivo. Sin perjuicio de los casos de violación y otros delitos contra la libertad sexual, se considera violencia sexual todo maltrato que constituya imposición en el ejercicio de la sexualidad de una persona, y que la obligue a tener relaciones u otras prácticas sexuales con el agresor o con terceros, mediante el uso de fuerza física, intimidación, amenazas o cualquier otro medio coercitivo, así podemos apreciar que en el testimonio rendido por el perjudicado hace referencia a este tipo de fuerza y maltrato por parte del sujeto activo FERNANDO BERMELLO, y afirma además que fue violado en tres ocasiones. Según Antolisei, la libertad sexual es “la facultad que a cada uno compete (naturalmente dentro de los límites del derecho y de las costumbres sociales) de disponer del propio cuerpo para fines sexuales”¹ Para Barrera Domínguez, “es el derecho de la persona para disponer de su cuerpo en materia erótica como a bien tenga, y consecuentemente, para abstenerse de cumplir relaciones sexuales”². El acervo probatorio actuado en el curso de la audiencia del juicio, determina que el recurrente Simón Fernando Bermello Moreira usó la violencia, amenaza o intimidación, lo que está plenamente comprobado con el resultado del informe médico legal ginecológico de 28 de enero del 2007, de los peritos doctor Alberto Robalino I. y la Obst. Evelyn Alcívar, practicada en la persona de Robinson Emilio Valencia determinan que ha sido violado, de tal manera que se puede considerar que el órgano juzgador no incurrió en ninguna violación de la ley, lo que le ha llevado a la certeza de que el tipo normativo, es las circunstancias primera y tercera del Art. 512 del Código Penal, cuyos elementos se han demostrado sin lugar a sombra de duda. Por lo expuesto, esta 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”**, al tenor de lo que dispone el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por Simón Fernando Bermello Moreira y confirma la sentencia dictada

¹ Antolisei, ob. Cit., t. I, p. 354

² Barrera Domínguez, ob. Cit., p. 58

por el Tribunal Penal Tercero de Pichincha.- Por cuanto el Secretario Titular de esta Sala se encuentra con licencia por vacaciones, actué en la presente causa el Dr. Milton Álvarez Chacón en su calidad de Secretario Relator Encargado.- Notifíquese, Publíquese y devuélvase.

Fdo). Dres. Luis Moyano Alarcón, Presidente de la Sala, Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales. Dr. Jorge Cadena Chávez, Conjuez Nacional.

Certifico.- f.) Dr. Milton Álvarez Chacón, Secretario Relator encargado.

CERTIFICO: Que las cinco copias que anteceden son iguales a su original.- Quito 13 de septiembre de 2011.

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

No. 1020-09-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. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA DE LO PENAL.- Quito, 19 de septiembre del 2011, las 16h40.- **VISTOS:** El recurrente Germán Rodrigo Guerrero Molina interpone recurso de casación a la sentencia emitida por el Cuatro Tribunal Penal de Pichincha, el 31 de diciembre del 2008, a las 11h00, en la que se ratifica la inocencia de Guido Patricio Noguera Pacurucu, dictando por lo tanto sentencia absolutoria a su favor. El recurso ha sido debidamente fundamentado por el recurrente, habiéndose corrido traslado a la Fiscalía General del Estado 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 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 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, en nuestras calidades de jueces nacionales de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento de la presente causa 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.-** El recurrente Germán Rodrigo Guerrero Molina ha fundamentado su recurso de casación en los siguientes términos: La Asociación de Taxistas de Pichincha giró el cheque No. 248 contra la cuenta corriente No. 01-01088424-9 del banco MM Jaramillo Arteaga, por la cantidad de 262,33 dólares americanos, cheque que, según el recurrente, fue retenido por los señores Presidente y Tesorero de dicha asociación, y ante el reclamo de los valores que le adeudaban, se le entregó el cheque ya cobrado, falsificándose su firma, según lo alega el recurrente. El cheque fue cobrado por Vilma Falcón Caba por orden de Patricio Noguera, conforme la versión rendida por dicha imputada, lo que se confirma, según el casacionista, con el oficio dirigido por la misma señora Falcón al Presidente de la referida asociación de taxistas, en el que manifiesta lo expuesto en su declaración. Por lo mismo, en la opinión del recurrente, Patricio Noguera es el autor intelectual del delito, al retener el cheque y ordenar su cobro a la señora Vilma Falcón, sabiendo que el cheque no había sido endosado por el recurrente. Con estas pruebas, y más el examen grafológico en que se establece la falsedad, se ha comprobado, a criterio del casacionista, la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado, añadiendo que es por esto que la sentencia del juzgador viola los artículos 42, 339 y 341 del Código Penal, y artículos 87 y 88 del Código de Procedimiento Penal. **CUARTO: CONSIDERACIONES DE LA FISCALÍA GENERAL.-** El señor subrogante del Fiscal General del Estado, doctor Alfredo Alvear Enriquez, al contestar la fundamentación del recurso de casación, señala: **1)** La impugnación que promueve el recurrente en el presente caso, se orienta casi exclusivamente a resaltar que la existencia de la infracción de falsedad de documento bancario y la responsabilidad del procesado, en cuanto autorizó el cobro de un cheque conteniendo tal defecto de autenticidad sobre la firma de quien aparecía como beneficiario, se encuentra plenamente comprobado con los medios de prueba articulados en el juicio, y algunos de ellos, con actuaciones de investigación que no fueron presentadas ni desarrolladas en el juzgamiento, y, que en todo caso, ha quedado debidamente demostrado que Patricio Noguera Pacurucu es autor intelectual del delito de uso doloso de documento falso, y como la sentencia no refleja esta verdad procesal que la deduce el impugnante, se ha violado la ley mediante contravención expresa de varios artículos del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal; **2)** La fundamentación del recurso, se basa preponderantemente en el análisis de cuestiones de orden fáctico y probatorio, con la que se revela la discrepancia que sostiene la defensa del recurrente en torno a los términos de valoración de la prueba esgrimidos por el juzgador, y a partir de tal cuestionamiento se deduce una equivocada impugnación que escoge la vía de casación, cuando los argumentos de la misma responden a planteamientos propios clásicos de un recurso de instancia, lo que equivale a pretender que mediante este especial mecanismo de objeción, que tiene por fin esencial el control de la juridicidad y la vigencia objetiva del derecho en las decisiones judiciales, se de paso o apertura a una revisión o nueva discusión de las tesis de defensa y acusación y de toda la actividad probatoria

formulada en el juicio, queriendo extremar las atribuciones del Tribunal de casación sobre materias o hábitos extraños contrarios al régimen jurídico e ideológico del recurso; 3) Cabe señalar, que en los considerandos cuarto y quinto de la sentencia que se impugna, el juzgador realiza el análisis y la relación de los medios de prueba materiales, testimoniales y documentales que las partes produjeron en la audiencia de juicio, y de los resultados de esta actividad desarrollada a presencia y control del propio Tribunal de juzgamiento, se obtiene la información necesaria para construir los términos de convicción que le condujo al juzgador a establecer que no hay suficiencia jurídica ni probatoria para declarar como comprobada la culpabilidad del acusado en los hechos que fueron objeto del proceso, sin que se advierta del contenido de tales reflexiones y pronunciamientos la existencia de vicio alguno de derecho que signifique o tenga relevancia de infracción a la ley. Por lo expuesto en líneas anteriores, el subrogante del Fiscal General del Estado considera que esta Sala de la Corte Nacional de Justicia debe rechazar el recurso interpuesto por Germán Rodrigo Guerrero Molina, por improcedente.

QUINTO: ANÁLISIS DE LA SALA.- 1) La casación, en materia penal, es un medio extraordinario de impugnación, de efecto suspensivo, contra sentencias en las que se hubiere violado la ley, ya por contravenir expresamente su texto, ya por haber hecho una falsa aplicación de ella, en fin, por haberla interpretado erróneamente, como lo dispone el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, disposición normativa que contiene los parámetros básicos en los que se ha de basar la casación en esta materia y no el artículo 3 de la Ley de Casación, como erróneamente menciona el casacionista, tomando en cuenta además que este último cuerpo normativo manifiesta, en su artículo 20, que *“El recurso de casación, en las causas penales, se regirá por las normas contenidas en el Código de Procedimiento Penal”*. Este recurso se resuelve en función de aquellas normas que el casacionista ha considerado que han sido violadas dentro de la sentencia que ha emitido el juzgador, es por eso muy importante que el recurrente mencione y fundamente claramente cuales normas específicas de la ley se han violado en el caso concreto, teniendo que ser esta violación, una de aquellas que se consideran como directas, es decir, que la contravención al precepto legal haya sido dada por inaplicación, errónea interpretación, indebida aplicación, etc. de su texto, proveniente del acto volitivo del Juez en el que, al utilizar el precepto legal, yerra en el verdadero sentido y alcance de la norma jurídica, que lo lleva a inaplicarla o a aplicarla de una manera incorrecta; sobre esto nos habla el tratadista Luis Cueva Carrión, en su obra *“La Casación en materia Penal”*, Pág. 253, que, respecto a la violación directa de la ley dice lo siguiente: *“La violación directa de la ley ocurre cuando el juez yerra en la aplicación de la norma legal, de la norma pura, independientemente de los errores que pueda cometer en relación con los hechos y con las pruebas”*, respecto a aquella violación que se considera indirecta, esto es, citando al mismo tratadista, aquella que *“no transgrede directamente la norma, sino a través del error fáctico y probatorio: luego de errar en la apreciación de los hechos, de las pruebas y en su valoración legal”*, le corresponde solamente a esta Sala analizar si el Juzgador, al valorar la

prueba para determinar la existencia material del ilícito y la correspondiente responsabilidad de la persona acusada, ha utilizado de una manera correcta las reglas de la sana crítica, pues, es en base a éstas, que el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal establece que el Juzgador debe valorar dichas pruebas; esta Sala no puede tomarse la atribución soberana que tiene el inferior sobre la valoración de la prueba, en virtud de los principios de inmediación y contradicción de la misma, al respecto de estos dos principios nos habla el autor Yecid Ramírez Bastidas, en su obra *“El Juicio Oral en Colombia”*, en la página 183, respecto al primero nos dice *“la inmediación solo puede entenderse asegurada si el juez y las partes tienen la posibilidad de acercarse a la prueba por medio de un contacto constante entre todos ellos y el elemento probatorio en examen”*, añade, que es *“la circunstancia en virtud de la cual los sujetos procesales reciben en forma inmediata, directa y simultánea los elementos de prueba provenientes de los diferentes medios, como presupuestos lógicos de la sentencia”*; con respecto al segundo nos señala que se cumple *“cuando el sistema permite la interacción de las partes, en un juego equilibrado de intervenciones orientadas a reforzar la posición de cada uno de los intervinientes y en controlar el desarrollo de la audiencia oral”*; dado que la prueba es producida en la fase procesal que controla el inferior, es precisamente éste el más apto para valorar de la mejor manera los medios probatorios presentados por las partes, dejando como materia para la casación el análisis de la correcta aplicación del ordenamiento jurídico; Claus Roxin, en su libro *“Derecho Procesal Penal, Tomo II”* acertadamente manifiesta en la página 191: *“El fin de la casación reside en el aseguramiento de una protección jurídica realista, pudiendo ser presentadas a la revisión del tribunal de casación (sólo) aquellas partes de la decisión de los jueces de mérito que son independientes del paso del tiempo y que, por ello, no son del dominio natural del juez de primera instancia, quien actúa de manera más cercana a los hechos. Por ello es que el legislador ha entregado la cuestión de hecho (esto es, las comprobaciones fácticas que se vuelven más dificultosas con el paso considerable del tiempo; ante todo, la prueba testimonial, debido a la disminución de la memoria) al juicio exclusivo del juez de primera instancia como “juez de hecho” (mérito), y ha limitado al tribunal de casación... la comprobación de las lesiones de la ley y, con ello, el control de la cuestión de Derecho”*; asumiendo lo expresado por este autor, corroboramos lo establecido anteriormente, esta Sala, en materia probatoria, únicamente puede analizar el proceso volitivo del Juez, para determinar si se han aplicado las reglas de la sana crítica en el caso concreto, más no volver a valorar la prueba para juzgar nuevamente la existencia material de la infracción y la responsabilidad del procesado; la casación no es una tercera instancia, es un recurso vertical extraordinario que pretende revisar la sentencia dictada por el inferior para desvanecer cualquier tipo de error que se haya suscitado al momento de aplicar el ordenamiento jurídico al caso concreto; por lo que, los hechos analizados en la sentencia se entienden como ciertos, a menos que se comprueben errores en la aplicación de la sana crítica, sobre esto, el anteriormente citado autor, nos ilustra al manifestar, en la página 187 de su obra, que la casación *“es un recurso*

limitado. Permite únicamente el control in iure. Esto significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y solo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al Derecho material o formal”; 2) En la especie, la manera en la que ha sido realizada la fundamentación del recurso, por parte del casacionista, revela las intenciones de este último de llevar a esta Sala, constituida en Tribunal de casación, a valorar nuevamente el elemento probatorio, sin que existan argumentos de parte del recurrente que se refieran a la naturaleza misma del recurso de casación, es decir, el control de la aplicación del ordenamiento jurídico por parte del los juzgadores; sin embargo, para cumplir con el mandato de la última parte del artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, se ha procedido a revisar la sentencia del inferior, sin encontrar ninguna violación al ordenamiento jurídico en dicho fallo, ya que se ha realizado respetando una debida valoración de la prueba y se ha dado una correcta motivación de la sentencia, subsumiendo el caso concreto a las normas penales correspondientes. El juzgador ha analizado la prueba en los considerandos cuarto y quinto de la sentencia recurrida, haciendo un estudio minucioso respecto a lo expresado en el artículo 85 del Código de Procedimiento Penal, en base a los elementos probatorios de cargo y de descargo presentados por las partes procesales, respetando el ordenamiento jurídico al haber valorado en su conjunto solo aquella prueba que ha sido debidamente pedida, ordenada, practicada e incorporada al proceso como establece el artículo 83 de la Ley Adjetiva Penal. Tomando a la sana crítica como el juicio de valor que hace el juzgador respecto a la prueba, considerada con apego a la ley y analizada con arreglo a la lógica, al saber y a la experiencia del fallador, esta Sala observa que el juzgador ha cumplido con el mandato contenido en el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal y así también ha sabido motivar correctamente su decisión, ya que, como lo establece el tratadista ecuatoriano Jorge Zavala Baquerizo en su obra “Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo IX”, Pág. 130, 131: *“La motivación de la sentencia debe contener el camino recorrido por el juez en la deliberación... debe exponer de manera lógica cada uno de los elementos a los cuales se refiere el objeto del proceso, las pretensiones de las partes activas y las oposiciones planteadas por las pasivas; debe analizar los actos procesales interpretarlos y valorarlos. Debe dilucidar sobre los fundamentos de derecho relacionados con el proceso, con la infracción, con el ofendido y el acusado”*, dicho camino ha sido recorrido por el juzgador, que ha llegado a sus conclusiones en el considerando sexto de su fallo, estableciendo que aunque la materialidad de la infracción se encuentra comprobada, no existen elementos probatorios que vinculen a Guido Patricio Noguera Pacurucu con dicha infracción, por lo que ha decidido ratificar su estado de inocencia, sin que esta Sala pueda percibir ninguna falla en los razonamientos hechos por el mismo. **SEXTO: RESOLUCIÓN.-** Por las consideraciones expuestas y en apego al criterio expresado por la Fiscalía General del Estado **“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 el

recurrente German Rodrigo Guerrero Molina.- Devuélvase el proceso al inferior para el trámite de ley.- **Notifíquese y Cúmplase.**

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

Certifico, Secretario Relator. Dr. Hermes Sarango Aguirre.

Certifico que la presente es fiel copia del original.- Quito, 17 de octubre del 2011.

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

No. 1043-09-or

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, 28 de septiembre del 2011, las 15h00. **VISTOS:** El recurrente, José Julián Chavarría Bite, interpone recurso de casación a la sentencia emitida por el Tribunal Segundo de Garantías Penales de Esmeraldas, el 18 de mayo del 2009, a las 10h20, en la que le impone la pena modificada de tres años de reclusión menor, con costas, daños y perjuicios, disponiendo además la suspensión por igual tiempo, de los derechos de ciudadanía. El recurso ha sido debidamente fundamentado por el recurrente, habiéndose corrido traslado al Ministerio Público que contestó, de conformidad con lo que dispone el Art. 355 del Código de Procedimiento Penal. Por concluido el trámite y 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. 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 de 2008; y, la resolución sustitutiva dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre 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, 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 su nulidad; por lo que, este Tribunal de alzada, declara la validez de esta causa penal. **TERCERO.- FUNDAMENTO DEL RECURSO.-** El recurrente, José

Julián Chavarría Bite, en su escrito de fundamentación, en lo principal, alega lo siguiente: **a)** Que la sentencia dictada en su contra es totalmente injusta, ya que a lo largo del proceso no se ha podido comprobar que su actuación haya obedecido a ninguna conducta antijurídica, de acuerdo al Art. 32 del Código de Procedimiento Penal, **(el referido artículo corresponde al Código Penal)** ya que según consta de las declaraciones de testigos y de los mismos acusados, ha sido llamado por Jairon Mala Quiñones, para transportar unos enseres de casa de su tía de nombre Emma Preciado, hasta el sector denominado la mina de piedra; **b)** Que ha demostrado al Tribunal que ha sido inducido a engaño, ya que en ningún momento ha sabido la procedencia de los enseres, que no ha intentado escapar ni ocultarse y que según declaración de los mismos policías, su accionar ha sido de lo más normal y que sin embargo nada de eso se ha tomado en cuenta; **c)** Que se le da una condena de tres años por robo calificado, con todas sus agravantes de usar armas, cuando de las versiones del ofendido consta que el machete y el cuchillo son de su pertenencia y eran parte de los enseres que transportaban y que no han sido utilizados como armas, y niega que la versión que se le atribuye, en la que le hacen aparecer como que reconoce su participación en el hecho delictivo, que no sabe ni leer ni escribir, y lo que es más, aparece una firma que supuestamente le atribuyen; por lo que, solicita se ordene su inmediata libertad, toda vez que no ha cometido delito alguno y que ha sido inducido a error.- **CUARTO: CONSIDERACIONES DE LA FISCALÍA GENERAL.-** El Dr. Alfredo Alvear Enríquez, subrogante del Fiscal General del Estado, al contestar la fundamentación del recurso de casación suscrito por el Ab. Rody Huertas Cedeño, defensor de José Julián Chavarría Bite señala que: **1.-** Del análisis de la sentencia impugnada, se advierte que el Tribunal ha contado con los suficientes medios de prueba materiales, testimoniales y documentales, que le permitieron adecuar la conducta del acusado a los presupuestos hipotéticos del delito de robo, luego de realizar y agotar una actividad de apreciación y valoración lógica, coherente y jurídica que recayó, dice, fundamentalmente en el testimonio del ofendido Evulo Ebaricio Roa Valencia, que al ser contrastado con los testimonios del Subof. Wilfrido Peter Valencia Garrido, del Cbop. Juan Carlos Mina Quiñones y Cbop. Roger Soen Quintero Nazareno, se conoce que el día 21 de noviembre del 2008, a eso de las 24h00, cuando patrullaban en la vía Tachina San Mateo a la altura de las bodegas del Consejo Provincial, se percatan de la presencia de tres sujetos –Jairo Andrés Mala Quiñones, Jefferson Gabriel Carvajal Quiñones y José Julián Chavarría Bite-, quienes venían cargando varios objetos (televisor, cocineta, cilindro de gas, zapatos, entre otras cosas) portando uno de ellos un cuchillo y un machete; que, al ser requeridos por los policías para que justifiquen la procedencia de dichos enseres, no lo han hecho, por lo que han sido aprehendidos y trasladados a la Policía Judicial hasta que se realicen las respectivas investigaciones, llegando posteriormente a determinar que esos objetos, eran de propiedad del ofendido Evulo Ebaricio Roa Valencia, quien ha demostrado la propiedad con la presentación de los pertinentes títulos; que, con la pericia de reconocimiento del lugar se ha determinado el lugar de donde fueron sustraídos dichos objetos; **2.-** Que el juzgador, al valorar los testimonios de los acusados encuentra, que sus aseveraciones no cuentan con los mínimos rigores probatorios que amerite tasarlos con cierto grado de

credibilidad, a fin de rectificar su estado de inocencia, más bien se observa que la información proporcionada por ellos, no se ajusta a la realidad procesal; que resulta absurdo, creer que los procesados simplemente trasladaban los objetos de un lugar a otro por pedido de una tía; **3.-** Concluye que la alegación del procesado, respecto a que fue engañado por Jairon Andrés Mala Quiñones, no tiene asidero jurídico, porque existe suficiente mérito probatorio que desvirtúa las alegaciones del recurrente, como tampoco se advierte medio de prueba alguno con el cual se pretenda contradecir o confrontar aquella de cargo, que fue determinante para que el Tribunal Penal encaje y califique su conducta en los términos hipotéticos de la norma que define el conflicto; por lo que, es del criterio que el recurso planteado sea rechazado por improcedente e infundado.- **QUINTO: ANÁLISIS DE LA SALA.-** **1)** Se ha manifestado en innumerables ocasiones que, 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 enunciadas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal que prescribe que, **“El recurso de casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación. No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba”**. De acuerdo con la norma transcrita, la violación de la ley sustantiva, sobre aspectos de puro derecho, se pueden producir a través de tres modalidades, según el Autor Walter Guerrero Vivanco, en su obra “Derecho Procesal Penal”, Tomo IV EL PROCESO PENAL. Pudeleco, Editores S.A. marzo 2004, pág. 291; **a)** Por contravenir expresamente a su texto (violación expresa); **b)** Por haberse hecho una falsa aplicación de la misma (aplicación indebida); y, **c)** Por haberla interpretado erróneamente (interpretación errónea). Claus Rocín, en su obra “Derecho Procesal Penal” Editores del Puerto s.r.l., Bs. As. 2003, sostiene que **“La Casación 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”**. En este mismo contexto, Lino Enrique Palacio, en “Los Recursos en el Proceso Penal” Abeledo –Perrot, Bs. As., 2001, pág. 115, acertadamente señala que **“la vía del recurso de casación no procede para provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios en que se apoya la sentencia, por cuanto el valor de las pruebas no está prefijado o predeterminado de antemano y corresponde, por lo tanto, a la apreciación del Tribunal de juicio la determinación del grado de convencimiento que aquellas puedan producir, sin que dicho Tribunal deba justificar por qué otorga mayor o menor mérito a una prueba que a otra”**. Cabe establecer, que de acuerdo con las normas legales que rigen la casación penal, es obligación de quien recurre por esta vía, en este caso, demostrar en qué consiste las violaciones de la ley en la sentencia, esto es hacer evidente la contravención a las normas legales en cuanto a su texto, o establecer claramente en qué consiste la interpretación de la ley o la falsa aplicación de la misma y de qué manera ha influenciado en la equivocada decisión de los juzgadores. Por lo expuesto, esta sala está imposibilitada

de realizar un reexamen de las pruebas actuadas, ya que como se ha dicho, la ley le concede esta facultad al juzgador, quien por su independencia y haciendo uso de la sana crítica, que no es otra cosa que el acervo de capacidad, experiencia, lógica jurídica y convicción personal, es a quien le corresponde la valoración de la prueba; tanto más que, por su intermediación en el recaudo procesal, tiene la sustentación de todos los elementos de juicio para decidir lo que en derecho corresponda. Si bien es cierto que las conclusiones fácticas de la sentencia son inatacables en casación, ésta si controla el proceso lógico seguido por el Juez en su razonamiento, correspondiéndole únicamente a esta Sala, analizar si el juzgador al valorar la prueba para determinar la existencia material del ilícito, y, la correspondiente responsabilidad de la persona imputada, ha utilizado de una manera correcta las reglas de la sana crítica, pues es en base a éstas que el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal, establece que el juzgador debe valorar dichas pruebas; es decir, realizar un examen sobre el sistema probatorio establecido por la ley, a fin de custodiar la aplicación de las reglas de la sana crítica en la motivación de la sentencia, verificando si en su fundamentación se han observado las reglas de la lógica, del razonamiento y de la experiencia. La garantía de motivación consiste en que mientras por un lado se deja al Juez libertad de apreciación, queda en cambio obligación a correlacionar lógicamente los argumentos, todo aquello para prevenir la arbitrariedad en las decisiones a las que arribe el juzgador; 2) Sin embargo de lo anteriormente expuesto, la Sala si está en capacidad de analizar la demás impugnaciones que ha realizado el casacionista y al respecto, se hace el siguiente análisis: a) La fundamentación del recurso enunciado anteriormente, carece de motivación, pues el recurrente no determina ni especifica la norma que supone violada; su alegación, se basa en aspectos generales y diligencias evacuadas en la investigación y no en un análisis jurídico del error de derecho en que supuestamente incurre el juzgador en la sentencia, esto se corrobora cuando manifiesta que “La sentencia dictada en mi contra es totalmente injusta, ... no pudo probarse que mi actuación obedecía a ninguna conducta antijurídica de acuerdo al art. 32 del Código de Procedimiento Penal ...” (se trata del Art. 32 del Código Penal); dice también, que ha demostrado al Tribunal, que ha sido inducido a engaño, que en ningún momento supo de la procedencia de los enseres, que no intentó escapar ni ocultarse cuando se acercaron los policías, b) alega que de las versiones del ofendido consta que el machete y el cuchillo con el que se le quiere acusar, ha demostrado que han sido parte de los enseres que transportaban y que no fueron utilizados como armas; c) que se le condena por robo calificado por el agravante de usar armas, lo cual no es verdad, pues formaban parte de los enseres que transportaban; d) manifiesta que no sabe leer ni escribir, que ha estampado su huella digital; y, sin embargo aparece una versión fiscal inducida, en la cual supuestamente se declara coautor del delito que lo acusan y lo que es más, aparece una firma que supuestamente le atribuyen, por lo que solicita se ordene su inmediata libertad; 3. Al respecto, una vez analizado el pronunciamiento del Tribunal Segundo de Garantías Penales de Esmeraldas, la Sala considera que éste no ha violado ninguna norma legal, y el casacionista solo menciona el Art. 32, que no es del Código de Procedimiento Penal sino, del Código Penal, para manifestar que la sentencia dictada en su contra es injusta, por que a lo largo del proceso no ha podido probarse que su

actuación haya obedecido a ninguna conducta antijurídica; solicita su inmediata libertad en razón de que, según dice “no he cometido delito alguno con voluntad, ya que fui inducido a error, ...” es decir, en la fundamentación del recurso no hace alusión a violación alguna de la ley en la sentencia, más bien hace énfasis en lo injusto de su pronunciamiento, pero no menciona artículo o artículos de la ley que se hayan violado en la fundamentación de la sentencia, como lo mencionamos en líneas anteriores; si tomamos en consideración lo enunciado por el recurrente, con respecto a lo prescrito en el Art. 32 del Código Penal, éste dice textualmente: **“Nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia”**; podríamos asumir que, en el presente caso se ha inobservado esta disposición, sin embargo, estas premisas que nos da el referido artículo, se desvirtúa en el momento en el que la participación del recurrente, dentro del hecho delictivo, ha sido comprobado; así tenemos que, el Art. 33 del Código Penal establece: **“Repútese como actos conscientes y voluntarios todas las infracciones, mientras no se pruebe lo contrario; excepto cuando las circunstancias que precedieron o acompañaron al acto, pueda deducirse que no hubo intención dañada al cometerlo”** de lo que se puede colegir que, una vez comprobada la actuación del acusado dentro del hecho ilícito, se presume que realizó dicho acto a sabiendas de lo que iba a hacer y también queriendo y pudiendo hacerlo; así, cuando el acusado manifiesta que no existieron ninguno de estos elementos, conciencia y voluntad, la carga de la prueba se ve invertida hacia el acusado para que sea éste el encargado de probar sus aseveraciones; salvo que del proceso, se desprenda la falta de estos elementos. Esta norma no debe ser comprendida como una violación del principio de presunción de inocencia, ya que la carga de la prueba se ve invertida solo cuando en el proceso, el elemento probatorio ha arrojado prueba indiscutible acerca de la participación del acusado en el hecho ilícito, haciendo que éste tenga que argüir su falta de conciencia o voluntad en el acto, o su falta de intención dañosa en el mismo; esto último, en virtud de la última frase dada por el Art. 33 del cuerpo de leyes invocada, ya que se aplica la presunción para la conciencia y la voluntad manifestadas en el acto, pero establece como manera de desvirtuarla al ser una presunción de hecho, el comprobar que no se tuvo intención dañosa al cometer el acto; al respecto, en la obra “Manual de Derecho Penal Ecuatoriano” pág. 198, su autor Dr. Ernesto Albán Gómez, dice: **“el artículo 33 del Código contiene una regla muy discutible, que suele calificarse como “presunción de dolo”. El artículo dice que se reputan como conscientes y voluntarias todas las infracciones mientras no se pruebe lo contrario”, lo cual en un primer momento podría entenderse como una presunción general de imputabilidad o de culpabilidad; pero cuando más adelante el mismo artículo agrega la frase “excepto cuando...puede deducirse que no hubo intención dañada al cometerlo”, se revela evidentemente que lo que el Código establece es más bien una presunción de dolo”**. Como última observación, esta Sala debe subrayar que siempre se debe analizar la conciencia y voluntad de la persona acusada en cada caso concreto, utilizando las pruebas que se han presentado en el proceso, para establecer hasta dónde se extiende, cuál es el límite de la conciencia y voluntad del individuo; 4.- En base a lo analizado anteriormente, la Sala reitera que no ha encontrado ninguna

violación al ordenamiento jurídico en el fallo recurrido por el procesado, el mismo que en ningún momento ha hecho alusión a violación alguna de la ley, además que las pruebas demuestran que fueron encontrados en delito flagrante, entre otros el recurrente, por lo que fue aprehendido en el momento mismo en que llevaba a cabo el ilícito que motiva este proceso; no se puede establecer que en la etapa del juicio, el recurrente haya logrado probar que su actuación haya respondido a que, como sostiene, haya sido inducido a engaño, y, que en ningún momento ha sabido la procedencia de los enseres; es decir, se ha configurado la flagrancia que define el Art. 162 del Código de Procedimiento Penal que en el extenso texto de la sentencia recurrida, en el Considerando Tercero, se da cuenta de todos y cada uno de los actos de prueba realizados, los mismos que han sido analizados, explicados y valorados mediante las reglas de la sana crítica, que le permite concluir de que hay la certeza sobre la existencia de la infracción y la responsabilidad de los acusados, entre ellos el ahora recurrente Jairon Julián Chavarría Bite, respetando la normativa penal, al haber valorado en conjunto solo aquella prueba que ha sido debidamente pedida, ordenada, practicada e incorporada al proceso como establece el Art. 83 del Código de Procedimiento Penal, material probatorio que ha servido para comprobar los dos aspectos fundamentales de los cuales trata el Art. 85 *Ibidem*. Tomando a la sana crítica como el juicio de valor que hace al juzgador respecto a la prueba, considerada con apego a la ley y analizada con arreglo a la lógica, al saber y a la experiencia del fallador, esta Sala observa que el juzgador ha cumplido con el mandato contenido en el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal, como también ha motivado correctamente su decisión, de conformidad con lo prescrito en el Art. 304-A del Código de Procedimiento Penal; al respecto, el tratadista Jorge Zavala Baquerizo, en su obra "Tratado de Derecho Procesal Penal", Tomo IX, pág. 130, 131 manifiesta que "**La motivación de la sentencia debe contener el camino recorrido por el juez en la deliberación ... debe exponer de manera lógica cada uno de los elementos a los cuales se refiere el objeto del proceso, las pretensiones de las partes activas y las oposiciones planteadas por las pasivas; debe analizar los actos procesales, interpretarlos y valorizarlos. Debe dilucidar sobre los fundamentos de derecho relacionados con el proceso, con la infracción, con el ofendido y el acusado**", dicho camino ha sido recorrido por el juzgador, sin que esta Sala pueda señalar falla alguna en los razonamientos hechos por el mismo.- **SEXTO: RESOLUCIÓN.-** Por las consideraciones expuestas y en armonía con el pronunciamiento del Fiscal General de Estado, subrogante, 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 Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por José Julián Chavarría Bite, disponiendo se devuelva este proceso al Tribunal de origen para el trámite de ley. **Notifíquese y Publíquese.-**

f.) Dr. Luis Moyano Alarcón, Juez Nacional.

f.) Dr. Hernán Ulloa Parada, Juez Nacional.

f.) Dr. Milton Peñarreta Álvarez, Juez Nacional.

Certifico:

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

Certifico que las fotocopias que anteceden son iguales a sus originales.- Quito, 17 de octubre del 2011.

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

No. 1051-2009 (Estafa-casación).

JUEZ PONENTE: DR. MILTON PEÑARRETA.

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

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA - PRIMERA SALA DE LO PENAL.- Quito, 6 de julio de 2011; a las 15h00.- **VISTOS:** El ofendido Víctor Milton Bárcenas Mejía interpone recurso de casación de la sentencia dictada el 13 de mayo de 2009 por el Primer Tribunal de Garantías Penales de Tungurahua que le impone al sentenciado la pena de dieciocho meses de prisión correccional por considerarlo autor del delito de estafa tipificado y sancionado en el Art. 563 del Código Penal. Por su parte el sentenciado Roberto Carlos Pico Acosta también interpone recurso de casación de la sentencia referida por no estar de acuerdo con la pena impuesta. Sustanciada la causa, y cumplido el trámite respectivo, siendo el estado procesal el de resolver para hacerlo se considera: **PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** 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 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 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; oficio No. 823-SG-SLL-2011 suscrito por el señor Presidente de la Corte Nacional de Justicia; y por el sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de jueces nacionales y Conjuez, respectivamente, de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento de la presente causa. **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 DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN.- 1).-** El agraviado fundamenta el recurso de casación afirmando que pese a que existen circunstancias agravantes que han sido detalladas, analizadas y probadas en la audiencia pública de juzgamiento, el Tribunal impone

una pena de prisión demasiado benigna que no se compadece en ningún aspecto con los méritos procesales resultantes de la prueba, violando por lo tanto la ley por haberla interpretado erróneamente, cumpliéndose lo dispuesto por el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal; agrega que el acusado para cometer el delito de estafa, actuó sobre seguro, inclusive valiéndose de una serie de artimañas para conseguir su propósito de perjudicarlo económicamente, sin tomar en cuenta su edad avanzada ni su enfermedad grave, ejecutando la infracción con alevosía, sobre seguro y aumentando deliberadamente el daño a su persona, creando una confianza desmedida; **2).** Por su lado, el acusado fundamenta el recurso de casación afirmando que el Tribunal juzgador ha infringido el numeral 1 del Art. 30, de los numerales 6 y 7 del Art. 29 y Art. 73 del Código Penal. Indica que el delito de estafa, el fraude como elemento constitutivo de este delito, ya no puede ser considerado nuevamente como circunstancia agravante, porque se le estaría dando un doble efecto negativo, por lo tanto, no puede anular el valor de circunstancias atenuantes.

CUARTO: DICTAMEN FISCAL.- La doctora Luz Paulina Garcés Cevallos, Asesora Jurídica encargada del despacho de la Fiscalía General del Estado, en lo principal de su dictamen considera que: en el caso del agraviado ha dicho que para imponer la pena, no se ha tomado en cuenta las agravantes, esto es, que el sentenciado tuvo que cometer otros ilícitos para conseguir sus propósitos, enajenó un bien mueble que estaba prohibido de hacerlo, presentó una matrícula duplicada en la que no constaba la frase “no negociable” que siempre está en los vehículos prendados, además ha dicho que el perjuicio a él ocasionado por el sentenciado, es de gran magnitud, hizo un préstamo para poder entregar los doce mil quinientos dólares, sigue con esa deuda y también tuvo que deshacerse de sus ahorros que con mucho esfuerzo los consiguió, circunstancias por las que considera que la pena impuesta no guarda relación con el daño provocado, es ínfima. En el caso del sentenciado, no ha demostrado los errores de derecho en los que hubiere incurrido el juzgador, en cualquiera de las formas establecidas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, al momento de expedir la sentencia, claramente constan en la sentencia los motivos por los que no han sido tomados en cuenta las atenuantes alegadas por el recurrente, no se cumple lo dispuesto por el Art. 73 del Código de Procedimiento Penal, este recurso especial no está destinado para que se realice una nueva valoración de la carga probatoria, menos aún a determinar la existencia de vicios de nulidad, actividad que en su momento fue evacuada por el Tribunal de Garantías Penales en aplicación a los principios de inmediación, contradicción y concentración de la prueba. Por su parte, el condenado manifiesta que el Primer Tribunal de Garantías Penales de Tungurahua, no puede considerar el fraude para indicar que se ha cumplido con los elementos constitutivos del tipo penal-estafa; y nuevamente volver a considerar el fraude como circunstancia agravante de la conducta del acusado, en la perpetración del delito. El fallo recurrido, en el considerando “CUARTO” consta: “... es decir no podía disponer de él sin autorización o conocimiento del que se reservó para sí el dominio del bien, por lo que se constituye como un mero tenedor, e infiere la existencia de manejos fraudulentos y dolosos del acusado...”. Igualmente en el considerando “QUINTO” del fallo de la referencia consta: “... dan al tribunal la certeza de que en la especie se ha comprobado conforme a derecho la existencia de la

infracción tipificada y sancionada en el Art. 563 del Código Penal, así como la responsabilidad del acusado Roberto Carlos Pico Acosta. Se ha justificado circunstancias agravantes, constitutivas o modificatorias de la infracción (sic), que es el fraude como lo dispone el Art. 30 numeral 1 del Código Penal...” Al final de su dictamen la Asesora Jurídica encargada de la Fiscalía General del Estado, considera que se debe acoger el recurso de casación interpuesto por el agraviado Víctor Milton Bárcenas Mejía, al haberse comprobado que el fallo recurrido contiene violaciones que deben ser subsanadas a través de este medio impugnatorio. Y que en el caso del sentenciado Roberto Carlos Pico Acosta, estima que se declare improcedente el recurso interpuesto por el recurrente por no haberse comprobado que el fallo recurrido contenga violaciones en su contra que deban ser subsanadas a través de este medio impugnatorio. **QUINTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.-** El recurso de casación es un medio extraordinario de impugnación a una sentencia dictada por los tribunales penales o por las cortes provinciales, hoy provinciales 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 23 y 24 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*, *ne 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 invierte 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)** La estafa es una defraudación

por fraude, que no ataca simplemente a la tenencia de las cosas, sino a la completitud del patrimonio; después de un hurto, el patrimonio puede verse disminuido y aun puede haberse aumentado; después de la estafa no ocurre tal cosa, siempre se verá disminuido. Y esa disminución se produce por el error de una persona que dispone del bien distrayéndolo del patrimonio afectado, acción que realiza, por lo tanto, desconociendo su significado perjudicial para dicho patrimonio. La secuencia causal en la estafa –como en toda defraudación por fraude- es la siguiente: el agente despliega una actividad engañosa que induce en error a una persona, quien en virtud de ese error, realiza una prestación que resulta perjudicial para un patrimonio. La defraudación comprende una serie de delitos; pero la gran mayoría de ellos quedan comprendidos dentro de dos especies básicas de defraudación: la estafa y el abuso de confianza. La diferencia entre ambos reside en el momento en que el sujeto obre dolosamente: en la estafa, el dolo es anterior a la obtención de la cosa; en el abuso de confianza, por el contrario, el dolo es posterior. En la estafa, la víctima entrega la cosa a raíz del fraude anterior (ardid o engaño) empleado por el estafador. **5)** La voluntad de la víctima esta viciada desde el comienzo por la actividad fraudulenta del actor, y así se comprueba en el caso en mención, ya que el día 23 de junio del 2007 el perjudicado Víctor Milton Bárcenas Mejía se dirigió a la feria de vehículos usados ubicado en la parroquia Picaíhua, ciudad de Ambato, encontrándose en dicha feria a Roberto Carlos Pico quien tenía una camioneta Chevrolet, color rojo, de placas TDD-705, que se encontraba vendiéndola. Después de verificar que el vehículo no tenía ningún impedimento de venta ni gravamen, procede hacer el negocio de dicho automotor, por un precio de doce mil quinientos dólares, dinero que fue entregado en efectivo a Roberto Pico Acosta, luego de lo cual procedió a legalizar el contrato de compra y venta. El vendedor del vehículo Pico Acosta le aseguró que no tenía ningún problema para su venta, más el vehículo fue retenido a la salida de su casa ubicada en San Miguel de los Bancos, por lo cual llamó a la madre del acusado para solucionar el problema y no se ha devuelto ni el dinero ni la camioneta materia de la negociación desde esa fecha hasta la actualidad, ya que el automotor se encontraba prendado. Se puede observar que existe la copia certificada del juicio especial de aprehensión del vehículo referido, signado con el número 2008-0222, seguido en el Juzgado Cuarto de lo Civil de Tungurahua por Walter Darío Vargas Torres o Ivón Margarita Villena propietarios del vehículo materia de la estafa en contra de Roberto Carlos Pico Acosta y Zoila María Acosta, constantes de fojas 115 a 182 del proceso del que se desprende que el vehículo materia del presente caso, fue aprehendido y entregado al señor Walter Darío Vargas Torres. **6)** El perjuicio para la víctima es un elemento fundamental de la estafa, que es un delito contra la propiedad. El perjuicio patrimonial, significa que el daño debe tener un valor o significado económico; puede consistir en cualquier acto que afecte el patrimonio o el derecho a la propiedad de la víctima. Un ejemplo, puede consistir en que la víctima entregue sumas de dinero, cosas muebles o inmuebles, en que preste trabajos o servicios remunerados, en que renuncie a derechos personales o reales, en que asuma obligaciones, etc. El ardid y el engaño son el punto central de la estafa, ambos medios son equiparados por la ley, pues ambos pueden inducir a error a la víctima; de ahí que el acusado a sabiendas que el automotor se encontraba con gravamen de reserva de

dominio procedió a dar en venta y cobró por el mismo la cantidad antes citada al ofendido Víctor Bárcenas, comprador de buena fe, realizando actos de comercio no autorizados por la ley, con el bien mueble que no le pertenecía por el hecho de ser un mero tenedor. En el caso del sentenciado, no ha demostrado los errores que hubiere incurrido el juzgador, en cualquiera de las formas establecidas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal al momento de expedir la sentencia, claramente consta en la misma los motivos por los que no han sido tomadas en cuenta las atenuantes alegadas por el recurrente. 7) En cuanto al pedido del recurrente Víctor Milton Bárcenas Mejía solicitando que se aumente la pena impuesta por considerarla muy benigna, se establece que el Tribunal de lo Penal ha efectuado un razonamiento de todo el acervo probatorio actuado en el curso de la audiencia oral y mediante una relación circunstanciada del hecho delictivo y apoyado en las reglas de la sana crítica, dicta sentencia imponiendo una sanción de acuerdo al delito cometido. Por lo expuesto, esta 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**, al tenor de lo que dispone el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedentes los recursos de casación interpuestos por los recurrentes Víctor Milton Bárcenas Mejía y Roberto Carlos Pico Acosta. Devuélvase al inferior para el trámite de ley. Notifíquese y Cúmplase.

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

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

Razón: Asiento por tal que las siete (7) copias que anteceden son iguales a su original. Quito, 29 de agosto de 2011. Certifico.

f.) Dr. Milton Álvarez Chacón, Secretario Relator (E).

No. 1281-09-or

JUEZ PONENTE DR. Jorge Cadena Chávez.

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

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA:- PRIMERA SALA DE LO PENAL.- Quito, 25 de agosto del 2011, las 17h55.- **VISTOS: ANTECEDENTES.-** Hernán Isael Merchán Jara interpone recurso de casación de la sentencia pronunciada el 22 de septiembre del 2009, por el Tercer Tribunal de Garantías Penales del Azuay, atribuyéndole la autoría y responsabilidad en el delito tipificado en el artículo 512 No.1 y sancionado por el artículo 513 ambos del Código Penal, y lo condena a la pena de veinticinco años de reclusión mayor especial, sin atenuantes en razón

de los artículos 29ª y 30ª, numeral 9 ibidem.- Concluido el trámite de casación y siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo, se considera: **PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** Esta Sala tiene jurisdicción y competencia para resolver el recurso interpuesto, 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; 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, del sorteo de ley respectivo; y en virtud de los oficios No. 743-SP-CNJ-2011 y 770-SP-CNJ-2011, de 9 y 17 de agosto del 2011, firmados por el Dr. Carlos Ramírez Romero, mediante los cuales encarga de los despachos de los jueces titulares de la Primera Sala de lo Penal, a los doctores Jorge Cadena Chávez y Arturo Pérez Castillo; y, por la providencia de 23 de agosto del 2011 con la que se le llama a la doctora Gladys Proaño, en nuestras calidades de conjueces, avocamos conocimiento de la presente causa.- **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** No se advierte vicios de procedimiento que puedan afectar la validez del proceso de casación, por lo que no hay nulidad que declarar.- **TERCERO: Agréguese a los autos el escrito de delegación entregada por el Fiscal General del Estado a favor del Dr. Raúl Garcés Llerena y el presentado por Hernán Merchán Jara; atendiendo el mencionado escrito se legitima la intervención del Dr. Iván Culcay V. en la audiencia oral a nombre del procesado.- CUARTO.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.-** “1.- Interpuse recurso de Casación de la Sentencia dictada en fecha 22 de septiembre de 2009, las 08h15 y negativa de ampliación de la sentencia de fecha 28 de septiembre de 2009, las 10h46 por parte de los Jueces del Tercer Tribunal de Garantías Penales del Azuay, en razón que lesiona mis derechos de manera fatal. En la Sentencia existe violación de la ley, al existir indebida aplicación de las normas sustantivas y adjetivas, en las que se basaron para emitirla y en la que se me declara autor y responsable del delito de violación imponiéndome una pena injusta de veinte y cinco años de reclusión mayor especial. Dicha autoría y responsabilidad no se encuentra probada de forma fehaciente en el proceso, ya que el Juzgador no acató en forma legal las disposiciones de los artículos 250 y 85 del C. de P. Penal, menos aún se ha demostrado que las lesiones de la ofendida, sean consecuencia de una violación sexual; por lo cual no debía aplicarse como efectivamente se lo ha hecho para mi condena las disposiciones de los artículos 512 numeral 1 y 513 del Código Penal. Al no existir demostrada responsabilidad de forma directa ni indirecta de mi parte, por lo que soy víctima de un acto antijurídico, al haberse pronunciado los señores jueces de la manera como lo hicieron en su sentencia condenatoria. Los tribunales de garantías penales son soberanos en cuanto al establecimiento de los hechos. El artículo 76, literal 1), de la Constitución de la República, refiere que las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas y que la motivación de la resolución se fundamente en normas y principios jurídicos que den aplicación y pertinencia a los antecedentes de hecho, por ende la sentencia no puede ser escueta en cuanto a señalar la simple existencia del delito, la culpabilidad del acusado y lo relativo a la imposición de

la pena. Calificar jurídicamente un hecho es darle una valoración de acuerdo con las normas del Derecho Vigente al momento de la calificación. Establecidos los hechos y calificados jurídicamente, el tribunal debe extraer de dicha calificación y las consecuencias jurídicas propias de la calificación indicada. De acuerdo con el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal el recurso de casación será procedente si en la sentencia se ha violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación, y por fin por haberla interpretado erróneamente. 2.- El presente caso corresponde referirse a los siguientes elementos de convicción sobre la existencia de la infracción.- En la investigación y análisis procesal de los delitos sexuales y en especial aquellos que refieren a la violación, sin aparente duda alguna la información y prueba médico pericial, es decir, la experticia ginecológica de la presunta víctima es el aspecto más relevante. En este sentido es necesaria referirnos a los siguientes aspectos: a) La existencia del delito sexual se prueba conforme a derecho mediante el reconocimiento médico ginecológico de la ofendida, realizada por peritos legistas inscritos en el Ministerio Público, designados y posesionados legalmente por el Fiscal de la instrucción, peritos que deben ajustar su informe a lo previsto en el inciso segundo del artículo 103 y 105 del Código Adjetivo Penal, para su plena validez y eficacia jurídica, al respecto debo sostener lo siguiente: a) El reconocimiento médico legal a la víctima en el que perito médico Dr. Gabriel Tenorio Salazar, informa que al examen ginecológico se observa que la niña Anahí Geomara Cabrera Armijos, no presenta signos generales de violencia, presenta himen íntegro, región anal, herida de un centímetro, reciente, lesión que se pudo producir por la introducción de un objeto tal como un pene en erección. La propia definición de acceso carnal nos motiva el rechazo a calificar como constitutivo de violación, la introducción de un instrumento extraño, artificial, en los esfínteres de la víctima. Lo que se introduce, ya sea parcial o totalmente, es el pene, esto es, el órgano sexual masculino. El resto podría calificar para otro delito, mas no para violación. Al respecto, el profesor Vannini citado por Lisandro Martínez, profesor de la Universidad Externado de Colombia en su obra "Derecho Penal Sexual" Editorial Temis, Bogotá, 1993 pág. 338 enseña: "Punto de partida imprescindible para el estudio de estos casos debe ser la configuración de la demostración clara de que el sujeto activo tuvo la finalidad específica de lograr el acceso carnal con la víctima. En ocasiones, el sujeto activo manifiesta, aun con palabras sus aspiraciones de acceso. No habrá dificultad entonces en determinar su finalidad concreta. En otras, se manifiesta a la víctima su más modesta finalidad circunscrita, por ejemplo, el acto femoral, en esta hipótesis debe descartarse la tentativa de violencia y debe pensarse en abusos deshonestos. Ya desde el punto de vista probatorio, los escollos son múltiples para distinguir... la violación a los abusos deshonestos. Nosotros, consecuentes en los planteamientos hechos al hablar de la prueba del dolo, creemos que debe partirse, en estos casos más que en cualesquiera otros, de la base práctica de resultado. Si hubo acceso, debe pensarse sobre decirlo en el dolo. Pero si no lo hubo, salvo prueba en contrario de la finalidad concreta de acceso la incriminación debe limitarse a abusos deshonestos". Y al hablar de la idoneidad según Vannini, Contieri y Rittler, citados por Lisandro Martínez, señala que "los actos ejecutados deben ser idóneos, entendiéndose por tal la posibilidad a priori de realizar con ellos la

consumación del delito, habiéndose de tener en cuenta todas las circunstancias en que se desarrollaron los actos". b) Examen psicológico, la perito psicóloga clínica Gladys Lorena Vásquez Rodas, observa que habiendo solicitado la evaluación psicológica los padres asistieron a consulta en dos ocasiones, el ocho y quince de abril, se trabajó con la niña por dos horas en cada sesión, que la sintomatología le "fue referida por los padres y la abuela", se trabajó en la observación, se dificultó el uso de reactivos por la edad de la niña, fue exhaustiva la entrevista con los padres y la abuela respecto de cambios comportamentales, anotados en los antecedentes personales, entrevista a los padres y sintomatología, no se observan signos o síntomas relacionados al síndrome por estrés posttraumático, alteración psicológica o alguna psicopatología, se considera fiable y válido lo manifestado por los familiares de la niña, "llanto frecuente, gritos durante el sueño, pánico, miedo, temor a la figura masculina, elementos indicadores de abuso sexual, las secuelas psicológicas desplazadas a los padres y a la relación conyugal. c) Testimonio del perito que practicó la diligencia de análisis químico de las prendas de vestir que llevaba puesta la niña, Dr. José Requelme Torres, quien concluye que las manchas ligeramente rojizas que presenta el body remitido para el análisis, corresponden a sangre y que no se encontró presencia de semen, ni de espermatozoides, en las manchas de sangre antes referidas y que el calentador de color celeste no presenta ninguna posible mancha de sangre o de semen. d) El reconocimiento del lugar ilustrado con láminas, informe describe el lugar donde fue la víctima objeto del supuesto ilícito. El Sargento Juan Pedro Guillín Morales, en la audiencia privada, para conocer y resolver la situación jurídica y legal del acusado Hernán Isael Merchán Jara, al responder a las preguntas de la Fiscal, manifestó que realizó un reconocimiento de lugar, que el informe se hizo por pedido de la Fiscal, en la calle Manuel Vega entre Simón Bolívar y Gran Colombia, inmueble No. 9-61, describe tres puertas, ingreso a un hall, conjuntos de gradas a la segunda planta, que por información de la denunciante en la habitación del costado derecho donde habitaba ésta y en el costado izquierdo el lugar de los hechos, el hábitat de Rocío Vásquez era un ambiente de sala comedor, que se presume que fue el cuarto indicado como dormitorio. 3) El Art. 232 del Código de Procedimiento Penal, dispone que si el Juez de Garantías Penales considera que si de los resultados de la instrucción fiscal, se desprenden presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito y sobre la participación del procesado como autor, cómplice o encubridor, dictará auto de llamamiento a juicio. Para algunos autores y algunas legislaciones, las presunciones y los indicios son una mera especie de presunción, la más precaria de todas; para otros, cualquier medio probatorio se reduce, en últimas, a indicios y/o presunciones. La noción va, pues unida indisolublemente a una operación mental de inferencia, de deducción, y avanzando un poco más, de conclusión, de demostración. Pero desde el punto de vista de la certeza o convencimiento, hay cierta gradación o escala entre inferir y concluir, esto es, que no siempre la deducción es cierta, no siempre produce convicción. De ahí que los gramáticos y filólogos establecen diferencias innegables entre los distintos grados de adhesión mental a una adhesión. Así por ejemplo, Littré, dice que inferir es casi sinónimo de concluir, pero no de una manera técnica ni exacta: "inferir es sacar una consecuencia. Concluir es también sacar una consecuencia, pero ésta es la última, la conclusión del

razonamiento, lo que inferir no implica. Además, concluir se emplea más bien cuando hay certidumbre. Se concluye una proposición de un silogismo, no se infiere. Inferir deja pendiente la duda. De cien experiencias se infiere una proposición que la ciento una puede ser que destruya". Frente a estos hechos, tomando en consideración lo aportado por las partes, corresponde al Juez determinar si existen presunciones de que se cometió el ilícito y si el procesado es el supuesto autor, y para ello debe aplicar la sana crítica, teniendo en este caso la tutela legal contemplada en el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal que dice: "Apreciación de la prueba.- Toda prueba será apreciada por el Juez o Tribunal conforme a las reglas de la sana crítica. Ninguna de las normas de este código, se entenderá en contra de la libertad de criterio que establece el presente artículo". Hernando Devis Echandía sostiene que: "Durante todo este proceso analítico y lógico, hay que tener presente que los indicios, como los testimonios, se pesan y no se cuentan" "Desde luego que su función también está destinada a demostrar la inexistencia del delito, la inocencia del procesado o alguna causa de exclusión de la antijuridicidad o de la culpabilidad" sostiene Hernando Londoño Jiménez. Luego de un detenido análisis de las constancias procesales, se puede establecer que a la luz de la sana crítica, que las versiones rendidas; así como los informes presentados y fundamentalmente el informe médico legal y ginecológico, dejan serias dudas sobre la existencia de infracción, es decir sobre la violación alegada, y la responsabilidad del procesado, frente a este hecho solicito que se acepte el recurso de casación formulado, y se absuelva a Hernán Isael Merchán Jara, ya que se ha demostrado a cabalidad que en derecho, la sentencia del Tribunal Tercero de Garantías Penales del Azuay, ha violentado las normas adjetivas penales, en relación a la inequívoca apreciación de los medios probatorios, que ha influido como repito en la sentencia, causando un daño irreparable al ahora sentenciado. Ofrece ratificación por la intervención realizada".-

QUINTO: DICTAMEN FISCAL.- El Delegado del Fiscal General, en la parte principal de su dictamen dice: Acabamos de escuchar en esta audiencia que el daño se ha producido en la sentencia, qué daño se puede producir al sentenciar si se ha comprobado los hechos de la violación a una niña de 2 años 2 meses, que se produce en el domicilio de Rocío Vásquez, una vecina de la niña, en la noche del 27 de marzo del 2009, donde ella estaba jugando con los dos hijos de la dueña de casa, los cuales se fueron a la tienda, momento en que la madre de la menor escucha un grito y concurre al departamento donde estaba su hija y le encuentra a la menor con el sentenciado Hernán Isael Merchán Jara, puesto que a los 2 menores de edad, él les había dado dinero para que hagan compras y aprovechar que se quedaba solo para cometer la violación. El análisis de la prueba corresponde al juzgador de instancia y no a ustedes señores jueces; fue el juzgador de instancia el que encontró establecida la materialidad de la infracción conforme consta en el considerando tercero de la sentencia impugnada, y esto se probó con el testimonio del doctor Gabriel Tenorio, testimonio que estableció en la audiencia de juzgamiento que existió el delito que se juzga, y se lo hizo de conformidad con lo dispuesto por el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal, ya que fueron solicitadas, ordenadas y practicadas en la audiencia de juzgamiento. El perito se ratificó en su informe en el que consta que la niña Cabrera Armijos fue objeto de violación anal, por cuanto la

referida menor presenta una lesión de 1 cm, que dice es producto de la introducción del miembro viril erecto, la materialidad de la infracción fue establecida conforme al testimonio de la doctora Lorena Vásquez, sicóloga clínica, quien establece que la menor padece de alteraciones, malhumor, procede a llorar por el trauma y principalmente tiene un repudio al sexo masculino, los testimonios de los peritos: Ítalo Jiménez que efectuó el reconocimiento de las prendas de vestir en las que encontró signos, huellas, vestigios de haberse producido el forzamiento para desabrochar el body que estaba puesta la menor, y que había manchas de sangre. La madre manifestó que cuando encontró a su niña únicamente se encontraba en el departamento Hernán Isael Merchán Jara, que la niña presentaba un sangrado y cuando ella le preguntó, quien le había hecho caer procedió a señalar con el dedo al procesado, la responsabilidad también consta en el considerando cuarto de la sentencia, con los mismos testimonios de los padres de la niña, de los peritos Ítalo Jiménez y Dr. Requelme Torres que realizaron el examen en las prendas de la niña. El recurso de casación ha sido planteado por el recurrente y procede cuando en la sentencia se hubiere violado por cualquiera de las causas constantes en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, en este caso el recurrente lo hace por la causal de, indebida aplicación de los artículos 85 y 250 ibidem, esto es manifestando que no se ha comprobado la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado. El juzgador de instancia con aplicación de los principios y normas de valoración de la prueba y de la sana crítica encuentra probadas la materialidad de la infracción y la responsabilidad penal de Hernán Isael Merchán Jara, esto es que se ha hecho la valoración de la legalidad de la prueba, la que no puede ser valorada por ustedes y conformidad con lo tipificado en el artículo 304-A, la sentencia se encuentra plenamente motivada conforme a dicha disposición y al artículo 76 .7. 1) de la Constitución de la República. Respecto a aplicación de la pena que también ha sido impugnada indebidamente, ya que por encontrarle autor y responsable del delito tipificado en el artículo 512.1, debe ser sancionado de acuerdo al artículo 513, ambos del Código Penal, es decir, que la pena es la adecuada a la conducta del procesado, porque se produce una agresión a una menor de 14 años, en este caso es una niña de 2 años 2 meses, que no podía poner resistencia a la agresión. La sanción ha sido aplicada con proporcionalidad, imponiéndole 25 años de reclusión especial por parte del Tercer Tribunal de Garantías Penales del Azuay, por cuanto efectivamente para este delito no existen atenuantes. Señores magistrados la sana crítica del Art. 86 del Código de Procedimiento Penal ha sido efectivamente aplicada en este caso, por los juzgadores de instancia quienes valoraron en su conjunto la prueba practicada en la audiencia de juzgamiento, por lo tanto la fiscalía estima que el recurrente Hernán Isael Merchán Jara, en esta audiencia de casación no ha fundamentado de acuerdo a la causal invocada del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, y artículos 85, 250, CPP 512.1 y 513 del Código Penal, por lo que pide se deseche el recurso. **SEXTO.- ANÁLISIS DE LA SALA:- 1).**- El recurso de casación según la doctrina tiene como objeto principal el control de la legalidad de las sentencias dictadas por los jueces de instancia, y en este contexto, corregir los posibles errores en indicando que la afecten; el Tribunal de casación, no puede reexaminar las constancias procesales que ya fueron valoradas por el

inferior; **2).**- Para que prospere la casación, es indispensable que la fundamentación sea clara, precisa y lógica; para ello, el recurrente debe especificar la violación de la norma en cualquiera de las hipótesis fijadas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal; esto es evidenciar la contravención a las normas legales en cuanto a su texto, o establecer claramente en qué consiste la errónea interpretación de la ley o la falsa aplicación de la misma. De aquello deviene que, en este recurso como medio de impugnación, el recurrente busca demostrar al Tribunal de casación que el juez inferior, se equivocó al aplicar indebida o erróneamente una norma de derecho en la sentencia recurrida; **3).**- Nadie discute que la finalidad de la Prueba es establecer “tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del imputado”, debiendo apreciarse estos elementos probatorios conforme a las reglas de la sana crítica. Por lo demás, es incontrovertible que 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 estos 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; como ha sucedido en el presente caso; **4).**- En este tipo de delito es difícil que exista prueba directa de la responsabilidad, por cuanto en los delitos sexuales la jurisprudencia y la doctrina admiten que es muy rara la existencia de testigos presenciales del hecho delictivo, por lo que para establecer la responsabilidad el juzgador debe hacer uso de las reglas de la sana crítica como lo señala el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal; sin embargo, en el presente caso, la madre oyó el grito de su hija e inmediatamente fue al lugar donde la niña se hallaba, observando que se encontraba sola con el procesado, y al preguntarle a la niña quién le hizo caer ha señalado con el dedo a Hernán Isael Merchán Jara, comprobando que él les había dado dinero a los otros niños para que fueron a hacer compras, mientras él se quedaba con la niña, a la que agredió sexualmente. **5).**- En el caso que se analiza, la Sala considera que en el fallo del Tribunal Penal no se advierte que se hayan violentado las normas legales alegadas por el acusado, pues existe la certeza y coherencia al afirmar que se encuentran establecidas la materialidad de la infracción así como el nexo causal con el sentenciado, tanto más que la sentencia es motivada y concluye condenándole. Fernando de la Rúa en su obra “Teoría General del Proceso”, dice: “La motivación consiste en un trabajo intelectual, crítico valorativo y lógico que lleva a un conjunto de razonamientos sobre los que el juez basa su fallo”, es decir que el juzgador no tuvo duda sobre el delito y la responsabilidad del procesado por lo que las alegaciones del recurrente de que han sido violadas en la sentencia varias normas legales no tienen sustento, de manera que el Tribunal Tercero de Garantías Penales del Azuay, a quien le correspondió evaluar las pruebas, encontró que se había probado conforme a derecho la materialidad de la infracción y la responsabilidad del procesado, lo cual expresa a través de una sentencia perfectamente motivada, es decir que ha procedido conforme lo establecen los artículos 85, 250, y 304-A del Código de Procedimiento Penal, haciendo un análisis valorativo y ponderado de la prueba sobre la responsabilidad del sentenciado, aplicando los principios de la sana crítica, haciendo una apreciación objetiva en la sentencia. Además esta Sala encuentra que la prueba ha sido

aportada cumpliendo los principios propios del modelo acusatorio, en el que las partes han ejercido el principio de contradicción, aplicando correctamente las normas constitucionales sustantivas y adjetivas sin que el Tribunal Tercero de lo Penal de Garantías Penales del Azuay haya violado normas constitucionales o legales al emitir la sentencia que encontró a Hernán Isael Merchán Jara autor del delito tipificado en el Art. 512 numeral 1 del Código Penal, sancionado por el Art. 513 del mismo cuerpo de leyes. **SÉPTIMO: RESOLUCIÓN.-** Por las consideraciones precedentes, y una vez que se ha escuchado las alegaciones en derecho realizadas por las partes procesales, y en particular, la fundamentación del recurso de casación, violado normas constitucionales o legales al emitir la sentencia que encontró a Hernán Isael Merchán Jara autor del delito tipificado en el Art. 513 del mismo cuerpo de leyes. **SÉPTIMO: RESOLUCIÓN.-** Por las consideraciones precedentes, y una vez que se ha escuchado las alegaciones en derecho realizadas por las partes procesales, y en particular, la fundamentación del recurso de casación, esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional encuentra que este recurso conforme al artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, no ha sido debidamente fundamentado en relación a la indebida aplicación de la ley en la sentencia recurrida; mencionando que en este recurso no están permitido los pedidos tendientes a valorar la prueba. Por lo tanto, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA** acogiendo el pedido del representante de la Fiscalía General del Estado, se declara improcedente este recurso propuesto por Hernán Merchán Jara.- Notifíquese.

Fdo.) Dres. Jorge Cadena Chávez, Arturo Pérez Castillo, Gladis Proaño, Conjuces.

Particular que llevo a su conocimiento para los fines de ley.

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

No. 1325-2009

En el juicio penal seguido por **EL GRUPO SUPERIOR S. A. en contra de MARCO ANTONIO PAZMIÑO ESPINOSA.**

JUEZ PONENTE DR. MILTON PEÑARRETA ÁLVAREZ (ART. 141 CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL).

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, PRIMERA SALA DE LO PENAL.- Quito, 2 de mayo de 2011; a las 15h00.- **VISTOS:** El sentenciado Marco Pazmiño Espinosa interpone recurso de casación de la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha, el 07 de octubre del 2009, en la que le impone la pena modificada de seis meses de prisión correccional, por

considerarlo autor, responsable del delito de abuso de confianza, tipificado y sancionado en el Art. 560 del Código Penal. Sustanciada la causa, y cumplido el trámite respectivo, siendo el estado procesal el de resolver para hacerlo se considera; **PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** Esta Primera Sala Especializada de lo Penal, es competente para conocer y resolver este recurso de casación, en virtud del Art. 184 de la Constitución de la Republica del Ecuador vigente a partir del 20 de octubre del 2008, publicada en el R.O. No.449 por lo dispuesto en los literales a y b del numeral 4 de la sentencia interpretativa: 001-08 SI-CC de fecha 28 de noviembre del 2008 dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; por resolución sustitutiva del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre del 2008, publicada en el Registro Oficial No. 511 del 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 de la presente causa. **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 RECURSO DE CASACIÓN:** Marco Antonio Pazmiño Espinosa al fundamentar el recurso, luego de hacer un análisis subjetivo de la prueba actuada en la audiencia de juicio, alega que el Tribunal violó los Arts. 79, 80, 83 y 98 del Código de Procedimiento Penal, pues el informe pericial contable, que sirvió de sustento para sentenciar, adolece de inconsistencias y no cuenta con los soportes legales necesarios, como se estableció en la audiencia, así como tampoco lo conoció oportunamente, para realizar las observaciones debidas; afirma que la sentencia viola el Art. 216 numerales 5, 6 y 7 del Código de Procedimiento Civil, pues los testimonios rendidos por los empleados de Molinos Superior, carecen de idoneidad y falta de imparcialidad; infringió lo dispuesto en el Art. 65 del Código Adjetivo Penal, por cuanto el Ministerio Público no presentó pruebas de cargo; dice que la sentencia viola además los Arts. 586 y 290 ibídem, ya que las acusaciones tanto fiscal como particular emplearon "inventivas" contra Marco Pazmiño. Finalmente señala que se violaron los Arts. 76 numeral cuarto de la Constitución de la República y el Art. 32 del Código Penal, sin señalar en qué consisten tales violaciones. **CUARTO: DICTAMEN FISCAL.-** El doctor Alfredo Alvear Enríquez Director Nacional de Asesoría subrogante del Fiscal General del Estado en lo principal de su dictamen considera que "Examinada la sentencia cuya casación se reclama, para determinar si en ella se ha violado la ley por cualquiera de las formas determinadas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, se observa que en el considerando sexto, el Tribunal Penal detalla la prueba incorporada a juicio y que consiste en: a) el testimonio de Nelson Chasi Velásquez, quien practicó el reconocimiento del lugar de los hechos en el inmueble ubicado en la Av. De la Prensa N 56-87 y calle Manuel Herrera, inmueble en el que funciona la empresa Molinos Superior, actualmente Grupo Superior S.A, lugar en el que laboraba Marco Antonio Pazmiño Espinosa; b) la declaración de la perito Guadalupe Chalco, quien realizó un informe contable a los libros de la empresa, detallando en relación al cliente Luis Coronado, que consta en los registros el pedido de mercadería realizado por el acusado, constando la cancelación de dicha mercadería, pero que el dinero nunca

ingresó a caja de la empresa; detalla el caso del señor Maila, constando una nota de venta a su favor por cuatro mil trescientos dólares, cantidad que es cancelada mediante cheques, no obstante dicho cliente aparece como deudor; con respecto a otros clientes, afirma que esta era la forma de proceder del acusado, por cuanto los dineros recaudados no ingresaban a la compañía; señala que en el periodo comprendido entre el 1ro de enero al 20 de junio del 2008, advierte un perjuicio de cincuenta y tres mil seiscientos y ocho dólares, derivado de las facturas recaudadas por Marco Pazmiño, cuyo dinero nunca ingresó a caja; c) testimonio de Luis Eduardo Pilco Naranjo, jefe de crédito y cobranzas de la empresa, quien dice que realizaba auditorías a los vendedores; que el 10 de junio efectuó una auditoría a Marco Pazmiño, para lo cual visitó a cada uno de sus clientes, quienes afirmaron haber cancelado en efectivo, que Pazmiño era el responsable de los pedidos, que era el vendedor y cobrador; que estableció el monto del perjuicio en cincuenta y cuatro mil trescientos cincuenta y nueve dólares; d) la declaración de Wilmer Rolando Leiva Carvajal Jefe de Ventas del Grupo Superior, quien en el mes de junio planificó una auditoría con el Jefe de Cartera y que junto a Luis Pilco verificaron que existían clientes que habían pagado en efectivo, pero dicho dinero no ingresó a la compañía; dice que las novedades eran muchas y que debido a que se vendía harina subsidiada, Pazmiño la entrega en el carro en la empresa; que visitó a muchos clientes quienes tenían facturas canceladas, pero dicho dinero nunca ingresó a caja, señalando que el perjuicio asciende a cincuenta y cuatro mil dólares; e) el testimonio de Gladis Narcisca Becerra Castillo, cajera de la empresa Grupo Superior y quien recibe el dinero de todos los vendedores con el reporte de cobranzas, así como entrega las facturas para su cobro; señala que el 09 de junio del 2008 el señor Pazmiño no acudió a laborar y se reportó enfermo, saliendo los jefes de cartera y ventas a investigar, determinando un faltante de cincuenta mil dólares, fruto del comportamiento del señor Pazmiño; f) la declaración de Washington Marcelo Maila Ortuño, quien afirma que llegaron a su negocio empleados del Grupo Superior a realizar una auditoría, indicándoles que había pagado mediante cheques la cantidad de cuatro mil trescientos dólares y que por tanto no había nada; g) la declaración de Luis Alberto Coronado Sopa, en la que afirma que personas que trabajan en el molino llegaron a su negocio y le indicaron que estaba debiendo más de cinco mil dólares, indicándoles que ya había cancelado todo, presentándoles las facturas como prueba de tal cancelación, dinero que había entregado a Marco Antonio Pazmiño, quien le entregaba los recibos; h) el testimonio de Manuel Lucio Flores Flores, transportista del Grupo Superior y quien dice conocer al procesado, el que se desempeñaba como vendedor de la zona centro de Quito; dice que dejaba la harina en donde el señor Pazmiño le disponía, el cual cambiaba de ruta y de cliente con frecuencia. La defensa del procesado presenta dos testimonios de Consuelo Cristina Tigse Pérez y Diego Fernando Cagigal, quienes declaran sobre honorabilidad y conducta del procesado; certificados de los tribunales de garantías penales, de los que se comprueba que no ha sido sentenciado con anterioridad, certificados de trabajo del Centro de rehabilitación donde se encuentra recluido. Y en el considerando cuarto considera que: "El delito de abuso de confianza juzgado, que se encuentra tipificado y sancionado en el Art. 560 del Código Penal, responde a un proceso sucesivo de hechos que

guardan entre sí una relación casual; debe contemplar primeramente el empleo del medio fraudulento para hacer creer la existencia de falsas empresas o para abusar de otro modo de la credulidad de un ofendido, en el negocio propuesto; debe originar en la víctima un error determinante, debiendo existir la disposición patrimonial en provecho del sujeto activo del delito, todo esto debiendo tener como requisito el dolo, elemento esencial que no ha sido desvirtuado por el procesado, pues aprovechándose del cargo mantenido en el Grupo Superior, esto es el de vendedor y cobrador de productos, se dispuso en beneficio personal de grandes cantidades de dinero que no le pertenecían y que habían sido cobradas a clientes de la empresa, causándole a esta un grave perjuicio patrimonial. Por otro lado se debe señalar que las únicas diligencias que hacen prueba, son las reproducidas en juicio, lo cual ha ocurrido con los testimonios recibidos de terceras personas durante la etapa correspondiente, lo cual las reviste de las formalidades legales, debiendo ser valoradas y analizadas de acuerdo a las reglas de la sana crítica, apreciándose coherencia entre los hechos que describe el tribunal en la parte expositiva, con lo resuelto en la parte dispositiva y las disposiciones aplicadas, por lo que considero que no se ha vulnerado las disposiciones legales citadas por el reo. En cuanto a la afirmación del recurrente en el sentido de que el juzgador, apreció testimonio por falta de imparcialidad, el Art. 126 del Código de Procedimiento Penal señala taxativamente los testimonios inadmisibles, no encontrándose en ninguno de estos casos las personas que comparecieron al juicio y declararon lo que sabían del hecho. Por otro lado las causas de nulidad que invoca el recurrente no pueden ser consideradas en el presente recurso, pues debieron alegarse en su momento oportuno y en la instancia pertinente, tanto más cuanto que éstas ya fueron resueltas por la Primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Finalmente ante la alegación del sentenciado, quien dice se violó la ley por cuanto el fiscal y el acusador particular emplearon “inventivas” contra el procesado, se debe aclarar que los Arts. 286 y 290 del Código Adjetivo Penal, contempla la prohibición de utilizar término injuriosos o mordaces contra el procesado, lo cual y de la revisión de la sentencia, no ha incurrido, careciendo por tanto dicha alegación, de fundamento alguno.” Al final de su dictamen el Fiscal concluye que no se ha demostrado que el Juzgador haya infringido las disposiciones legales puntualizadas en el escrito de fundamentación al dictar la sentencia por lo que considera que no procede el recurso de casación interpuesto por el recurrente. **QUINTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.-** La Sala, previa resolución, relievra lo siguiente: 1) El primero de los puntos que la Sala debe observar es la naturaleza y presupuestos del recurso de casación, partiendo de lo que la doctrina nos trae al respecto: el profesor español Andrés de la Oliva Santos define: “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). Este recurso es un medio de impugnación extraordinario porque su aplicación es estrictamente rigurosa y de excepción, cuyos motivos están determinados de manera taxativa en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, lo cual según el Magistrado del Tribunal Constitucional de España y catedrático de Derecho Procesal, Don Vicente Gimeno Sendra “a través del mismo no puede ser impugnado todo tipo de resoluciones judiciales”, permitiendo de esta manera que sólo de modo extraordinario o excepcional se pueda recurrir de una sentencia que se ha agotado con la única instancia del Tribunal Penal o en una última instancia dictada por las cortes superiores del país. El presupuesto de la impugnación es que la sentencia se encuentre firme, cuya calidad se produce ante el agotamiento de las facultades de impugnación en el procedimiento ordinario como prescribe el número 5 del artículo 296 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil. El profesor uruguayo Enrique E. Tarigo completa la explicación al expresar: “Es un recurso extraordinario por cuanto él exige, para su interposición la alegación de causales específicas, preestablecidas por la ley por un lado, y, por otro, porque el tribunal de casación no puede pronunciarse sobre la totalidad de la cuestión litigiosa, sino solamente sobre aquellos aspectos sobre los que versa el recurso” (*Lecciones de derecho procesal civil*, Fundación de Cultura Universitaria, cuarta edición actualizada, Montevideo-Uruguay, noviembre de 2007, pp. 269-260).- 2) El recurso de casación como lo define el profesor Eugenio Florián, “tiene por fin promover y procurar el nuevo examen de las sentencias exclusivamente desde el punto de vista jurídico ...”. De esta definición se advierte que únicamente caben los errores de aplicación de la ley sustancial, por tanto, no caben errores de procedimiento, tanto por su naturaleza, como por la acción autónoma que para sanear los vicios del proceso están previstos expresamente en los artículos 330 y 332 del Código de Procedimiento Penal y los específicos casos de admisibilidad que se prevén en el artículo 349 del código ibídem. 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.- 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 impeditivas del ejercicio de la acción como la cosa juzgada y la prescripción y porque

interpretando correctamente, se aplicó mal esa interpretación correcta. 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, por ejemplo, a los que refieren los artículos 383, 386 y 388 del Código de Procedimiento Penal, cuya omisión o inclusión produce la violación de la ley material por carambola. 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 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*. Por último, la interpretación errónea es el desviado sentido que se le atribuye a una norma sustancial, su violación a la prohibición de la analogía y de la interpretación extensiva del artículo 4 del Código Penal o la inclusión o la restricción de los elementos normativos, valorativos y subjetivos del tipo penal que a diferencia de la violación directa de la ley, aquí se realiza una equivocada concepción de la norma jurídica sustancial. Se debe tener presente que la interpretación extensiva, es la invasión del ámbito normativo sustancial y de su valoración apartada de las reglas de valoración probatoria, por tanto, la concepción de la voluntad normativa no puede esgrimirse como impedimento del juzgador, es por ello que la doctrina alemana y un sector de los autores españoles, entre otros, conciben esta prohibición como no aplicable; lo que sí es prohibido, es que el juzgador invada el espacio que la Ley ha determinado como conducta prohibida. 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).- **SEXTO: Resolución.-** En el caso del abuso de confianza que

configura la figura delictiva, no debe entenderse por confianza la que nace de conocer a una persona o de ser su amiga (presupuesto para **la estafa**) sino porque existe entre ambas partes una relación jurídica que las vincula y hace que en virtud de ella una debe confiar en que la otra cumplirá con las obligaciones impuestas en el acuerdo. La obligación que se genera en virtud del acuerdo es legal, lo que se configura como abuso de confianza y por lo tanto como **figura delictiva**, es el incumplimiento de la obligación futura, nacida de ese acuerdo legítimo. El abuso de confianza legislado junto a las estafas, aunque cabe distinguir el abuso de confianza que da lugar a una estafa, donde aquí medie un engaño, para lograr que el sujeto pasivo disponga de su propiedad, del abuso de confianza como figura autónoma, que no requiere de ese ardid como medio. El abuso de confianza como **delito** está tipificado en el Art. 560 del Código Penal, cuando describe la figura delictiva como la de quien no restituyere (negativa a devolver) o se negare a restituir en el tiempo indicado (mora en la restitución) perjudicando a otro, cosas muebles que no le pertenezcan, las que estuvieran en su poder o custodia por un título legítimo, pero que genere la obligación de entregar o devolver (depósito, comisión o administración). Otro supuesto de abuso de confianza, es el que se configura cuando el sujeto activo tiene a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses económicos ajenos, otorgado por la ley, por la autoridad o por un acto jurídico. Hasta aquí como vemos tiene esa función por un título legítimo, pero el accionar se torna en delito, cuando viola sus deberes, perjudicando los intereses de quien le confió los bienes o lo obligue en forma abusiva, con fines de lucro personal, para él o para otro, o simplemente para causar un daño. De ahí que la responsabilidad del acusado se encuentra probada con: el testimonio de la perito contable Guadalupe del Rosario Fajardo, quien al examinar la contabilidad del “Grupo Superior” estableció el “modus operandi”, por el cual Marco Pazmiño manejaba las cuentas: realizando los cobros a los clientes del Grupo y disponiéndose, para lo cual empleó cuentas donde depositaba los dineros, que cobraba por adelantado, en un sistema en que iba tapando “huecos” o desfases con otros dineros de los pagos, hasta cuando tuvo serios problemas con el manejo de la cartera, el faltante establecido por la perito contable asciende a la cantidad de 53.668,56 cantidad que logra acumular perjudicando al Grupo “Superior” y que quedaba como deuda de los clientes, al no haber ingresado esta cifra a la caja del “Grupo”. La infracción impugnada corresponde al delito de abuso de confianza, tipificado y sancionado en el Art. 560 del Código Penal, conforme el análisis de la sentencia impugnada, de lo que se desprende que el procesado no dio el empleo determinado por la ley, a los depósitos o pagos que el recibía de sus clientes, habiendo producido un perjuicio que no ha sido repuesto ni restituido a los perjudicados, llevando como consecuencia la distracción en forma fraudulenta los dineros recibidos y que causaron el perjuicio a la empresa donde laboraba. En definitiva las disposiciones legales aplicadas por el juzgador son atinentes al caso, sin que se aprecie haya incurrido en errores de derecho. Por lo expuesto, esta Primera Sala de lo Penal, 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”, al tenor de lo que dispone el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por Marco Pazmiño Espinosa. **Notifíquese, publíquese y devuélvase.**

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Presidente de la Sala, Hernán Ulloa Parada, Milton Peñarreta Álvarez, Jueces.

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

CERTIFICO: Que las siete copias que anteceden son iguales a su original.- Quito, 13 de septiembre de 2011.

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

No. 1337-2009- C.T.

En el juicio penal que sigue CRISTOBAL HUMBERTO BOSMEDIANO BONIFAZ en contra de LUIS ALBERTO MACHADO CUADRADO.

JUEZ PONENTE. DR. MILTON PEÑARRETA ÁLVAREZ (ART. 141 CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL).

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA DE LO PENAL.- Quito 14 de julio del 2011 a las 15h00.- **VISTOS:** La Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, el 15 de octubre del 2009, confirmó la sentencia condenatoria dictada por el Juez Segundo de Tránsito de Chimborazo, contra Luis Alberto Machado Cuadrado, a quien impuso la pena de seis meses de prisión ordinaria, la suspensión de su licencia de conducir por igual tiempo y la multa de nueve salarios mínimos vitales generales, por haber infringido el Art. 79, literal b), en relación al Art. 76, de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre. De este fallo interpone recurso de casación el prenombrado sentenciado. Concluido el trámite y 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 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, así como el oficio No. 823-SG-SLL-2011, de fecha 17 de junio del 2011, enviado por el señor Presidente de la Corte

Nacional de Justicia, en nuestras calidades de jueces y Conjuez Nacional respectivamente, de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento del presente juicio 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.-** Luis Alberto Machado Cuadrado, en escrito que obra de fojas 3 a 5 del expedientillo de casación, al fundamentar su recurso alega que el Juez de tránsito al dictar sentencia no consideró un acta transaccional, como prueba documental trascendental, ya que en la misma se afirma que la persona que conducía el vehículo era otra, diferente al sentenciado, por lo tanto se ha hecho una falsa aplicación de la ley; señala que se ha violado el Derecho Constitucional de la presunción de inocencia, pues en el juicio no se comprobó que el recurrente haya sido el conductor del vehículo; que el juzgador nunca corrió traslado con el pedido de aclaración y ampliación de la sentencia, lo que constituye causa de nulidad, infringiendo el Art. 330 del Código de Procedimiento Penal, numerales 2 y 3; afirma que ha existido una falsa aplicación de la ley, al no haberse considerado el Art. 107 del Reglamento a la Ley de Tránsito, pues los partes policiales no contienen las fechas en que suscitaron el percance de tránsito; dice que se ha contravenido el Art. 95 del Código de Procedimiento Penal, pues en las actas de nombramiento y posesión de peritos, aparecen fechas distintas a las que deberían constar. Finalmente sostiene que se ha contravenido el Art. 282 del Código de Procedimiento Civil, pues no se corrió traslado con la solicitud de aclaración y ampliación de la sentencia. **CUARTO.- DICTAMEN FISCAL.-** El Dr. Alfredo Alvear Enríquez, en calidad de Fiscal General subrogante del Estado, manifiesta en su considerando TERCERO: la prueba descrita y valorada en su conjunto, le permiten a la Corte Provincial de Chimborazo, llegar a la certeza de que Luis Alberto Machado Cuadrado, el 3 de abril del 2008, circulaba por la calle secundaria 5 de Junio, de la ciudad de Riobamba y al llegar a la calle Venezuela, la misma que es principal, irrespetando la señal de pare existente en el lugar, fue el autor de un choque lateral y estrellamiento, en el que se causaron daños materiales al vehículo de placas PXS-541, así como lesiones de 16 a 59 días a uno de sus ocupantes, suceso de tránsito que se produjo por su negligencia, imprudencia, impericia e inobservancia de las leyes. Cabe resaltar que el juzgador hace un análisis apropiado de la prueba, así como del acta transaccional que fuera incorporada a juicio, señalando que de ninguna manera las declaraciones contenidas en ésta acta, implican reconocimiento ni presunción de responsabilidad penal, como claramente lo establece en su Art. 67, la Ley de Tránsito aplicable al caso, razón por la que no puede ser considerada como prueba trascendental, la pretensión del recurrente, y menos aún que de ésta se establezca la persona que conducía el vehículo accidentado, así como su acompañante, el que resultara lesionado, identifican plenamente a Luis Alberto Machado Cuadrado, como la persona que conducía el vehículo que produjo el suceso de tránsito. Finalmente, se debe considerar que las causas de nulidad, que afirma el sentenciado, se cometieron en la sustanciación del proceso, debieron ser alegadas en su momento oportuno, no siendo procedente que sean conocidas y resueltas en el recurso, tanto más cuanto que, la Corte Provincial de Chimborazo, ya se pronunció sobre

éstas, en la instancia pertinente. Por lo expuesto es del criterio del señor Fiscal que la Primera Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia rechace por improcedente el recurso de casación interpuesto por Luis Alberto Machado Cuadrado, pues no se ha comprobado que el juzgador al dictar sentencia, violó las normas detalladas en su escrito de fundamentación. **QUINTO.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.- 1).** Los autores aceptan que cuando se habla de casación no se hace una simple referencia a un instituto procesal, sino que conjuntamente se alude al Tribunal de casación que lo decide y que debe estar ubicado en una alta jerarquía judicial a fin de que sus fallos sean acatados. Existen distintas definiciones dadas por los procesalistas más destacados que se han recogido en obras y trabajos de graduación reciente, así Jorge Enrique Torres Romero la define como una acción extraordinaria y específica de impugnación, mediante la cual se pretende anular total o parcialmente una sentencia definitiva proferida por un Tribunal inferior, cuando contiene errores injudicando o improcedendo; acción impugnativa que es conocida por la Corte Nacional de Justicia que sólo procede por motivos taxativamente señalados por la ley procedimental. Una de las definiciones más completas que se ha dado sobre casación se le atribuye al licenciado Jerónimo Mejía, quien señala que el recurso de casación es un recurso extraordinario que con la finalidad de defender el derecho objetivo, de unificar la jurisprudencia nacional y de reparar el agravio de la parte afectada se interpone ante las Salas de la Corte Nacional de Justicia, para anular parcial o totalmente con o sin reenvío una resolución (sentencia o auto) de segunda instancia dictada por algún Tribunal inferior de distrito judicial a la que se le atribuye vicios de in juridicidad, ya sea por errores improcedendo o por errores injudicando mediante la invocación de las causales taxativamente establecidas por la ley. **2).** No cabe duda sobre el carácter impugnativo que tiene la casación, así como que dentro de ese concepto genérico presenta la particularidad de recurso. En efecto la casación reúne los principios que rigen la actividad impugnativa, pues su ejercicio está sujeto a un plazo, se requiere de la noción de agravio como presupuesto subjetivo para la impugnación, cuenta con un período de sustentación. Es un verdadero medio de impugnación ya que sólo procede contra sentencias o autos de último grado, es decir, de segunda instancia, se fundamenta en el derecho de pedir su anulación, se promueve ante un organismo especializado: la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia; se desenvuelve como una fase extraordinaria del juicio, se apoya en causales taxativamente señaladas en la ley; y finalmente se limita a las expresamente propuestas. **3).** La casación es un recurso extraordinario, que procede por causales expresamente señaladas en la ley, resulta lógico que el estudio del Tribunal de casación quede comprendido a las causales aducidas por el casacionista, sin que se pueda entrar a examinar de manera oficiosa otras causales que no fueron alegadas por el recurrente en el libelo contentivo del recurso. Por razón de esta característica la Corte no sólo está vedada para reconocer causales de manera oficiosa, sino que, además, se encuentra inhibida para proceder a la complementación o rectificación de las omisiones, inconsistencias y defectos que se observen en la formalización de un recurso de casación, empero esta limitación de los poderes del Tribunal de casación no opera de manera absoluta, toda vez que cuando se anula el fallo recurrido se convierte en Tribunal de segunda instancia y

procede a dictar la resolución que corresponde. **4).** Como la casación no es una tercera instancia sino una fase extraordinaria del proceso en la que se debate en estrictos derechos la legalidad de la sentencia impugnada, se comprende que ella se desarrolla sobre la base de un memorial que debe consignar el señalamiento de las causales alegadas los motivos que la acreditan, así como las disposiciones legales que se consideran infringidas. Este memorial no es una simple alegación de instancia, es un escrito sistemático que indica y de nuestra lógica y jurídicamente los errores cometidos en la resolución, violación de una norma sustancial o procesal, ceñido a las exigencias mínimas de forma y contenido que precisa la ley. **5).** Cuando la sentencia es proferida por un Juez a-quo es apelada la interposición y concesión de esta específica impugnación da lugar a la segunda instancia del proceso, en la cual el Juez ad quem, en el ejercicio de su actividad jurisdiccional propia, revisa el proceso para pronunciar un fallo mediante el cual revoca, reforma o confirma el apelado. Con este pronunciamiento se agotan las dos instancias que son posibles en el proceso. Sin embargo, en determinados supuestos, dicho fallo puede ser combatido haciendo uso del recurso extraordinario de casación, por medio del cual la Corte Nacional, revisa el auto o sentencia para saber si es o no violatoria de ley sustancial, y, en algunos casos, de las normas procesales, pero ello, no debe entenderse como una tercera instancia, ni como potestad ilimitada para revisar el proceso en su totalidad, en sus diversos aspectos fácticos y normativos, sino como fase extraordinaria, limitada y excepcional del mismo. **6).** Para analizar las conductas descritas como delitos de tránsito es necesario resaltar, que las infracciones de tránsito, son culposas, ya que existe la falta de intención de causar daño, que se persigue la sanción a las personas porque incumplen un deber, asignado a todo individuo que es el de actuar con el necesario cuidado, con la diligencia indispensable, para evitar que sus actos causen daños a las personas o a la comunidad y siendo estas acciones u omisiones que pudiendo y debiendo ser previstas pero no queridas por el agente, se verifican por negligencia, imprudencia, impericia o por inobservancia de las leyes, reglamentos y más disposiciones de tránsito o de órdenes legítimas de las autoridades y agentes a cargo del control y vigilancia. La característica esencial del delito culposo es que la finalidad del sujeto no coincide con el resultado obtenido. En otras palabras, el autor no deseó provocar el resultado obtenido. Teniendo en cuenta la falta de coincidencia entre la finalidad del sujeto y el resultado ocasionado, el fundamento del reproche penal se basa en que el hecho fue consecuencia de una infracción al deber de cuidado. La conclusión precedente nos permite desmembrar los tres elementos básicos que deben presentarse en una conducta culposa. Por un lado tenemos la infracción al deber de cuidado, por el otro el resultado típico y, finalmente, que éste haya sido consecuencia de aquella infracción. **5).** En el caso en cuestión se advierte que el accidente de tránsito se produjo por negligencia, imprudencia e inobservancia de la ley y los reglamentos de tránsito por parte de Luis Alberto Machado Cuadrado, conductor del vehículo tipo automóvil, Chevrolet AVEO, año 2007 de color gris. Así pues se puede determinar que el vehículo de placas PXS-541 conducido por el ciudadano Jorge Emil Haro Flores, al momento del accidente se encontraba circulando por la calle Venezuela en dirección sur-norte (vía principal), y al llegar a la intersección con la calle 5 de junio (vía secundaria) de

la ciudad de Riobamba, cantón Riobamba, provincia de Chimborazo, aparece el vehículo de placas (factura) tipo automóvil Chevrolet Aveo, conducido en ese momento por Machado Cuadrado, que circulaba en sentido oriente-occidente y sin respetar el (DISCO PARE), existente en el lugar, atraviesa la vía principal a una velocidad no determinada impactando en el vehículo tipo furgón marca Chevrolet, camión pequeño, modelo NPR-71L, año 2001, de color verde, placas PXS-541, impacto producido en la puerta lateral derecha, produciendo daños materiales y lesiones en su ocupante, de esta manera el delito culposo se subsume a lo preceptuado en los Arts. 79, literal b) y Art. 76, de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre vigente a la época del accidente de tránsito, teniendo en cuenta que esta misma ley en su Art. 192 manifiesta: “en las intersecciones controladas con señales PARE o CEDA EL PASO, todo conductor que se aproxime a estas señales debe ceder el paso a cualquier otro vehículo que se encuentran circulando dentro de la calzada del redondel;” el Art. 195 Ibidem que dispone que para ingresar a una vía principal desde una secundaria, los conductores detendrán sus vehículos hasta que hayan circulado los de la vía principal, y por último el Art. 199, literal c) del reglamento de tránsito dice: “los vehículos que circulen en vías principales, sobre los que circulen en vías secundarias tendrán preferencia de vía adicionales.” 6). El recurrente en su escrito de fundamentación solicita que se debe considerar la causa de nulidad que se cometieron en la sustanciación del proceso. A esta Sala le está vetado pronunciarse al respecto toda vez que no es el momento oportuno y no siendo procedente que sean conocidas y resueltas en este recurso, tanto más cuanto que, la Corte Provincial del Chimborazo, ya se pronunció sobre éstas, en la instancia pertinente. En cuanto a la no aplicación del Art. 107 del reglamento a la Ley de Tránsito en los que se refiere a que los partes policiales no contienen las fechas en los que se suscitó el percance podemos acotar que el Art. 169 de la Constitución de la República del Ecuador expresa en sus últimas líneas: “No se sacrificara la justicia por la sola omisión de formalidades.” Por lo expuesto, esta Primera Sala 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 de lo que dispone el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por señor Luis Alberto Machado Cuadrado y ordena se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen para los fines de ley **Notifíquese y Cúmplase.**

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

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

CERTIFICO: Que las cinco copias que anteceden son iguales a su original.- Quito, 13 de septiembre de 2011.

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

No. 1341-09

DELITO: ESTAFA.

PROCESADO: JAVIER PORTILLA CHAVET.

PONENTE: Dr. Milton Peñarreta Álvarez (Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial).

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA DE LO PENAL.- Quito, 20 de julio del 2011, las 11h45.- **VISTOS:** Avocamos conocimiento de la causa 1341-2009 llevada a cabo por el delito de estafa, tipificada y sancionada en el Art. 563 del Código Penal, en atención que el Tribunal Penal Cuarto de Pichincha el día 15 de mayo del 2009 ha sentenciado a JAVIER EDUARDO PORTILLA CHARVET a SEIS MESES DE PRISIÓN CORRECCIONAL, considerando las atenuantes que se hallaban a su favor; el sentenciado 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; 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:** El procesado en lo principal de su exposición manifiesta que no existe el delito de estafa del que se le acusa, pues para que el mismo sea perpetrado debe reunir ciertos requisitos, tales como el engaño hacia la víctima, la intención de causar un detrimento en el patrimonio de la otra persona, la mala fe, etc. Afirma que no existe fraude, cuando del monto total de UN MILLÓN DE DÓLARES AMERICANOS, se cancela a los señores Moreno, representantes de INDUTEXMA una suma aproximada de setecientos mil dólares americanos, se les queda debiendo apenas trescientos mil dólares americanos, que no se los pudo cancelar oportunamente, por cuanto los señores Moreno le habían vendido tela que no cumplía las condiciones de buena calidad, lo que generó una serie de inconvenientes de orden netamente económico, quedando mal con su clientela e indicando que en el informe elaborado por la Politécnica Nacional, se concluye que la mencionada tela tiende a descolorirse con facilidad. Frente a esta realidad se propuso varias alternativas tales como la devolución de la mercadería, la reducción del costo de las mismas, el alargar los plazos para cancelar, etc, pero lo único que consiguió -el recurrente- es que se emita una nota de crédito de cien dólares americanos, que consta en el

proceso, demostrando de esta manera, que de su parte -según indica el sindicado- no existió engaño. En ningún momento se ha engañado a la empresa o al acusador porque permanentemente se ha estado buscando un arreglo, siendo "yo el que me he ido a la bancarrota por este negocio". Por lo expuesto no existió el delito de estafa, además no se puede iniciar más de una causa en contra de un ciudadano por los mismos motivos, una de estas inclusive con sentencia, lo que significa que existe cosa juzgada "Cuando el juez de lo civil ordena el pago de lo adeudado al Sr. Ricardo Moreno, por cuyo fallo motiva que el Sr. Moreno inicie en su contra un juicio por insolvencia. **CUARTO.- DICTAMEN FISCAL:** Por su parte el Ministro Fiscal, Dr. Washington Pesántez Muñoz expresa, que el Cuarto Tribunal de Garantías Penales de Pichincha sustenta su resolución en el hecho de manifestar que las pruebas actuadas en juicio le han otorgado la convicción respecto a que los presupuestos propios para una sentencia de culpabilidad, se encuentran reunidos en el caso que se juzga, expresando en este sentido que el acusado JAVIER EDUARDO PORTILLA CHARVET, su modus operandi consistía en girar cheques sin fondos con la firme intención de hacerse entregar telas, asunto que a decir del juzgador, fue aceptado por el propio acusado al momento de rendir su declaración ante el Tribunal; y, que estos documentos fueron entregados en garantía sin considerar la circunstancia legal de que el cheque es una orden incondicional de pago, concluyendo que si bien se ha pretendido remediar el hecho con la firma de un convenio, por el cual se desiste de la acción penal, carácter que por sí mismo no exime de responsabilidad penal a quién recurre a casación, en este caso el Sr. JAVIER EDUARDO PORTILLA CHARVET. El recurrente -dice el Fiscal- ha expresado su inconformidad con la sentencia, al manifestar que un asunto de carácter eminentemente civil ha sido trasladado al campo penal, en virtud de que su relación con el acusador particular era netamente comercial, pues no existe en su escrito de fundamentación precepto legal que justifique lo antes mencionado, debiendo ser enfático quién fundamenta el recurso de casación motivar su desacuerdo con la resolución mencionando no solo los preceptos legales que han sido transgredidos en ella, sino además y de manera pertinaz la forma como se había producido el error de derecho en la sentencia en los términos determinados en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, asunto que el casacionista no cumple. Expresa además que ha realizado un análisis de la sentencia advirtiendo que el Cuarto Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, luego de declarar probados los hechos que le dan la certeza de que el acusado se hacía entregar mercadería a cambio de cheques, el Tribunal seleccionó el Art. 563 del Código Penal, como la norma que se relaciona al caso y sobre dicha base declara las consecuencias jurídicas de esa calificación jurídica, al imponer al acusado una pena en virtud de la norma escogida, y sus circunstancias hacen de aquella una disminución considerable de la sanción por sus atenuantes. El Ministerio Fiscal da el criterio que la Sala debe declarar improcedente el recurso de casación **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 Tribunal Penal Cuarto de Pichincha. El recurrente no invoca norma alguna violada, se limita a cuestionar la sentencia, sobre la base de criterios subjetivos como el de hablar de la no existencia de la estafa, por cuanto del monto total de un millón de dólares le ha quedado debiendo trescientos mil dólares; por lo que personas con una gran trayectoria de comerciantes de mucha experiencia no podían ser engañados por el sentenciado, pues el error que se impugna debe contar de manera manifiesta en la providencia que pone fin a la instancia y no en los antecedentes de ella, el recurso de casación ataca la violación de la ley en la sentencia, y de manera alguna abre una nueva instancia, con lo cual pueda volver a revisarse el proceso o las pruebas producidas en el largo trajinar de la administración de justicia. 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 JAVIER EDUARDO PORTILLA CHARVET, disponiendo se devuelva este proceso al Tribunal de origen para la ejecución de la sentencia recurrida. **Notifíquese y devuélvase.**

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada, Milton Peñarreta Álvarez, Jueces de la Primera Sala Penal, Corte Nacional de Justicia.

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

RAZON: Certifico que la presente copia guarda conformidad con su original.- Quito, 29 de agosto del 2011.

f.) Dr. Milton Álvarez Chacón, Secretario Relator (E).

No. 1356-09

DELITO: ACOSO SEXUAL.

PROCESADO: EDWIN OSWALDO ROJAS DAVILA.

PONENTE: Dr. Milton Peñarreta Álvarez (Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial).

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA DE LO PENAL.- Quito, 19 de julio del 2011, las 15h45.- **VISTOS:** El Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi el día 30 de octubre del 2009 ha sentenciado a

EDWIN OSWALDO ROJAS DÁVILA imponiéndole la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN CORRECCIONAL, como autor del delito de acoso sexual, tipificado y sancionado en el Art. 511.1 fallo del cual el acusado 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; 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 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:** El recurrente al fundamentar el recurso de casación interpuesto, manifiesta que el Tribunal Juzgador ha violado la ley al hacer una falsa valoración de la prueba, en lo referente a la materialidad del delito del cual hace comentarios subjetivos; por otro lado se refiere también a los testimonios presentados por la parte acusadora, desprendiéndose como consecuencia –según el procesado- que el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi efectuó valoración de situaciones intrascendentes sin tomar en cuenta la prueba evaluada a favor del acusado. Añade también que el informe del médico legista es extremadamente importante en el juzgamiento de este tipo de casos, sin embargo dicho informe no fue judicializado al no haber declarado la perito y reconocido su informe. Finalmente, concluye su fundamentación afirmando que en la sentencia cuestionada no se ha podido determinar la existencia del elemento objetivo de la figura penal establecida para el acoso sexual. **CUARTO.- DICTAMEN FISCAL:** Por su parte la Fiscalía General del Estado a través del Director Nacional de Asesoría Jurídica, Dr. Alfredo Alvear, en lo esencial de su fundamentación manifiesta que la acción del imputado se encontraba dirigida a ejercer determinada coacción moral bajo la voluntad de su víctima, en este caso la menor ANA GABRIELA MOREJÓN MURILLO, que de no acceder a las peticiones hechas por el imputado perdería el año en la materia dictada por el mismo, aprovechándose de cierta manera de la inmadurez mental leve de la que padecía la víctima. Añade también –la Fiscalía- que el hoy recurrente actúo con conciencia y voluntad al momento de someter a la víctima a su accionar, y como consecuencia de ésto, la menor fue promovida de año, observando de esta manera la coacción moral impuesta. Por otro lado la Fiscalía indica la certeza de la culpabilidad del acusado al que arriba el Tribunal, se basa precisamente en la valoración de las pruebas sujetas al mandato contenido en el Art. 83 del Código de Procedimiento Penal. Termina el Director Nacional de Asesoría Jurídica de la Fiscalía General del Estado indicando que el recurrente no ha logrado demostrar

que la sentencia impugnada hubiere violado la ley, por lo que pide a la Sala declare la improcedencia del recurso de casación interpuesto. **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 sustantiva, 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 de Garantías Penales de Cotopaxi. Dicho Juez Pluripersonal ha hecho un análisis de la prueba actuada en la audiencia privada de juzgamiento, así: **a)** La agraviada ANA GABRIELA MOREJÓN MURILLO, menor de edad declaró que cuando cursaba el segundo año del ciclo básico le comunicó a su profesor que le faltaba cuatro puntos en matemáticas para pasar el año, por lo que le pidió ayuda con trabajos extras, pero éste le ha insistido en que se vaya con él y pasaría el año, por lo que ante el temor de perder el año accedió a sus pedidos llevándolo al parque “La Cocha” en donde le desvistió y abuso de ella, hecho que se repitió por tres ocasiones; **b)** Con en el testimonio de la Dra. Ana Lucía Constante Morales, perito psicólogo, que realizó el examen respectivo a la ofendida, la misma que se refiere al abuso sexual, e indica que ésta tiene una edad mental de nueve años y seis meses, que ha sido víctima de abuso sexual y denota soledad, tristeza, inseguridad, temores por lo que recomendó tratamiento psicológico; **c)** Del Sr. Wilson Aníbal Morejón Jácome, padre de la menor que se enteró que su hija estaba embarazada y confirmó la denuncia; **d)** Del informe del policía Ángel Elías Cajas que realizó el reconocimiento del lugar, describiendo su ubicación y características, como un sitio de poco tránsito abandonado y sin alumbrado público; **e)** Del policía Mario Rodríguez Chicaiza, que entrevistó a la menor y a su madre que declararon por separado, y coinciden con los hechos relatados en la denuncia. Esta Sala observa que se analizó la prueba aportada en la audiencia de juzgamiento, las mismas que lo han practicado de una manera constitucional, observándose los principios de intermediación y contradicción, que al ser valoradas con estricto apego a derecho y aplicando las reglas de la sana crítica que debe imperar especialmente en este tipo de infracciones, el Tribunal A quo en su fallo establece convicción y certeza sobre la existencia del hecho punible así como de la culpabilidad y responsabilidad del imputado EDWIN OSWALDO ROJAS DÁVILA. Aceptando los hechos indicados en el fallo recurrido el Juez pluripersonal analizó las presunciones, los indicios y la prueba suministradas, de una manera coherente, lógica y empleando el sano criterio que ampara las normas del Derecho Procesal; pues es en este tipo de infracciones y considerando el lugar en que se perpetró el hecho ilícito es difícil la presencia directa de testigos, razón por lo que se hace necesario que el juzgador haya hecho uso de las reglas de la sana crítica señaladas en el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal. Se ha procedido de acuerdo a los Arts. 85, 250 y 304 del mismo Cuerpo Adjetivo, ha sido un análisis valorativo y ponderado de la prueba sobre la culpabilidad y responsabilidad del sentenciado EDWIN OSWALDO ROJAS DÁVILA. Esta

Sala considera que el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi ha interpretado bien las disposiciones contenidas en el Art. 511.1, apartado tercero y final del Código Penal. Finalmente, la disposición aplicada para imponer la sanción, establece la pena pendular, para que el Juez pueda imponer la sanción dentro de lo mínimo y de lo máximo que establece la norma. Para la imposición de la pena se hace necesario considerar en este caso, el comportamiento de la presunta agraviada, pues a fs. 44 del cuaderno de la Sala consta un auto del Juez suplente del Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia de Cotopaxi, que en lo principal manifiesta, que ANA GABRIELA MOREJÓN MURILLO a nombre de su hija propone una acción de alimentos en contra de EDWIN OSWALDO ROJAS DÁVILA, en cuyo considerando tercero expresa que “en el proceso el informe del examen de ADN practicado por los peritos del laboratorio de genética molecular de la Cruz Roja Ecuatoriana de la ciudad de Quito que indica en sus conclusiones que el demandado NO ES EL VERDADERO PADRE BIOLÓGICO DE LA MENOR ROSARIO ANABEL MOREJÓN MURILLO”. Esta decisión es confirmada por la Corte Provincial de Justicia, Sala de lo Civil de Cotopaxi, que pronuncia sentencia rechazando la acción interpuesta por la reclamante ANA GABRIELA MOREJÓN MURILLO y confirma en todas sus partes la sentencia venida en grado; y lo que es más la Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil, Niñez y Familia, rechaza el recurso de casación que ha interpuesto ANA GABRIELA MOREJÓN MURILLO. 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 la casación de la sentencia recurrida, disponiendo se devuelva este proceso al Tribunal de origen para la ejecución del fallo. **Notifíquese y devuélvase.**

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada, Milton Peñarreta Álvarez, Jueces de la Primera Sala Penal, Corte Nacional de Justicia.

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

RAZON: Certifico que la presente copia guarda conformidad con su original.- Quito, 29 de agosto del 2011.

f.) Dr. Milton Álvarez Chacón, Secretario Relator (E).

No. 1359-2009-C.T.

En el juicio penal que sigue EL ESTADO en contra de JUAN FRANCISCO SILVA VILLAVICENCIO Y OTROS

JUEZ PONENTE: DR. HERNÁN ULLOA PARADA, DE CONFORMIDAD A LO QUE DISPONE EL ART. 185 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL.- Quito, 18 de

agosto del 2011; las 08h30.- **VISTOS:** El recurrente, doctor Carlos Pólit Faggioni, Contralor General del Estado, interpone recurso de casación a la sentencia emitida por el Tribunal Quinto de Garantías Penales de Pichincha, el 13 de octubre del 2009, a las 09h00, en la que se ratifica la inocencia de Juan Francisco Silva Villavicencio, Freddy Fernando Robalino Lascano y Roberto Farid Trujillo Eljuri. El recurso ha sido debidamente interpuesto por el recurrente, habiéndose corrido traslado a la Fiscalía General del Estado 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 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 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, en nuestras calidades de jueces nacionales de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento de la presente causa 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.-** El recurrente doctor Carlos Pólit Faggioni, en su escrito de fundamentación ha manifestado lo siguiente: **1)** Se ha violado, en la opinión del casacionista, el artículo 212 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador que le faculta a la Contraloría General del Estado a determinar indicios de responsabilidad penal, asimismo se violan, a su criterio, los artículos 31 numerales 3, 7, 13, 15 y 34 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que le atribuyan a dicha entidad competencias para examinar la utilización, administración y custodia de los recursos públicos, identificar y evaluar los procedimientos internos de las entidades sujetas a su control para prevenir los actos de corrupción, decidir la intervención como parte en los juicios penales relacionados con el manejo de los recursos públicos que son objeto de control, actuar de forma coordinada con la Fiscalía General del Estado para proseguir los juicios penales relacionados con el manejo de estos recursos y establecer indicios de responsabilidad penal; **2)** Manifiesta el recurrente que el Tribunal penal también violó el artículo 65 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que establece el procedimiento reglado obligatorio para los indicios de responsabilidad penal que fueron observados a cabalidad por el equipo de Auditoría y además, se violó, según el casacionista, los artículos 215 y 216 numeral 10 del Código de Procedimiento penal que le atribuyen al Fiscal la facultad de dar inicio a la instrucción fiscal; **3)** El casacionista asevera que la sentencia viola las normas jurídicas respecto a la valoración de la prueba, añadiendo que el juzgador ha realizado apreciaciones subjetivas y se ha convertido en un defensor más de los acusados, al afirmar que dentro del proceso de auditoría no se ha observado el

debido proceso, por no haberse notificado a los involucrados para que concurran a la lectura del borrador e informe final de auditoría, lo que es contrarrestado con la documentación producida en la etapa de juicio y que no ha merecido el menor análisis y peor valoración de parte del juzgador. **CUARTO: DICTAMEN FISCAL.-** El subrogante de Fiscal General del Estado, doctor Alfredo Alvear Enríquez, al contestar la fundamentación del recurso de casación, señala: **1)** Examinada la sentencia, se observa que el órgano juzgador, para emitir su fallo, se basó en que no se ha comprobado conforme a derecho la existencia de la infracción, factor que le impidió entrar a considerar sobre la responsabilidad de los acusados, al no existir el nexo causal entre la materialidad de la infracción y la responsabilidad de los acusados, debido a la falta de prueba de cargo de la Fiscalía, que no ha realizado una prolija investigación, la misma que se ha remitido a cambios de puerto de embarque y cambio de una parte de tubería equivalente al 2.5 % del total de la oferta, pues no se ha demostrado el perjuicio causado al Estado, que estaban autorizados para realizar los cambios y que el alza del precio del acero en el año siguiente lo asumió la empresa proveedora, y, por tanto, el Tribunal Penal consideró que los procesados son inocentes, no perjudicaron al Estado Ecuatoriano, no perjudicaron a Petroecuador, no se beneficiaron los funcionarios de Petroecuador no ayudaron al beneficio de terceros y en el numeral 7.2 del considerando séptimo, en una larga exposición que se asemeja a un alegato a favor de los procesados, se contraen a destacar los principios y reglas del debido proceso que, a criterio del Tribunal, fueron inobservadas dentro del examen especial de auditoría realizado por la Contraloría General del Estado, a la contratación celebrada entre Akira Internacional y Petroproducción filial de Petroecuador, que fue oportunamente judicializado, de cuyo contenido se infiere todo lo contrario de lo manifestado por el juzgador; **2)** El fallo ha minimizado el referido examen especial, negándole su verdadero valor jurídico y omitiendo valorar la prueba de cargo aportada por la Fiscalía, bajo el argumento de que a criterio del Tribunal, no es necesario entrar a su análisis, en razón de no haber comprobado la existencia de la infracción, pese a que con abundante prueba testimonial y documental se acreditó la existencia de la infracción y la responsabilidad de los procesados, pues los testimonios propios rendidos por el doctor Fernando Vega Vera, Asesor 3 y Jefe de Investigaciones de la Fiscalía, quien declaró que se había contratado tubería sin costura y verificado en el campo todas tenían costura y era de procedencia china o japonesa, no fueron registradas por Petroecuador, estaban embodegadas en el Coca en proceso de descomposición, se ofreció tubería rumana y se entregó china, estas inconsistencias impidieron hacer registros contables; doctor Juan Carlos Chimbo Muriel Jefe de la Unidad Legal de Petroecuador y doctora, Aída María de las Mercedes Cevallos Varea funcionaria de la misma entidad, el primero ratificó el criterio jurídico de esta última, quien declaró que la empresa Akira, en la oferta que presentó, no cumplía con los términos de la invitación, lo que produce la descalificación de la oferta, que es lo que debía haber ocurrido, que a criterio suyo no se pueden cambiar los ítems del contrato y autorizar el cambio es responsabilidad del Consejo de Administración CAD y se ratifica en su informe, agregando que el Vicepresidente de la entidad no podía autorizar cambios de la tubería, pues esto le correspondía al comité adjudicador; ingeniero Galo Patricio

Izurietta Granja, quien realizó el peritaje de una tubería de 20 pulgadas que se encontraba en diferentes bodegas que tiene Petroproducción en El Coca, Campo Libertador, determinó que esa tubería tenía costura; ingeniero Martín Boanerges Gavilanes Camacho, quien realizó una inspección de todos los ítems en las bodegas de Petroproducción, confirma que la tubería era con costura, en el análisis que realizó entre la variación de los precios entre el 2005 y 2006 determinó por medio de la documentación obtenida de esta entidad, que existe una diferencia de precios de USD 1' 162.200, que hubo un beneficio para Petroproducción por el alza de precio del acero y que el cambio de tubería no produjo variación de precios en contra del Estado, sin presentar documentos que respalden esta afirmación; Dora Alba Lorena Ramos Hidrovo, Auditora Jefe del Equipo de la Contraloría General del Estado, quien dirigió el examen de la contratación con Akira Internacional, luego de emitida la orden de compra, la empresa pide un cambio para lo cual el técnico emite un informe y viene la tubería con este cambio, es decir, con costura. Se partió del registro de la empresa, que no cumplió con lo requerido por la Procuraduría General del Estado, que debió exigirse la provisión de bienes del fabricante y que sea distribuidor autorizado, que ellos nunca recomendaron el inicio de una acción penal, pero deduce que el área jurídica encontró indicios de responsabilidad penal; agrega que de acuerdo a los reglamentos internos, cuando un material no es sustituible no puede ser cambiado, asegura que los ítems eran diferentes, pero reconoce que hay autorización expresa para el cambio de los ítems, como del puerto de embarque; añade que los informes de Petroecuador decían que la tubería no era la requerida, que el ingeniero Silva participó en la sumilla que dice "analizar y recomendar" pero no tiene responsabilidad, finaliza indicando que no hallaron perjuicio; Raúl Vicente Morales declaró que en el mes de noviembre ingresó al Departamento de Auditoría 3 y en calidad de supervisor le correspondió organizar los trabajos ya planificados y algunos imprevistos, afirma que la notificación a las personas que tienen vinculación con contratos deben efectuarse como así se lo hizo, e indica el procedimiento a seguir una vez realizado el info., de cuya lectura se determina que de acuerdo a las condiciones que se presentaron para las ofertas, debía entregarse una tubería sin costura y en este caso los tubos no llegaron de la procedencia de donde debía venir el material, que no es lo mismo entregar una tubería que otra, lo que se está ofertando no es igual a lo que se está recibiendo, que la tubería sin costura tenía el valor de seis cientos mil dólares, la empresa no cumplió con la oferta inicial, además, dentro de la reglamentación interna de Petroecuador se establece que no hay como cambiar estos materiales y se les denomina como no sustituibles, pero si está en las bases no se viola ninguna ley y que es verdad que la orden de compra une a las partes. En consecuencia, El subrogante del Fiscal General del Estado concluye que se han violado los artículos 83, 84, 85 y 86 del Código de Procedimiento Penal, relativos a la prueba y su valoración, pues el Tribunal Penal se aparta de las reglas de la sana crítica, que son el resultado de la lógica, el razonamiento jurídico y la experiencia o conocimiento de las que a no dudar se encuentran investidos los juzgadores; igualmente vulnera los artículos 123, 124 y 34 del precitado código, pues jurídicamente no expresa las razones en que se apoya para desestimar la prueba testimonial de cargo aportada en la etapa de juicio,

así como transgrede el artículo 145 ibidem concerniente a la prueba documental, ya que ni siquiera analiza y peor realiza un pronunciamiento sobre la admisibilidad y pertinencia de los documentos incorporados por la Fiscalía en la Audiencia de juzgamiento, como la comulación suscrita por el ingeniero Roberto Trujillo Eljuri, Apoderado General de Akira internacional el 6 de noviembre del 2006, remitida al ingeniero Francisco Silva Villavicencio, Vicepresidente de Petroproducción, pidiendo autorización para embargar en el ítem #1 Tubería Casing ERW de 20” en lugar de la Tubería Casing sin costura que era la ofertada y requerida, aduciendo que posee las mismas especificaciones técnicas contenidas en la orden de compra, pese a que los indicados ítems eran considerados no sustituibles; así como las certificaciones otorgadas por los vicepresidentes Petroindustrial y Petroproducción, con las que acreditó que la empresa Akira Internacional, durante los años 2005 y 2006, no se encontraba en el Sistema Único de calificación de oferentes del sistema de Petroecuador, como tampoco registrada en Petroproducción como distribuidor autorizado de las Compañías IPSO INC y MITTAL STEEL OSTRAVA A.S y más se remite a opiniones extra procesales. Asimismo, el subrogante del Fiscal General del Estado asegura que el fallo vulnera los artículos 250, 252, 304-A y 309 ibidem, como el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador, pues acoge opiniones jurídicas extra procesales e interpreta erróneamente estas disposiciones legales, incluso con absoluta ligereza en el considerando quinto del fallo el juzgador afirma que en este caso no hay ofendido, ignorando el hecho de que por ser el Estado el ofendido intervino la Contraloría General. El juzgador ha hecho caso omiso del artículo 257.4 del Código Penal, que claramente determina: “La misma pena señalada en los artículos anteriores se impondrá a las personas elegidas por votación popular, a los representantes o delegados y a los funcionarios, empleados o servidores públicos que aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les hubieren concedido contratos o permitido la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público. Quedan comprendidos en la misma disposición anterior y sujetos a igual pena los directores, vocales o miembros de los organismos administrativos del Estado o del Sector Público en general, que, con su voto, hubiesen cooperado a la comisión del delito al que se refiere el inciso precedente”; 3) La afirmación de que los ítems ofertados eran sustituibles, es válida durante el proceso de contratación, más no una vez adjudicada la oferta, pues de acuerdo a los testimonios rendidos en la audiencia de juzgamiento, la oferta une a las partes y es de su obligación acatar lo acordado tanto en la invitación por parte de Petroproducción, filial de Petroecuador, como de la oferta realizada por Akira Internacional, toda vez que lo contrario implicaría modificar las reglas de juego impuesta en la invitación a las otras empresas, lo que equivale a actuar con falta de seriedad y equidad en los procedimientos contractuales de adquisición; 4) La conducta de los procesados se adecua al tipo penal antes descrito, pues su accionar determino el ingreso de tubería con características y especificaciones totalmente diferentes a las requeridas y ofertadas, además de un puerto de embarque y fabricante diferentes, configurándose de esta manera el delito de

peculado, cuyos elementos constitutivos son: que el sujeto activo sea una persona encargada de un servicio público; que éste hubiere abusado de dineros o efectos que lo representen; y, que los dineros o efectos estuvieren en su poder, en virtud o razón de su cargo, entendiéndose esto último, en el sentido de que no se requiere que físicamente se lo tenga bajo su responsabilidad o cuidado, sino también que se tenga la capacidad de exigir y disponer de ellos, disposición que se realiza mediante el empleo de manejos fraudulentos que, en la especie, quedan anotados, en detrimento de los intereses del Fisco y en beneficio de un tercero, en este caso, de la compañía Akira Internacional, pues en la audiencia de juzgamiento no se justificó que la referida empresa haya asumido el incremento del valor del acero. Por lo anteriormente expuesto, el subrogante del Fiscal General del Estado considera que esta Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, en virtud de lo dispuesto por la parte final del artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, declare a Juan Francisco Silva Villavicencio y Roberto Farid Trujillo Eljuri, coautores del delito tipificado y reprimido en el artículo 257.4 del Código Penal y a Freddy Fernando Robalino Lascano en el grado de cómplice. **QUINTO: ANÁLISIS DE LA SALA.- 1)** La casación, en materia penal, es un medio extraordinario de impugnación, de efecto suspensivo, contra sentencias en las que se hubiere violado la ley, ya por contravenir expresamente su texto, ya por haber hecho una falsa aplicación de ella, en fin, por haberla interpretado erróneamente, como lo dispone el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. Este recurso se resuelve en función de aquellas normas que el casacionista ha considerado que han sido violadas dentro de la sentencia que ha emitido el juzgador, es por eso muy importante que el recurrente mencione y fundamente claramente cuales normas específicas de la ley se han violado en el caso concreto, teniendo que ser esta violación, una de aquellas que se consideran como directas, es decir, que la contravención al precepto legal haya sido dada por inaplicación, errónea interpretación, indebida aplicación, etc. de su texto, proveniente del acto volitivo del Juez en el que, al utilizar el precepto legal, yerra en el verdadero sentido y alcance de la norma jurídica, que lo lleva a inaplicarla o a aplicarla de una manera incorrecta; sobre esto nos habla el tratadista Luis Cueva Carrión, en su obra “La Casación en materia Penal”, Pág. 253, que, respecto a la violación directa de la ley dice lo siguiente: **“La violación directa de la ley ocurre cuando el juez yerra en la aplicación de la norma legal, de la norma pura, independientemente de los errores que pueda cometer en relación con los hechos y con las pruebas”**, respecto a aquella violación que se considera indirecta, esto es, citando al mismo tratadista, aquella que **“no transgrede directamente la norma, sino a través del error fáctico y probatorio: luego de errar en la apreciación de los hechos, de las pruebas y en su valoración legal”**, le corresponde solamente a esta Sala analizar si el juzgador, al valorar la prueba para determinar la existencia material del ilícito y la correspondiente responsabilidad de la persona imputada, ha utilizado de una manera correcta las reglas de la sana crítica, pues, es en base a éstas, que el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal establece que el Juzgador debe valorar dichas pruebas; esta Sala no puede tomarse la atribución soberana que tiene el inferior sobre la valoración de la prueba, en virtud de los principios de inmediación y contradicción de la misma, al respecto de estos dos principios nos habla el autor Yecid Ramírez

Bastidas, en su obra "El Juicio Oral en Colombia", en la página 183, respecto al primero nos dice "*la inmediación solo puede entenderse asegurada si el juez y las partes tienen la posibilidad de acercarse a la prueba por medio de un contacto constante entre todos ellos y el elemento probatorio en examen*", añade, que es "*la circunstancia en virtud de la cual los sujetos procesales reciben en forma inmediata, directa y simultánea los elementos de prueba provenientes de los diferentes medios, como presupuestos lógicos de la sentencia*"; con respecto al segundo nos señala que se cumple "*cuando el sistema permite la interacción de las partes, en un juego equilibrado de intervenciones orientadas a reforzar la posición de cada uno de los intervinientes y en controlar el desarrollo de la audiencia oral*"; dado que la prueba es producida en la fase procesal que controla el inferior, es precisamente éste el más apto para valorar de la mejor manera los medios probatorios presentados por las partes, dejando como materia para la casación el análisis de la correcta aplicación del ordenamiento jurídico; Claus Roxin, en su libro "Derecho Procesal Penal, Tomo II" acertadamente manifiesta en la página 191: "*El fin de la casación reside en el aseguramiento de una protección jurídica realista, pudiendo ser presentadas a la revisión del tribunal de casación (sólo) aquellas partes de la decisión de los jueces de mérito que son independientes del paso del tiempo y que, por ello, no son del dominio natural del juez de primera instancia, quien actúa de manera más cercana a los hechos. Por ello es que el legislador ha entregado la cuestión de hecho (esto es, las comprobaciones fácticas que se vuelven más dificultosas con el paso considerable del tiempo; ante todo, la prueba testimonial, debido a la disminución de la memoria) al juicio exclusivo del juez de primera instancia como "juez de hecho" (mérito), y ha limitado al tribunal de casación... la comprobación de las lesiones de la ley y, con ello, el control de la cuestión de Derecho*"; asumiendo lo expresado por este autor, corroboramos lo establecido anteriormente, esta Sala, en materia probatoria, únicamente puede analizar el proceso volitivo del Juez, para determinar si se han aplicado las reglas de la sana crítica en el caso concreto, más no volver a valorar la prueba para juzgar nuevamente la existencia material de la infracción y la responsabilidad del procesado; la casación no es una tercera instancia, es un recurso vertical extraordinario que pretende revisar la sentencia dictada por el inferior para desvanecer cualquier tipo de error que se haya suscitado al momento de aplicar el ordenamiento jurídico al caso concreto; por lo que, los hechos analizados en la sentencia se entienden como ciertos, a menos que se comprueben errores en la aplicación de la sana crítica, sobre esto, el anteriormente citado autor, nos ilustra al manifestar, en la página 187 de su obra, que la casación "*es un recurso limitado. Permite únicamente el control in iure. Esto significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y solo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al Derecho material o formal*"; 2) En la especie, las aseveraciones hechas por el recurrente son totalmente improcedentes, pues lo único que buscan son darle a entender a esta Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, que su trabajo ha sido realizado a cabalidad y que no se ha incumplido ninguna norma del debido proceso mientras se realizaban las auditorías que han devenido en un informe que establece indicios de responsabilidad penal de parte de los acusados, mas, cualquiera que haya sido la actividad

realizada en dicha etapa, mediante las atribuciones que legal y constitucionalmente le han sido atribuidas a la Contraloría General del Estado, no sirven sino para, desprendidos los indicios de responsabilidad de la investigación hecha por esta institución, iniciar el proceso indagatorio de parte de Fiscalía, que a su vez debe determinar si emite su dictamen fiscal, acusando o no a las personas en las que se ha encontrado indicios de responsabilidad penal, en conclusión, toda la investigación que realiza la Contraloría General del Estado no sirve para determinar la existencia de un delito o la culpabilidad del procesado, cuestión que debe ser resuelta tan solo en la etapa de juicio ante el Tribunal Penal, tal como lo establece el artículo 250 del Código de Procedimiento Penal, pues es dicho órgano jurisdiccional el adecuado para hacerlo, mediante los medios de prueba que sean debidamente presentados en la audiencia de juicio, como lo establece el artículo 252 del Cuerpo Normativo antes mencionado. Esta Sala de la Corte Nacional de Justicia considera que el recurso de casación no es para cuestionar la legítima intervención de la Contraloría General del Estado en este tipo de delitos, esto es, para aprobar o no la actuación que en la fase extra procesal que está a su cargo haya realizado, sino para corregir los errores de derecho que tiene la sentencia, por lo tanto, lo único que puede entrar a analizar este órgano jurisdiccional, en la especie y debido a las alegaciones del Fiscal General del Estado, es el análisis lógico que ha hecho el inferior respecto a la inexistencia del delito de peculado por el cual han sido acusados los procesados; 3) Debemos partir el presente análisis desde un pensamiento vertido por el juzgador en su sentencia, y que a esta judicatura le parece adecuado: "*... ¿Por qué ante la falta de convicción del delito y especialmente la convicción de que no había dolo ni apropiación no se le ocurrió al fiscal estudiar en qué otra figura penal se podía subsumir el comportamiento investigado? O lo que hubiera sido mejor, regresar un año atrás, cuando pese a que el departamento legal de Petroecuador, objetó la adjudicación a la Empresa Akira, por no cumplir con los requerimientos legales, le adjudicaron esa oferta; quienes cometieron ese error en contra del informe del Departamento Legal, por ahí debió ser la investigación, vale decir, al origen mismo de la adjudicación, que pasó con la fiscalía, que se preocupó del cambio solicitado, de una parte de la tubería un año después, cuando estaba perfeccionada la adjudicación, pero no de la oferta total, quienes fueron aquellos, por que se saltaron las bases y demás expuestos en el juicio...*". Este pensamiento del juzgador se torna adecuado, ya que la participación de todos los procesados no se puede analizar en base al artículo 257.4 del Código Penal, pues su actuación se da tan solo por la solicitud de la empresa Akira Internacional para que se dé el cambio de material en un 2.5% del total del contrato y no en el momento de adjudicar la oferta a la aludida empresa, por lo que mal se podría hablar de aprovechamiento del cargo para hacer concesiones, si ninguno de los implicados participó en dicho procedimiento, ya que Juan Silva Villavicencio entró a ejercer la Vicepresidencia de Petroproducción, 10 meses después de que se dio la adjudicación de la oferta a Akira Internacional, Freddy Robalino Lascano solo realizó un informe técnico respecto a la procedencia o no de cambiar las tuberías ofertadas por otras que tenían costuras y Roberto Trujillo Eljuri mandó la comunicación a la Vicepresidencia de Petrocomercial para, amparándose en la orden de compra, solicitar que se cambie el material en un

2.5% del total del contrato. Respecto a la existencia del peculado, el tribunal juzgador ha realizado un análisis extenso en base de los aportes probatorios de los sujetos procesales, presentadas en la audiencia de juicio, como son los testimonios de: **a)** Fernando Vega Vera, Jefe de Investigaciones de la Fiscalía, quien manifiesta *“que se había contratado una tubería sin costura y verificado en el campo todas tenían costura, que eran de procedencia china o japonesa”*, añadiendo que *“No se quienes son los sospechosos, yo presento mi informe sin acusar a nadie”*; **b)** Juan Carlos Chimbo Muriel, Jefe de la Unidad Legal de Petroecuador, quien manifiesta: *“No estuvo el Ing. Silva en el momento del trámite de adquisición”* y ante la pregunta hecha de si la sustitución del fabricante está permitida responde *“Sí, puede sustituirse según consta en la cláusula correspondiente”*; **c)** Aída María de las Mercedes Cevallos Varea, aduciendo haber sido parte de la comisión de compras, manifiesta: *“El Consejo de administración debía resolver a quien adjudicaba”*, *“Esta permitida la sustitución del fabricante”*; ante la pregunta de si permitida la sustitución de la oferta por parte del fabricante, éste podía modificar durante el concurso responde: *“Sí, así es”*; **d)** Galo Patricio Izurieta Granja, perito que realizó el reconocimiento de la tubería de 20 pulgadas que se encontraban en diferentes bodegas de Petroproducción manifiesta: *“Yo concluí que esa tubería era con costura de 106,5 libras por pie de mejor calidad que la ofertada”*, *“Una tubería de más grado es mejor. Si hay grado mejor cumple las funciones para lo que se va a usar”*; **e)** Martín Boanerges Gavilanes, también perito que realizó el reconocimiento de las antedichas tuberías manifiesta: *“La tubería de 20 pulgadas era con costura, lo que representa una tubería de mejor calidad que la ofertada, porque la norma internacional así lo indica”*, añadiendo *“Hubo un beneficio para Petroproducción por el alza del precio del acero a nivel mundial... se puede verificar que al cambio por la otra tubería no hubo variación de precios en contra del Estado”*; **e)** Alba Lorena Ramos Hidrovo, Jefe de equipo de la Contraloría del Estado, manifiesta *“Como consta en el informe no hemos hallado perjuicio”*. La sana crítica no es un sistema arbitrario que deje a la discrecionalidad total del Juez la valoración de la prueba, por el contrario, es un sistema que, obedeciendo a los principios de inmediación y oralidad de nuestro sistema acusatorio, intenta que el Juez, al haber percibido de propia mano el acervo probatorio, forme su decisión acerca del proceso en base a las herramientas de la lógica y la experiencia, siempre teniendo que analizar la prueba en su conjunto y no de manera aislada, para poder descubrir en qué realmente aporta la misma a la elaboración mental que tiene que hacer el Juez de los hechos que han ocurrido, resultando inaceptable que se diga que el juzgador no ha respetado este sistema de la sana crítica al valorar la prueba, pues aberrante hubiera resultado que cualquier juzgador determine que ha existido peculado en la especie, ante tan contundente prueba de descargo que el mismo Agente Fiscal de la causa se ha encargado de proveerles a los procesados. Si no existe perjuicio para el Estado, teniendo que éste ha resultado beneficiado por el cambio de material que ha hecho Akira Internacional, en base a la oportunidad que se le daba en la invitación de oferta que recibió, añadiendo que este documento le permitía además cambiar el puerto de embarque, no se puede hablar de peculado en el caso concreto. **SEXTO: RESOLUCIÓN.-** Por las consideraciones expuestas

“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 el recurrente Carlos Pólit Faggioni, Contralor General del Estado.- Devuélvase el proceso al inferior para el trámite de ley.- **Notifíquese y Cúmplase.**

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

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

CERTIFICO: Que las nueve copias que anteceden son iguales a su original.- Quito 13 de septiembre de 2011.

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

No. 1372-2009

DELITO: VIOLACION.

PROCESADO: SEGUNDO ZAMBRANO GOYA.

PONENTE: Dr. Milton Peñarreta Álvarez (Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial).

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA DE LO PENAL.- Quito, 17 de agosto del 2011, a 09h50.- **VISTOS:** Avocamos conocimiento de la presente causa, por cuanto el Primer Tribunal de Garantías Penales de Los Ríos, ha sentenciado al procesado ZAMBRANO GOYA SEGUNDO AGUSTÍN, por el delito de VIOLACIÓN, establecido y sancionado en el Art. 512 numeral 3 y 513 del Código Penal, imponiéndole la pena de DIECISÉIS AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR EXTRAORDINARIA. El sentenciado ha 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. **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.- El recurrente en lo principal de su fundamentación manifiesta que el Tribunal de Garantías Penales torna en error de derecho al fundamentar la sentencia solamente en la prueba de cargo sin analizar ni fundamentar la prueba de descargo, sin valorizar ni formular juicio crítico sobre las actuaciones procesales; por otro lado, también agrega que se puso de manifiesto la falta de despacho de las pruebas solicitadas por la defensa, haciendo a la vez, caso omiso –el Tribunal- de la petición del recurrente de suspender la audiencia por no haberse llamado a sus testigos y despachar las copias certificadas de las actuaciones procesales dentro de la etapa de instrucción. Añade –el procesado- que no se judicializó ningún otro instrumento de prueba, obviando la petición de prueba pedida previamente por la defensa, violando de esta forma normas expresas como son los Arts. 267 y 270 del Código de Procedimiento Penal. Se refiere también al hecho de que el Primer Tribunal de Garantías Penales de Los Ríos no cumplió, en su sentencia, con los requisitos establecidos en el Art. 309 del cuerpo legal ya nombrado. Considera –el recurrente- que en la sentencia, se ha violado la ley, por haberse hecho una falsa aplicación de ella, en el momento de la valoración de la prueba, violando de esta manera el Art. 86 del Código Adjetivo Penal. **CUARTO: DICTAMEN FISCAL.-** La Fiscalía General manifiesta que está probada la materialidad de la infracción como la responsabilidad del acusado ZAMBRANO GOYA SEGUNDO AGUSTÍN con el informe pericial médico legal ginecológico practicado a SALAS ALVARADO KARINA CECIBEL por los médicos Dres. Freddy Pérez Hirsuta y Jorge Almeida, quienes manifiestan que el 4 de diciembre del 2007, a los 7 días de sucedido el hecho, practicaron el examen ginecológico a la víctima, que presentaba un himen con desfloración antigua y presencia de carúnculos fusiformes por multiparidad, segundo a nivel vaginal, presencia de abundante leucorrea y una laceración de 0,5cm, a nivel de orquilla vulvar, dos excoriaciones en la región lumbar, otra en el abdomen, dos equimosis en proceso de disolución, tres equimosis igualmente en proceso de disolución de 1,5cm por 5cm en cara interna de muslo derecho. Concluyen indicando que las lesiones encontradas a nivel extragenital y genital de la víctima son por el acceso carnal no consentido, sino violento. El testimonio del perito Alex Jamil Sahuing Hervas, que manifiesta que el día 11 de diciembre del 2007, realizó el reconocimiento del lugar de los hechos en el sector Buenaventura, recinto Huascama, encontrando en lo alto de la loma una vivienda de madera y zinc, la misma que es de propiedad de Nicolás Zambrano, habitada por la ofendida SALAS ALVARADO KARINA CECIBEL, que en el interior de la vivienda se aprecia un solo ambiente sala y cocina y dormitorios al final, que el sector es apartado, que no hay energía eléctrica, existe un pozo artesanal y unos árboles de frutas alrededor de la casa; que se observa a unos 100 metros otra casa de madera y zinc habitada por el Sr. Hernán Alvarado. Por otro lado, expresa que la responsabilidad penal del procesado, está probada con lo siguiente: **a)** Con el testimonio de la ofendida SALAS ALVARADO KARINA CECIBEL, quien manifiesta que aproximadamente a las 4h00 del día 28 de noviembre del 2007, llegaron a su domicilio ubicado en el recinto Huascama del cantón Palenque, unos diez hombres encapuchados y armados, quienes preguntaban por su esposo, que ella les contestó que su esposo no se encontraba

en la casa, a lo que respondieron con insultos y pidiéndole que abra la puerta, que ellos venían a matar a su esposo, y al no abrir la puerta ellos empezaron a empujar y lograron abrirla, ingresando a la casa, manifiesta –la víctima- que Anastacio Arias y Félix Arias se sacaron las capuchas, le cogieron de pies y manos y le tumbaron en el piso de la sala, que Segundo Zambrano se abalanzó y le introdujo su miembro viril en la vagina y en el recto; que los demás delincuentes seguían encapuchados pero les reconoció por la voz, quienes cogieron a sus cuatro hijos para que vean lo que le hacían a su madre y cuenten a su papá. Que luego de violarla le dieron látigo con un cuero de vaca y le robaron cien dólares; y **b)** Con el testimonio del menor Eddy Alejandro Zambrano Salas, representado por su curadora Blanca Lourdes Salas Alvarado, quién manifiesta que el día 28 de noviembre del 2007, en la madrugada se encontraba con sus hermanos, que observó que ingresaron veinte personas a su casa; que Segundo Zambrano violó a su madre, por lo que estima que el recurso es improcedente y debe ser rechazado. **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 Primer Tribunal de Garantías Penales de Los Ríos. Esta Sala observa que se han respetado los principios de valoración de la prueba material, establecidos en los Arts. 79, 83, 86, 88, 91, 92, 95 del Código Adjetivo Penal. Una de las características del debido proceso es que el Juez pluripersonal ejecuta las reglas de la sana crítica al unificar las declaraciones de una manera concordante, unívoca respetándose los principios de inmediatez y presentación, practicándose dicha valoración de una manera constitucional; características que encontramos evidentes en el presente caso. Es necesario incluir la opinión de Luis Rodríguez Ramos y Pedro Colina quienes nos dicen respecto a los testigos: *”En primer lugar, el hecho de que estos delitos normalmente se realicen aprovechando localizaciones situadas fuera de la presencia de testigos no es exclusivo de esta modalidad delictiva, ya que en la generalidad de los delitos, por ejemplo el asesinato, también se procura habitualmente la ausencia de testigos, y ello no impide la apreciación de la agravante. Y en segundo lugar, puede perfectamente cometerse un delito de violación en lugar habitado y en horas diurnas, por lo que las circunstancias de despoblado o nocturnidad no le son necesariamente inherentes. Por eso lo relevante es que se busque o aproveche una circunstancia de lugar o tiempo que debilite de modo relevante las posibilidades de defensa de la víctima o facilite la impunidad del delincuente.* Finalmente se hace menester considerar que las circunstancias delicadas a las que hace referencia la víctima, el detalle de los actos lujuriosos del actor, recitados claramente y con precisión en una audiencia ante un Tribunal desconocido para ella, y en presencia de sus familiares da mucha credibilidad, por su lógica y la

sinceridad en el relato, lo que sumado a las pruebas ya descritas en este fallo se aprecia de una manera evidente y diáfana la consideración de la sana crítica que nos trae nuestra legislación ecuatoriana. El Código Penal, que mantiene la pena pendular dada por el legislador a través de la norma jurídica y en sujeción de la Constitución de la República del Ecuador, establece parámetros mínimos y máximos dentro de los cuales el juzgador impondrá la pena en consideración a la magnitud del hecho y la temeridad del hechor. Situación ésta última agravada en el sentenciado, al haber sido cometido el ilícito en uso de la nocturnidad, la pandilla, el despoblado, la temeridad frente a los hijos de la víctima; es decir, se revela la existencia de la temeridad y peligrosidad del actor, al haber realizado la violación carnal, lo que le hace merecedor a la máxima sanción establecida en el Art. 513 del Código Penal. Lo que si llama la atención es la deficiente investigación fiscal al no haber podido establecer la complicidad de los demás procesados en este execrable delito, en el que además hubo asociación ilícita y allanamiento de domicilio. 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 ZAMBRANO GOYA SEGUNDO AGUSTÍN, disponiendo se devuelva el proceso al Tribunal de origen para los fines de ley.- **Notifíquese y publíquese.**

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada, Milton Peñarreta Álvarez, Jueces de la Primera Sala Penal, de la Corte Nacional de Justicia.

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

RAZON: En Quito, hoy diecisiete de agosto del dos mil once, a partir de las quince horas, notifico con la nota en relación y sentencia que antecede a la Fiscalía General, en el casillero judicial No. 1207, a Segundo Zambrano G., en el casillero judicial No. 3155.

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

RAZON: Certifico que la presente copia guarda conformidad con su original.- Quito, 29 de agosto del 2011.

f.) Dr. Milton Álvarez Chacón, Secretario Relator.

No. 1390-09-or

JUEZ PONENTE: DR. HERNÁN ULLOA PARADA.

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

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA DE LO PENAL.- Quito, 18 de agosto del 2011, a las 11h30. **VISTOS:** El Primer Tribunal Noveno de lo

Penal de Pichincha, mediante sentencia condenatoria dictada, el 26 de noviembre del 2009, a las 09h00, confirma el estado de inocencia de Guillermo José Pérez Olivo, por no haberse probado la materialidad de la infracción, así como tampoco la responsabilidad del acusado por el delito de estafa.- Por haberse descubierto durante la audiencia otro delito diverso, al que es materia de este enjuiciamiento, se dispone que se oficie al Fiscal Provincial de Pichincha para que previo sorteo de ley, el Fiscal correspondiente inicie las investigaciones correspondientes. En virtud de lo cual, el acusador Juan Salvador Chalán Morocho presentó recurso de casación. Una vez concluido el trámite previsto para este tipo de recurso la Sala 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 22 de diciembre de 2008, y el sorteo de ley respectivo.- **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Revisado el expediente no se encuentran vicios que pudieran generar nulidad procesal, razón por la cual este Tribunal de casación declara la validez de la presente causa penal. **TERCERO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.-** El acusador Juan Salvador Chalán Morocho en su escrito de fojas 4, aunque dice: "me permito fundamentar mi recurso de Casación ... ", No lo hace, pues, no menciona la o las normas que considera violadas en la sentencia; es decir, que no lo fundamenta como debía hacerlo para que haya lugar al recurso de casación. Lo que hace es un recuento de los hechos que él considera, constituyen el delito de estafa, pero que a criterio del Tribunal Penal, que es el llamado a analizar y valorar las pruebas, no se ha logrado probar la materialidad de la infracción ni la responsabilidad del procesado en el delito por el que se lo acusa. **CUARTO: DICTAMEN FISCAL:** El señor Dr. Alfredo Alvear, subrogante del Ministro Fiscal General del Estado, en la parte principal de su dictamen dice que "El Tribunal manifiesta que esta prueba presentada en la audiencia de juicio se ha referido a otro delito que debería ser investigado más no al delito denunciado; que el fiscal y el acusador particular introdujeron prueba documental que en nada aportó para determinar la existencia de la infracción y responsabilidad del acusado ... ", "CUARTO.- Para que el recurso extraordinario de casación prospere, se hace imprescindible que quien recurre por esta vía, demuestre los errores de derecho en los que hubiere incurrido el juzgador, en cualquiera de las formas establecidas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal al momento de expedir la sentencia, por tanto, este recurso especial no está destinado para que se realice una nueva valoración de la carga probatoria, menos aún a determinar la existencia de vicios de nulidad, actividad que en su momento fue evacuada por el Tribunal de Garantías Penales, en aplicación de los principios de inmediación, contradicción y concentración de la prueba. **QUINTO.-** De la revisión del acta y audiencia de juicio se ha podido constatar que la actuación del procesado no se enmarca en el delito de estafa tipificado y sancionado por el Art. 563

del Código Penal cuyos verbos rectores son: hecho entregar, hacer ceer, infundir, abusar, ninguno de estos se ha cumplido en el presente caso, se firmó un contrato de compra venta de un vehículo que no tenía gravamen alguno y que según manifiesta el acusador, el procesado no cumplió dicho contrato, circunstancias por las que se determinaría que, al ser un contrato de comercio, deberá ser conocido en otras instancias legales. En relación a las argumentaciones formuladas por el acusador particular Juan Salvador Chalán Morocho en la Audiencia de juicio, respecto a que el procesado ha falsificado las firmas de Manuel Guillermo Carrera Delgado propietario del vehículo materia de esta causa para venderlo, no existe prueba alguna, por el contrario, se ha practicado una experticia sobre las firmas constantes en el contrato compra venta celebrado entre la Sra. Giovanna Piedra y William Pérez, que concluye que las firmas y rúbricas de Giovanna Piedra Naranjo y las que constan al reverso del referido contrato, no guardan relación gráfica ni estructural con las firmas indubitadas de la prenombrada Giovanna Piedra Naranjo y que en el anverso del contrato consta el nombre manuscrito en mano imprenta en donde se lee Piedra Naranjo Giovanna del Carmen, informe por el que el Tribunal Noveno de Garantías Penales de Pichincha manifestó se trata de un delito diferente al denunciado y que debe ser investigado. Se advierte que el recurrente no ha fundamentado conforme a derecho su recurso, se ha limitado a efectuar una relatoría del hecho denunciado, no ha referido ni puntualizado los fundamentos de su recurso, su comparecencia se encamina a que la Sala de Casación revise el proceso, lo analice y valore la prueba que dice haber presentado en la audiencia de juicio, con lo que el recurrente considera se podría establecer que si ha existido una actuación delictual de tipo penal por parte del procesado, aspecto que de haberlo fundamentado, es materia de otro recurso más no de Casación. Por lo expuesto, estimo que la Sala debe declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por el acusador particular Juan Salvador Chalán Morocho, al no haberse probado que el fallo recurrido contenga violaciones que deban ser subsanadas a través de este medio impugnatorio." **QUINTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.-** 1) La interposición y la sustentación del recurso de casación son los medios procesales de los que dispone el recurrente, cuando se han producido errores de juicio en los que el juzgador haya incurrido al momento de dictar sentencia, por lo que a la Sala de casación le corresponde realizar una confrontación de la sentencia con la norma, para saber si ésta ha sido o no acertadamente aplicada. 2) 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). Esto es cuando en la sentencia se hubiere violado la Ley; ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella o por haberle interpretado erróneamente. 3) Como lo indica el Fiscal en su dictamen, el Tribunal Penal, a quien le corresponde analizar y valorar

las pruebas presentadas por las partes, ha actuado conforme a derecho, sin violar la ley en la sentencia. 4) No se ha comprobado la materialidad de la infracción, ni la responsabilidad del acusado; más bien, durante la audiencia de juicio se ha evidenciado el cometimiento de otro delito, por lo que el Tribunal Penal ha dispuesto la investigación por parte de la Fiscalía, como corresponde. **SEXTO: RESOLUCIÓN.-** Por las consideraciones que anteceden **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA.**, y por cuanto el recurrente y acusador Juan Salvador Chalán Morocho, no ha fundamentado el recurso de casación, como lo dispone el Art. 352 del Código de Procedimiento Penal, se declara su deserción. 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 la presente es fiel copia de su original.- Quito, 17 de octubre del 2011.

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

No. 1418-2009
(delito-enriquecimiento ilícito)

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

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, PRIMERA SALA DE LO PENAL.- Quito, 12 de julio de 2011; las 09h00.- **VISTOS:** La Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, mediante sentencia dictada el 9 de diciembre del 2009, a las 16h30, condena al ingeniero Jorge Emilio Gallardo Zavala como autor del delito tipificado en el Art. 296.1 y sancionado en el Art. 296.2 del Código Penal y le impone la pena de cinco años de prisión correccional y la restitución del duplo del monto del enriquecimiento ilícito. De la referida sentencia, el procesado interpone recurso de casación. Siendo el estado procesal el de resolver, para hacerlo, se considera.- **PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** En virtud del Art. 184 de la Constitución de la República del Ecuador vigente a partir del 20 de octubre del 2008, publicada en el R.O. No. 449, por lo dispuesto en los literales a) y b) del numeral 4 de la sentencia interpretativa: 001-08 SI-CC de fecha 28 de noviembre de 2008 dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; por resolución sustitutiva del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre del 2008, publicada en el Registro Oficial No. 511 del 21 de enero de 2009; el sorteo de ley respectivo, y, el llamado para que actuemos en la presente causa según obra de la providencia de 16 de mayo de 2011, a las 15h40, en nuestras calidades de conjueces nacionales de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento de la presente causa. **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 RECURSO DE CASACIÓN:** El recurrente, ingeniero Jorge Gallardo Zavala, en su escrito de fundamentación del recurso de casación, que obra de fs. 7-12, en lo principal, señala lo siguiente: "... Fui juzgado en ausencia el 26 de Noviembre de 2009. Este juzgamiento en ausencia, a pesar de mi pedido expreso de que se me permita regresar al país para defenderme, viola expresamente lo dispuesto por el numeral 1 del Art. 14 del **Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos** publicado en el R.O. N° 101 de 24 de Enero de 1969 que dice: "Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente con las debidas garantías por un tribunal competente"; norma que concuerda con la contenida en la letra d) del numeral 3) del Art. 14 del mismo Pacto, que dice: "Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: d) A hallarse presente en el proceso". La violación de las normas contenidas en el instrumento internacional citado, conllevan también graves violaciones constitucionales. En efecto, el numeral 3 del Art. 11 de la Constitución de la República dice claramente que: "El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derecho humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte". Al haberme juzgado en ausencia, a pesar de que anuncié a la Segunda Sala mi deseo de defenderme personalmente y de ser oído por ella y de que incorporé al proceso la providencia de admisión de mi demanda de acción extraordinaria de protección, la Segunda Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, violó mis derechos reconocidos en el instrumento internacional citado violó también la Constitución de la República. **La sentencia condenatoria dictada en mi ausencia, es la consecuencia directa de las violaciones ya citadas; y, por tanto, la propia sentencia viola la letra d) del numeral 3) del Art. 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y consecuentemente el numeral 3 del Art. 11 de la Constitución de la República. ... 2.2.- VIOLACIÓN DE LA LEY EN LA SENTENCIA POR INDEBIDA APLICACIÓN DEL PRIMERO Y SEGUNDO ARTÍCULOS INNUMERADOS SIGUIENTES AL ART. 296 DEL CÓDIGO PENAL (Art. 296.1, Y 296.2 del CP).** Los dos primeros artículos innumerados siguientes al Art. 296 del Código Penal, dicen: "Art. 296.1. Constituye enriquecimiento ilícito el incremento injustificado del patrimonio de una persona, producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, que no sea el resultado de sus ingresos legalmente percibidos. Art. 296.2. El enriquecimiento ilícito se sancionará con la pena de dos a cinco años de prisión y la restitución del duplo del monto del enriquecimiento ilícito, siempre que no constituya otro delito". Existen algunos elementos fundamentales de los tipos penales descritos que la Segunda Sala pasó por alto al condenarme. El delito de enriquecimiento ilícito supone: Existencia de bienes no justificados en el patrimonio del acusado; a) Que el acusado haya desempeñado cargo o función pública; b) Que la adquisición injustificada de los bienes sea producto del desempeño del cargo público; y, c) Que no constituya otro delito. La sentencia recurrida dice textualmente:

"Analizadas las actuaciones producidas en el curso de la audiencia de juzgamiento, conforme a las reglas de la sana crítica, en su conjunto, la Sala llega a la conclusión cierta de que efectivamente el acusado Ing. Jorge Emilio Gallardo Zavala, en su condición de empleado público, en el BAC Internacional Bank de la República de Panamá, superó los ingresos por él percibidos mientras desempeñaba las funciones de Ministro de Economía y Finanzas". La afirmación de la Segunda Sala se contradice con el Informe de la Unidad de Investigación Financiera de la Policía Técnica Judicial del Ministerio Público de la República de Panamá, suscrito el 14 de Diciembre del 2001, por el Licenciado Gustavo Cárdenas, Jefe de la Unidad de Investigación Financiera. Como se puede apreciar, la conclusión del informe es categórica: "Revisada toda la información enviada a esta Unidad, no existen pruebas ni otros elementos, que en efecto, se pueda comprobar que el verdadero dueño de estos fondos lo sea el señor Jorge Gallardo". Este documento es suficiente para demostrar que no existen bienes no justificados en el patrimonio del Ing. Jorge Gallardo Zavala. He demostrado que no se hallan cumplidos los elementos del tipo penal por el que se me ha condenado. La Segunda Sala aplicó indebidamente en la sentencia el Art. 296.1 del Código Penal. En lo que respecta a la indebida aplicación del Art. 296.2 del Código Penal, debemos hacer el siguiente análisis: El segundo innumerado siguiente al Art. 296 del Código Penal, conocido como Art. 296.2, dice claramente que se sancionará el enriquecimiento ilícito siempre que no constituya otro delito. En nuestra jurisprudencia, la Primera Sala de lo Penal de la ex Corte Suprema de Justicia, ratifica la subsidiaridad de este delito al decir que: "La Sala considera que el juzgador infringió la ley en la sentencia al condenar a Daniel Lozada Cortez por el delito de enriquecimiento ilícito imputado en el auto de llamamiento a juicio, y que tampoco es aplicable - así se lo hubiera imputado en ese auto - porque el segundo artículo agregado después del Art. 296 del Código Penal, dispone que el enriquecimiento ilícito se sancionará "siempre que no constituya otro delito", y en el caso, es el delito de cohecho; y, finalmente, porque la Ley 2003-4, publicada en el R.O. No. 83 del 16 de Mayo del 2003, establece que habrá lugar a la represión del enriquecimiento ilícito cuando la Contraloría General del Estado determine que hay un incremento injustificado en el patrimonio de un servidor público, después de comparar su declaración patrimonial juramentada rendida al inicio del cargo, con el patrimonio que tenga a posteriori; y siempre que, emplazado el servidor público para que concurra ante la Contraloría General del Estado a justificar el incremento de su patrimonio, no lo hiciera o compareciendo, no lo justifique; y nada de esto se ha practicado en la presente causa, siendo por tanto procedente, pero sólo en esta parte, el recurso deducido por el sentenciado por existir violación de la Ley en el fallo, al haberse indebidamente aplicado los dos primeros artículos agregados después del 296 del Código Penal." En cuanto a la subsidiaridad, la doctrina también ha sido clara: "Porque si la prueba permite deducir con certeza que el incremento patrimonial fue el fruto de un peculado, de un cohecho, etc., pues obviamente el empleado oficial se le condenará por el delito contra la Administración Pública que con precisión se hubiere establecido". El carácter subsidiario del delito por el que estoy ilegalmente condenado tiene capital importancia en tratándose de los hechos que se me imputan como vemos a continuación: En efecto, si ustedes observan el documento por el cual la señora doctora Mariana Yépez

de Velasco, Ministra Fiscal General de la República del Ecuador, exhorta al señor Procurador General de la República de Panamá con el objeto de que por intermedio de la dependencia que estime pertinente, se sirva conceder información de acuerdo con la Convención Interamericana Contra la Corrupción. Lo importantísimo de esto es que, por la constitución del Fideicomiso BP-93, se sigue actualmente en esta Primera Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, el juicio No. 387-2005WO, por el supuesto delito de peculado". Si la Fiscalía General me acusa desde hace más de siete años, de haber cometido el delito de peculado por la constitución del Fideicomiso BP-93, no puede acusarme, en otro proceso, de enriquecerme ilícitamente con el producto de ese Fideicomiso. Esto rompe la naturaleza subsidiaria del delito de enriquecimiento ilícito y, como consecuencia de ello, se me está juzgando dos veces por la misma causa, lo cual está expresamente prohibido por la letra i) del numeral 7) del Art. 76 de la Constitución de la República, que dice: "Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia"; y por el Art. 5 del Código de Procedimiento Penal, que dice: "Ninguna persona será procesada ni penada, más de una vez, por un mismo hecho.". Esto no significa en absoluto que acepte que haya cometido delito de peculado en la constitución del Fideicomiso BP- 93 conforme espero demostrarlo en persona ante esta misma Sala en la correspondiente audiencia de juzgamiento. Está claro que la sentencia condenatoria dictada en mi contra, por las razones expuestas, ha violado la ley al contravenir expresamente lo dicho por el Art. 296.2 del Código Penal, en concordancia con la letra i) del numeral 7) del Art. 76 de la Constitución de la República, y el Art. 5 del Código de Procedimiento Penal. **2.3.- LA SENTENCIA VIOLA LO DISPUESTO EN EL NUMERAL 2 DEL ART. 309 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.** La Sala, para condenarme, debió decir: cómo, cuándo y en qué circunstancias de lugar y tiempo específico, Jorge Gallardo se benefició patrimonialmente del ejercicio del cargo de Ministro de Economía; y no lo hizo en ninguna línea de la sentencia. Esto, viola lo dispuesto por el numeral 2 del Art. 309 del Código de Procedimiento Penal que dice: "La sentencia reducida a escrito, deberá contener: 2. La enunciación de las pruebas practicadas y la relación precisa y circunstanciada del hecho punible y de los actos del acusado que el Tribunal estime probados" ... **Con lo expuesto en este memorial queda fundamentado mi recurso de casación** y pido a esta Sala que por las múltiples violaciones de la sentencia a los Tratados Internacionales, Constitución y Leyes que he citado y explicado a lo largo de este escrito, se sirva aceptar el recurso de casación interpuesto, y case la sentencia condenatoria dictada en mi contra y dicte, en su lugar, sentencia absolutoria como en derecho corresponde.". **CUARTO: DICTAMEN FISCAL.-** El Dr. Alfredo Alvear Enríquez, Subrogante del Fiscal General del Estado, en lo fundamental de su dictamen, señala: "...**TERCERO.-** La Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia deja consignado en su sentencia que las actuaciones probatorias actuadas por la Fiscalía en el curso de la audiencia de juzgamiento, le han permitido arribar a la convicción de que el acusado Jorge Emilio Gallardo Zavala, en su condición de empleado público superó los ingresos percibidos mientras se desempeñaba como Ministro de Economía y Finanzas, y que de acuerdo a las circunstancias en que se dieron los hechos su comportamiento se encuentra tipificado y sancionado en los artículos 296.1 y 296.2 del

Código Penal, citando para el efecto el artículo 9 de la Convención Interamericana contra la Corrupción que define al enriquecimiento ilícito como el incremento injustificado de patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos durante el ejercicio de sus funciones, lo que en el presente caso se traduce en el hecho de haber constituido una empresa en la República de Panamá para utilizarla como "pantalla" y de esa manera, con la utilización de terceras personas, realizar depósitos en el Bac International Bank; agregando que tal evento no requiere de la intervención de la Contraloría General del Estado, ya que al no tener competencia ni jurisdicción en ese país, mal haría en presentar informe alguno sobre dichos depósitos, siendo suficiente en ese sentido las investigaciones que realiza la Fiscalía, siempre que arrojen resultados positivos sobre la existencia de un incremento injustificado del patrimonio del funcionario público durante el ejercicio de su función, como ocurre en el presente caso, en el que se ha logrado probar que el acusado no tuvo más ingresos que los que percibía como funcionario público durante el lapso en que se produjo el incremento de su patrimonio. **CUARTO.-** El primero de los cargos expuestos por el recurrente en su escrito de fundamentación tiene relación con la pretensión de que el Tribunal ad-quem vuelva a valorar los medios de información que influyeron en la decisión de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, alegando de manera específica que la declaración realizada por el Juzgador, -como es la de decir que las pruebas producidas en el juicio le han permitido arribar a la conclusión de que el acusado ingeniero Jorge Emilio Gallardo Zavala, en su condición de empleado público, en el BAC International Bank de la República de Panamá, superó los ingresos por él percibidos, mientras desempeñaba las funciones de Ministro de Economía y Finanzas- se encuentra contradicha con el Informe de la Unidad de Investigación Financiera de la Policía Técnica Judicial del Ministerio Público de la República de Panamá, suscrito el 14 de diciembre de 2001, por el licenciado Gustavo Cárdenas, Jefe de la Unidad de Investigación Financiera, toda vez que dicho examen determinaría que " ... no existen pruebas ni otros elementos, que en efecto, se pueda comprobar que el verdadero dueño de estos fondos lo sea el señor Jorge Gallardo ... ", debiendo recordarle a quien recurre por medio de esta vía, que la casación tiene como principio único, el análisis exclusivo de la sentencia y la violación de la ley en ella, en los términos previstos en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, lo cual se traduce en el hecho de que lo que se debate es la legalidad de la resolución y el eventual error de derecho producida en ella, más de ninguna manera se relaciona con un nuevo examen de la prueba, que como se sabe, es potestad exclusiva del Tribunal Penal ante el cual fue producida, más aún si, -como ocurre en el presente caso-, la pretensión de nueva revisión de prueba se encuentra sustentada en la indebida aplicación del artículo 296.1 del Código Penal y no en alguna de las leyes que regulan la comprobación de los presupuestos de una sentencia de culpabilidad, por la cual se pueda analizar si existe un error de valoración al momento del establecimiento de los hechos, o que los mismos hayan sido declarados como probados en mérito de una incorrecta aplicación de una de las normas que regulan la prueba. Nótese que el medio de información al que hace alusión el recurrente, a más de referir lo citado en su escrito de fundamentación, realiza ciertas recomendaciones tendientes al esclarecimiento del caso, una de ellas es la de

solicitar al Bac International Bank mayores elementos de información respecto a la vinculación que Jorge Gallardo tendría con la cuenta de la compañía SHANIKO TRADING S.A., información ésta que de manera cierta permitió establecer que los dineros depositados en el banco antes mencionado "... eran producto del patrimonio del Ingeniero Jorge Gallardo Zavala ..." y no solo eso, sino que fue dicho acusado quien además instruyó la cancelación de esa cuenta bancaria, de manera que no es correcto decir que la ausencia de registro del nombre del recurrente como cuentahabiente del banco, es prueba suficiente para establecer que los fondos depositados en éste, no le pertenecen, advirtiéndose más bien como argumento inconsistente y débil que de acuerdo a lo dicho, en nada enerva el suficiente acervo probatorio producido en el juicio. En lo que tiene que ver con la tesis relacionada con el supuesto requisito de procedibilidad respecto a que no habría represión de enriquecimiento ilícito si la Contraloría General del Estado no determina un incremento injustificado en el patrimonio del servidor público, es importante manifestar que no es prudente confundir las atribuciones que dicho órgano de control tiene -para establecer nada más que indicios de responsabilidad penal-, con uno de los principios de legalidad de la prueba establecidos en el Código de Procedimiento Penal, como los es el "POPI", el mismo que establece que la prueba debe ser pedida, ordenada, practicada e incorporada a la audiencia del juicio, debiéndose enfatizar en ese sentido que tal alegación fue enervada por la propia Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia en su sentencia, al expresar que el acusado utilizó maniobras fraudulentas para escapar al control de la Contraloría, al haber constituido una empresa en Panamá, para utilizarla como "pantalla" y realizar depósitos en el Bac International Bank, "Estado en el que la Contraloría no tiene jurisdicción ni competencia y por lo tanto no podía presentar ningún informe sobre el depósito realizado en dicho banco ...", siendo suficiente en ese sentido las investigaciones practicadas por la Fiscalía General del Estado, por las cuales se ha llegado a determinar que el acusado realizó dichos depósitos. En relación al carácter subsidiario del delito de enriquecimiento ilícito respecto al de peculado, queda claro que el caso que se juzga deriva de un acontecimiento específico y particular que se encuentra descrito en el informe de la Unidad de Investigación Financiera de la Policía Técnica Judicial del Ministerio Público de la República de Panamá, el mismo que en resúmenes cuentas establece que en el BAC International Bank de ese país fue aperturada la cuenta bancaria No. 101400289, a nombre de SHANIKO TRADING S.A., la cual registraba altas sumas de dinero, que de acuerdo con las respectivas investigaciones eran producto de las transferencias que desde el Ecuador realizaba el acusado Jorge Emilio Gallardo Zavala. El principio de subsidiariedad al que hace alusión el recurrente es aplicable en aquellos casos en que un mismo bien jurídico es protegido por varias leyes penales, estimándose para el efecto la menor o mayor lesión que el acto produzca, en aras de aplicar la norma secundaria como subsidiaria de la primera, siempre que esta última haya quedado descartada. En el presente caso y de acuerdo con la ley vigente a la fecha de inicio de instrucción fiscal, la comisión de infracciones conexas de la misma o distinta gravedad, daba lugar a la instauración de un proceso penal por cada una de ellas y siendo como son, infracciones de distinta gravedad, no se advierte que la sentencia haya

violado el principio de non bis in ídem, al momento de calificar jurídicamente el hecho previamente declarado como probado, como un incremento injustificado del patrimonio del funcionario público que recurre a través de casación. En otro orden de cosas, las leyes han previsto las diferentes vías a través de las cuales los sujetos procesales deben alegar los vicios eventualmente presentados en la tramitación de una causa, más de manera alguna es aceptable que quien interponga recurso de casación, lo fundamente en vicios de procedimiento, con la pretensión equivocada de que el órgano jurisdiccional que no es competente para hacerlo, examine si la sentencia reunió o no los requisitos exigidos por el artículo 309 del Código de Procedimiento Penal, cuando la vía adecuada y la oportunidad para hacerlo, se encuentran determinadas en el artículo 330 numeral 2 del mismo cuerpo normativo. De la misma manera, el artículo 425 de la Constitución Política de la República determina el orden jerárquico en lo que a la aplicación de las normas se refiere, llegando inclusive a establecer que ante un eventual conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, los jueces, autoridades administrativas y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior; en ese sentido, la Constitución Política de la República establece que los servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. "La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas ...", lo que quiere decir que la ausencia del acusado al juicio, en los términos señalados por la norma constitucional, de manera alguna transgrede el artículo 14 numerales 1 y 3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, pues al ser el artículo 233 de la Constitución Política de la República una norma jerárquicamente superior, prevalece y está por encima de cualquier otra norma de carácter internacional o legal. En virtud de lo expuesto, soy del criterio que la Sala debe declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por el acusado Jorge Emilio Gallardo Zavala." **QUINTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.-** La Sala, previa resolución, relievra 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 monofiláctica) 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.”. Por su parte, el Comité Europeo de Derechos Humanos, refiriéndose al tema en cuestión, en el **CASO GOMEZ VASQUEZ** (España), en lo pertinente ha señalado lo siguiente: “Cuestiones de fondo.- 11.1. En cuanto a si el autor ha sido objeto de una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto porque su condena y sentencia solamente han sido revisadas en casación ante el Tribunal Supremo en lo que su abogado, siguiendo los parámetros establecidos en los artículos 876 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento criminal denomina un recurso incompleto de revisión, el Comité toma nota de la alegación del Estado Parte de que el Pacto no exige que el recurso de revisión se llame de apelación. No obstante, el Comité pone de manifiesto que al margen de la nomenclatura dada al recurso en cuestión éste ha de cumplir con los elementos que exige el Pacto. De la información y los documentos presentados por el Estado Parte no se refuta la denuncia del autor de que su fallo condenatorio y la pena que le fue impuesta no fueran revisados íntegramente. El Comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación citada en el punto 3.2 limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.- 11.2. Con respecto a la supuesta violación del artículo 26 del Pacto porque el sistema español prevé distintos tipos de recurso según la gravedad del delito, el Comité considera que un tratamiento diferenciado respecto de diferentes delitos, no constituye necesariamente una discriminación. El Comité considera

que el autor no ha sustanciado una violación del artículo 26 del Pacto en este respecto.- 12. El Comité de Derechos Humanos, actuando con arreglo al párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos examinados revelan una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto respecto del Sr. Cesario Gómez Vázquez.- 13. De conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el autor tiene derecho a un recurso efectivo. La condena del autor debe ser desestimada salvo que sea revisada de acuerdo con los requisitos exigidos por el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto. El Estado Parte tiene la obligación de tomar las disposiciones necesarias para que en lo sucesivo no ocurran violaciones parecidas.- 14. Teniendo en cuenta que, al constituirse en Parte en el Protocolo Facultativo, el Estado Parte ha reconocido la competencia del Comité para decidir si se ha violado el Pacto y que, de conformidad con el artículo 2 del mismo, el Estado Parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio o estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a proporcionar un recurso efectivo y ejecutable si se determina que se ha producido una violación; el Comité desea recibir del Estado Parte, en un plazo de 90 días, información sobre las medidas adoptadas para aplicar el dictamen del Comité.”. Por su lado, la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en el caso **HERRERA ULLOA VS. COSTA RICA (2 de julio del 2004)**, en lo fundamental, refiere: “El derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior consagrado en el artículo 8 de la Convención Americana significa que el acusado tiene derecho a que se revise íntegramente el fallo en el ámbito de los hechos, en el ámbito del derecho y, particularmente, en el ámbito de la pena. El debido proceso forma parte de este derecho. El único recurso que procede contra una sentencia condenatoria en el sistema costarricense es el recurso extraordinario de casación.- El recurso de casación no es un recurso pleno ni corresponde al derecho contenido en el artículo 8 de la Convención Americana. No permite una revisión integral del fallo tanto en los hechos como en el derecho. La revisión que hace el Tribunal de Casación Penal es muy limitada y se restringe exclusivamente al derecho. El recurso de casación deja por fuera tres aspectos importantes: la revalorización de la prueba; las cuestiones fácticas; y además está limitado solamente a las pretensiones de los motivos de las partes que lo invocan. A pesar de que en Costa Rica ha habido avances para desformalizar el recurso de casación, éste sigue siendo un recurso formalista y limitado. Costa Rica tiene que ampliar y desformalizar el mencionado recurso, variar su finalidad para convertirlo en un recurso que haga justicia en el caso concreto, sin sacrificar la oralidad. A partir de 1990, por el pronunciamiento 528 de la Sala Constitucional de Costa Rica, se comenzó a desformalizar el recurso de casación a raíz de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual solicitó a dicho Estado que modificara su legislación. La Sala Constitucional dijo que debía desformalizarse el recurso, pero los avances deben ser mayores.- En el presente caso la revisión realizada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica fue una revisión limitada propia del recurso de casación. Dicha Sala no pudo cuestionar el aspecto fáctico y debió aceptar los hechos establecidos por el tribunal sentenciador. (p. 24-25).- 137.2) **Respecto del derecho de recurrir del fallo ante juez o**

tribunal superior (artículo 8.2.h de la Convención) y del derecho a la protección judicial (artículo 25 de la Convención), los representantes manifestaron que: a) el recurso de casación no es un recurso pleno, sino que es un recurso extraordinario. No autoriza la revisión completa del caso en los hechos y en el derecho, sino que se resuelve en diversos y complicados formalismos, lo cual es contrario al artículo 8.2.h de la Convención. El recurso de casación no permite la reapertura del caso a pruebas, ni una nueva valoración de las ya producidas, ni ningún otro medio de defensa que no esté comprendido en la enumeración del artículo 369 del Código Procesal Penal de Costa Rica; b) mediante sentencia emitida el 26 de junio de 1990 en otro caso, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica consideró que el recurso extraordinario de casación satisface los requisitos del Pacto de San José, siempre y cuando no se regule, interprete o aplique con rigor formalista. Esta decisión no fue acatada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en el caso del periodista Mauricio Herrera Ulloa y del periódico “La Nación”, pues la sentencia de 24 de enero de 2001 “con evasivas formalistas soslaya la revisión plena de la sentencia de primera instancia, como debería ocurrir con una amplia y plena apelación”; c) el recurso de casación no permite, *inter alia*, revisar los hechos establecidos como ciertos en la sentencia de primera instancia; d) en el presente caso el recurso de casación se ejerció de forma amplia, pero la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica lo resolvió “pro forma”, desechándolo de manera formalista y con criterio restrictivo, violando el derecho de las presuntas víctimas a recurrir del fallo condenatorio a través de su revisión plena ante un juez o tribunal superior; e) en el ordenamiento jurídico costarricense el único régimen procesal que carece de recurso de apelación es el correspondiente a la jurisdicción penal. En el proceso penal no existe la segunda instancia, lo cual viola los artículos 8.2.h y 2 de la Convención; f) la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Costa Rica ordenó que el recurso de casación no se interpretara o aplicara con rigor formalista como requisito para cumplir con el artículo 8.2.h de la Convención, condición que no se cumplió en la sentencia de casación dictada contra Mauricio Herrera Ulloa; g) ha quedado evidenciado que el recurso de casación penal no permitió la revisión ni el control de los hechos establecidos en la sentencia de fecha de 12 de noviembre de 1999 dictada por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, Grupo tres, que condenó al señor Mauricio Herrera Ulloa, por lo cual el recurso de casación penal no cumple con los requisitos de ser un recurso efectivo ante un juez o tribunal superior en los términos contenidos en los artículos 8.2 h y 25 de la Convención; h) tal como quedó establecido con el peritaje que rindió el señor Carlos Tiffer Sotomayor, el recurso de casación no autoriza en Costa Rica una revisión integral del fallo, por lo tanto, no permite controlar la valoración de la prueba ni otras cuestiones fácticas; i) el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior puede concebirse como la expresión del derecho a contar con un recurso judicial efectivo, según el artículo 25.1 de la Convención. Además, la falta de un recurso de apelación infringe el artículo 25.2.b de la Convención, mediante el cual las partes se obligan a “desarrollar las posibilidades de recurso judicial”; j) en otra oportunidad la Comisión señaló que la apelación como mecanismo de revisión de sentencias tiene características: a) formales: debe proceder contra toda sentencia de primera

instancia para examinar la aplicación indebida de la ley y la falta, o la errónea aplicación de normas del derecho que determinen la parte resolutive de la sentencia, y b) materiales: debe proceder cuando se haya producido una nulidad insalvable, indefensión o la violación de normas sobre la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o no aplicación de las mismas; ... **141. El artículo 8 de la Convención Americana establece, en lo conducente, que:** 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 142. Esta Corte se remite a lo establecido anteriormente en cuanto a la posibilidad de que los representantes de las presuntas víctimas aleguen otros hechos o derechos que no estén incluidos en la demanda. Al respecto, este Tribunal manifestó que: en lo que se refiere a la incorporación de otros derechos distintos a los ya comprendidos en la demanda presentada por la Comisión, la Corte considera que los peticionarios pueden invocar tales derechos. Son ellos los titulares de todos los derechos consagrados en la Convención Americana, y no admitirlo sería una restricción indebida a su condición de sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Se entiende que lo anterior, relativo a otros derechos, se atiene a los hechos ya contenidos en la demanda. 143. Con base en lo anterior, el Tribunal analizará la alegada violación del artículo 8 de la Convención planteada por los representantes de las presuntas víctimas en su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas. 144. Es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por todo y cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados. El artículo 8 de la Convención establece, con referencia a las actuaciones y omisiones de los órganos judiciales internos, los alcances del mencionado principio de generación de responsabilidad por los actos de todos los órganos del Estado. 145. Los Estados tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. 146. En casos similares, el Tribunal ha establecido que “el esclarecimiento de si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales por virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que la Corte deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos”, para establecer su compatibilidad con la Convención Americana. 147. En relación con el proceso penal, es menester señalar que la Corte, al referirse a las garantías judiciales, también conocidas como garantías procesales, ha establecido que

para que en un proceso existan verdaderamente dichas garantías, conforme a las disposiciones del artículo 8 de la Convención, es preciso que se observen todos los requisitos que “sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”. 148. La Corte analizará las alegadas violaciones del artículo 8 de la Convención, para lo cual, en primer término se referirá al derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior contemplado en el artículo 8.2. h) de la Convención Americana, y luego analizará el derecho a un juez imparcial consagrado en el artículo 8.1 de la Convención. Por último, este Tribunal se referirá a la presunción de inocencia establecida en el artículo 8.2 de la Convención. 149. De conformidad con la legislación costarricense, contra una sentencia condenatoria emitida en el proceso penal solamente se puede interponer el recurso de casación. Dicho recurso se encuentra regulado en los artículos 443 a 451 del Código Procesal Penal de Costa Rica. 150. El artículo 443 del Código Procesal Penal de Costa Rica establece que el “recurso de casación procederá cuando la resolución inobservó o aplicó erróneamente un precepto legal”. Asimismo, el artículo 369 del Código Procesal Penal establece que los defectos de la sentencia que justifican la casación son los siguientes: a) que el imputado no esté suficientemente individualizado; b) que falte la determinación circunstanciada del hecho que el tribunal estimó acreditado; c) que se base en medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio o incorporados por lectura con violación de las normas establecidas en el Código; d) que falte, sea insuficiente o contradictoria la fundamentación de la mayoría del tribunal, o no se hubieran observado en ella las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo; e) que falte en sus elementos esenciales la parte dispositiva; f) que falte la fecha del acto y no sea posible fijarla o falte la firma de alguno de los jueces y no se pueda determinar si ha participado en la deliberación, salvo los casos de excepción previstos legalmente; g) la inobservancia de las reglas previstas para la deliberación y redacción de la sentencia; h) la inobservancia de las reglas relativas a la correlación entre la sentencia y la acusación; e i) la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva. 151. Asimismo, el artículo 445 del Código Procesal Penal establece que el recurso de casación será interpuesto ante el tribunal que dictó la resolución “mediante escrito fundado, en el que se citarán, con claridad, las disposiciones legales que se consideren inobservadas o erróneamente aplicadas y se expresará cuál es la pretensión”, así como también “deberá indicarse, por separado cada motivo con sus fundamentos”. Además, en el artículo 446 del mismo Código, se establece que ese tribunal, luego del emplazamiento correspondiente, remitirá el expediente a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia o al Tribunal de Casación Penal según corresponda de acuerdo a la competencia territorial. Si corresponde a la Sala Tercera resolver el recurso de casación interpuesto, esta estará integrada por cinco magistrados. En el caso que corresponda al Tribunal de Casación, éste estará integrado por tres jueces. 152. Según lo dispuesto en los artículos 448 y 449 del Código Procesal Penal, en el trámite del recurso de casación el tribunal puede convocar a una audiencia oral y ordenar la recepción de las pruebas que sean útiles para

determinar si se dio un quebranto a la ley procesal, pero no se pueden introducir elementos probatorios para demostrar la comisión o no del delito. 153. Además, el artículo 450 del Código Procesal Penal dispone que, si el tribunal de casación estima procedente el recurso, anulará total o parcialmente la resolución impugnada y ordenará la reposición de juicio o de la resolución. Asimismo, dispone que cuando la anulación sea parcial se indicará el objeto concreto del nuevo juicio o resolución y que en los demás casos “enmendará el vicio” y resolverá el asunto de acuerdo con la ley aplicable. 154. Como está demostrado (*supra* párr. 95. w), en el proceso penal contra el periodista Mauricio Herrera Ulloa se interpuso el recurso de casación en dos oportunidades. El primer recurso fue interpuesto por el abogado del señor Félix Przedborski (*supra* párr. 95. r) contra la sentencia absolutoria emitida el 29 de mayo de 1998 por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José (*supra* párr. 95. q). Al resolver este recurso la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, el 7 de mayo de 1999, anuló la sentencia casada por la existencia de un “error del juzgador” respecto del razonamiento sobre la falta de dolo como fundamento de la absolución y ordenó remitir el proceso al tribunal competente para su nueva sustanciación (*supra* párr. 95. s). 155. El 12 de noviembre de 1999 el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José condenó al señor Mauricio Herrera Ulloa por cuatro delitos de publicación de ofensas en la modalidad de difamación (*supra* párr. 95. t). Contra esta decisión se interpusieron dos recursos de casación, uno por el defensor del querellado y apoderado especial del periódico “La Nación”, y el otro por los señores Herrera Ulloa y Vargas Rohmoser, respectivamente (*supra* párr. 95. w). 156. El 24 de enero de 2001 la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia declaró sin lugar los mencionados recursos de casación y, como consecuencia de esta decisión, quedó firme la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 (*supra* párr. 95. x). La Sala que conoció de estos dos recursos estuvo integrada por los mismos magistrados que resolvieron el 7 de mayo de 1999 el primer recurso de casación interpuesto por el abogado del señor Félix Przedborski (*supra* párr. 95. r y 95. s) y que ordenaron la anulación de la sentencia absolutoria de 29 de mayo de 1998 (*supra* párr. 95. s). a) *Derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior (artículo 8.2.h. de la Convención)*. 157. El artículo 8.2.h. de la Convención Americana dispone que durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, “de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. 158. La Corte considera que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona. 159. La Corte ha indicado que el derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido

por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, incluyendo la tramitación de los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia. 160. El artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 indica que un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 161. De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos. 162. Con base en lo expuesto en los párrafos anteriores, la Corte pasa a resolver si el recurso de casación al que tuvo acceso el señor Mauricio Herrera Ulloa cumplió con los parámetros anteriormente establecidos y, por ende, si se trató de un recurso regulado y aplicado de conformidad con lo estipulado en el artículo 8.2.h. de la Convención Americana. 163. El juez o tribunal superior encargado de resolver el recurso interpuesto contra la sentencia penal tiene el deber especial de protección de las garantías judiciales y el debido proceso a todas las partes que intervienen en el proceso penal de conformidad con los principios que lo rigen. 164. La posibilidad de “recurrir del fallo” debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. 165. Independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida. 166. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos concluyó... que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación ..., limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14 del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto. 167. En el presente caso, los recursos de casación presentados contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 no satisficieron el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior. Esta situación conlleva a que los recursos de casación interpuestos por los señores Fernán Vargas Rohmoser y Mauricio Herrera Ulloa, y por el defensor de éste último y apoderado especial del periódico “La Nación”, respectivamente (*supra* párr. 95. w), contra la sentencia condenatoria, no satisficieron los requisitos del artículo 8.2 h. de la Convención Americana en cuanto no permitieron un examen integral sino limitado. 168. Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado violó el artículo 8.2.h. de la

Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa. (p. 77-82).” Si bien es verdad que el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, señala: “El recurso de casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, **cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o por errónea interpretación.**” (las negrillas no son del texto). La referida norma se contrapone con lo previsto en el Art. 86 *ibidem*, que expresa: “**Apreciación de la prueba.** Toda prueba será apreciada por el juez o tribunal conforme a las reglas de la sana crítica. Ninguna de las normas de este código, se entenderá en contra de la libertad de criterio que establece el presente artículo.”. En tanto que el Art. 76.4 de la Constitución de la República, dice: “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.”; y, el numeral 5 *ibidem*, dice: “En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.”. Con sujeción al precepto constitucional enunciado, el Art. 4 del Código Penal, manifiesta: “Prohíbese en materia penal la interpretación extensiva. El juez debe atenerse, estrictamente a la letra de la ley, en los casos de duda se la interpretará en el sentido más favorable al reo.”. En tanto que el Art. 66.4 de la Constitución de la República, señala: “Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.” y, el Art. 11, numerales 3 y 5, *ibidem*, en su orden, manifiestan: “3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia.”. De lo expuesto y como se evidencia que entre el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal y el Art. 86 *ibidem*, existe una contradicción manifiesta, y en aplicación de las normas legales y constitucionales antes enunciadas, y con el fin de no sacrificar la justicia, así como la igualdad formal, material y no discriminación que cobija a todo ciudadano y con el único afán de esclarecer lo que se viene sosteniendo por los Tratados y Doctrina moderna expuesta, y a fin de que no se sigan argumentando falacias de que en casación no se pueden revisar hechos y que como queda demostrado por los argumentos esgrimidos, es incuestionable que toda interpretación debe de ser a favor de la persona humana, por lo que fácilmente se puede inferir, siguiendo estos lineamientos, 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 viola los artículos 79, 80 y 83 del Código de Procedimiento Penal, pues las pruebas solicitadas y practicadas por la Fiscalía rompen el principio de legalidad de la prueba, constituyéndolas en ineficaces por el principio de exclusión y por violar el Art. 76.4 de la Constitución de la República, ya que fueron practicadas a espaldas del imputado, violando además el principio del derecho de defensa que rige incluso desde el inicio de la indagación y que en el presente caso ha sido inobservado por los operadores de justicia. En este sentido no es verdad lo argumentado por la Fiscalía, cuando expresa: "En otro orden de cosas, las leyes han previsto las diferentes vías a través de las cuales los sujetos procesales deben alegar los vicios eventualmente presentados en la tramitación de una causa, más de manera alguna es aceptable que quien interponga recurso de casación, lo fundamente en vicios de procedimiento, con la pretensión equivocada de que el órgano jurisdiccional que no es competente para hacerlo, examine si la sentencia reunió o no los requisitos exigidos por el artículo 309 del Código de procedimiento Penal, cuando la vía adecuada y la oportunidad para hacerlo, se encuentran determinadas en el artículo 330 numeral 2 del mismo cuerpo normativo", 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 impeditivas 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 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 *contra petita*, como se observa que la Sala que juzgo el presente caso se extralimito en su función al haber valorado una prueba ineficaz, ya que fue incorporada al proceso sin que haya sido fundamentada en la audiencia de juicio como acontece con el informe presentado por los funcionarios del Bac International Bank y en la que dichos funcionarios no comparecieron a ratificar el referido informe y que sirvió de sustento para el fallo de condena, así como el erróneo argumento que para imputar el delito de enriquecimiento ilícito no se requiere del requisito de procedibilidad de informe previo de la Contraloría General del Estado, cuando por mandato legal y constitucional así lo exige, conforme lo determinan los Art. 212 de la Constitución de la República y 38 y 39 de la Ley Orgánica de la Contraloría, violando con ello las reglas relativas a la valoración de la prueba consagradas en el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal. En este aspecto es coherente el argumento de la Fiscalía, cuando señala: "... es importante manifestar que no es prudente confundir las atribuciones que dicho órgano de control tiene -para establecer nada más que indicios de responsabilidad penal-, con uno de los principios de legalidad de la prueba establecidos en el Código de Procedimiento Penal, como los es el "POPI", el mismo que establece que la prueba debe ser pedida, ordenada, practicada e incorporada a la audiencia del juicio", pero disintiendo diametralmente, con el argumento de que "... la propia Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia en su sentencia, al expresar que el acusado utilizó maniobras fraudulentas para escapar al control de la Contraloría, al haber constituido una empresa en Panamá, para utilizarla como "pantalla" y realizar depósitos en el Bac International Bank, "Estado en el que la Contraloría no tiene jurisdicción ni competencia y por lo tanto no podía presentar ningún informe sobre el depósito realizado en dicho banco ..", siendo suficiente en ese sentido las investigaciones practicadas por la Fiscalía General del Estado, por las cuales se ha llegado a determinar que el acusado realizó dichos depósitos". Al efecto, lo afirmado por los jueces de la Segunda Sala Penal, en la forma que queda expuesto, es falso, pues no se puede condenar a una persona por supuestos, ni presunciones, para fundamentar un fallo de condena debe basarse en pruebas que no tengan tacha alguna y en donde sin discusión alguna se demuestre la participación directa del imputado, actuar en contrario es violar el principio constitucional del derecho a la defensa contemplados en el Art. 76.7, de manera especial, en esta parte los literales j) y l), que dicen: "... j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al

interrogatorio respectivo. l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados". Al efecto, la doctrina también es concordante y según Fernando de la Rúa, al definir lo que es motivación, señala lo siguiente: "La motivación de la sentencia constituye un elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya su decisión".¹ En el caso sub júdice la sentencia recurrida se limita hacer únicamente apreciaciones subjetivas y de ninguna manera respaldada en prueba presentada en la audiencia de juicio, que es la fase principal del juicio; 4) Por último, la interpretación errónea es el desviado sentido que se le atribuye a una norma sustancial, su violación a la prohibición de la analogía y de la interpretación extensiva del artículo 4 del Código Penal o la inclusión o la restricción de los elementos normativos, valorativos y subjetivos del tipo penal que a diferencia de la violación directa de la ley, aquí se realiza una equivocada concepción de la norma jurídica sustancial. Se debe tener presente que la interpretación extensiva, es la invasión del ámbito normativo sustancial y de su valoración apartada de las reglas de valoración probatoria, por tanto, la concepción de la voluntad normativa no puede esgrimirse como impedimento del juzgador, es por ello que la doctrina alemana y un sector de los autores españoles, entre otros, conciben esta prohibición como no aplicable; lo que sí es prohibido, es que el juzgador invada el espacio que la Ley ha determinado como conducta prohibida. 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. **SEXTO: ARGUMENTOS JURÍDICOS Y DOCTRINARIOS.- a)** En la legislación nacional cuando se refieren al enriquecimiento ilícito los artículos 296.1 y 296.2 del Código Penal vigentes a la fecha de inicio de la instrucción fiscal, en su orden prescriben: "Art. 296.1. Constituye enriquecimiento ilícito el incremento injustificado del patrimonio de una persona, producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, que no sea el resultado de sus ingresos legalmente percibidos. Art. 296.2. El enriquecimiento ilícito se sancionará con la pena de dos a cinco años de prisión y la

restitución del duplo del monto del enriquecimiento ilícito, siempre que no constituya otro delito". Al respecto, la doctrina nos ayuda a dilucidar el problema y al efecto, Francisco Ferreira, en su obra *Delitos contra la Administración Pública*, pág. 121-123, editorial Temis Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1995, nos enseña: "... No hay duda, son sujetos activos del "enriquecimiento ilícito" todos los servidores del Estado, sea nación, departamento o municipio, en cualquiera de las tres ramas el poder público y en cualquier renglón jerárquico donde trabaje. Y lo son cuando el incremento patrimonial económico sea efecto causado por razón del cargo público o por el ejercicio de empleo oficial, no importa si se recibe hallándose en dicho ejercicio o cargo públicos, o después de haber hecho "dejación del mismo"... Dos bases tiene esta tipicidad sobre las cuales descansa lo punible del hecho: que haya un enriquecimiento real y no presuntivo, como exigía SOLER, lo que deberá demostrarse con los hechos, y su "no justificación" que es la ratio essendi de su punibilidad. La primera supone la evidenciación del incremento patrimonial; la segunda su aparición en el patrimonio del servidor público, no como consecuencia lógica de sus ingresos lícitos, como serían los sueldos oficiales, o la rentabilidad que le produce un patrimonio adquirido legalmente, sino devenido por razón de su cargo o de sus funciones. Lo cierto es que todo incremento patrimonial de cualquier clase tiene unas raíces que se sumergen en los negocios que le antecedieron y se explica según una mecánica financiera. Por eso el "enriquecimiento" es evidenciable en toda ocasión: al tiempo que el investigador establece su aparición en el patrimonio del investigado, está hallando sus orígenes, y si este está en el ejercicio del cargo público o por razón de sus funciones, no correspondiente a su salario o renta de su patrimonio lícito, será "no justificado". Pero lo antijurídico del hecho es el enfrentamiento con el "derecho tutelado" que es la moral en la administración pública. Repetimos que con la punición del "enriquecimiento ilícito" no se tutela el patrimonio económico del Estado, porque si se demostrase que el "enriquecido ilícitamente" lesionó bienes del estado, cometería peculado; y si se demuestra que los recibió del particular por corrupto o por extorsionador, sería cohecho o concusión. Luego se tutela la moral pública y en ello radica su antijuridicidad. Incrementar dice el diccionario de la Real Academia del idioma español es un verbo que significa aumentar o acrecentar algo; enriquecer, dice la misma, es incrementar un patrimonio, por lo que el significado de los dos verbos complementan el sentido de la figura típica; el incremento patrimonial enriquece al servidor público, y ese enriquecimiento no se justifica porque proviene del ejercicio de su cargo o de sus funciones, no por el salario correspondiente, ni como renta de patrimonio legamente adquirido. El incremento se cuantifica teniendo como base el patrimonio que debe aparecer al declarar renta. En relación con la cuantía mínima de lo punible, en tanto que en la legislación argentina se introduce el calificativo de "apreciable", en la nuestra no se introdujo límite. Cualquier cantidad en que se incrementa es punible; **b)** Por su lado, la Ley 2003-4, publicada en el RO No. 83 del 16 de Mayo del 2003, determina que es reprimido el enriquecimiento ilícito cuando la Contraloría General del Estado establezca que hay un incremento injustificado en el patrimonio de un servidor público, luego de comparar su declaración patrimonial juramentada presentada al inicio del cargo, con

¹ Fernando De la Rúa, *Teoría general del proceso...* p. 146.

el patrimonio que ostente cuando se retira del mismo; y siempre que, emplazado el servidor público para que concurra ante la Contraloría General del Estado a justificar el incremento de su patrimonio, no lo hiciera o compareciendo, no lo justifique. Lo manifestado precedentemente en el presente caso no se ha practicado, conforme lo sostiene la propia fiscalía cuando contesta el traslado de la fundamentación del recurso, cuando señala "... recurso siendo por tanto procedente, pero sólo en esta parte, el recurso deducido por el sentenciado", por lo que en efecto existe violación de la Ley en el fallo recurrido, al haberse interpretado erróneamente los artículos 296.1 y 296.2; **c)** Por otra parte, es evidente que lo afirmado por la Segunda Sala se contradice con el Informe de la Unidad de Investigación Financiera de la Policía Técnica Judicial del Ministerio Público de la República de Panamá, con fecha 14 de diciembre del 2001, y suscrito por el Licenciado Gustavo Cárdenas, Jefe de la Unidad de Investigación Financiera, que es categórico en señalar en la parte concluyente "... que toda la información enviada a esta Unidad, no existen pruebas ni otros elementos, que en efecto, se pueda comprobar que el verdadero dueño de estos fondos lo sea el señor Jorge Gallardo". Adicional a lo manifestado cabe destacarse que el aludido informe tampoco fue ratificado en la audiencia de juicio por quien lo suscribe, violando con ello los principios reguladores del proceso penal, como son la inmediación, contradicción y concentración de la prueba y que en el sistema acusatorio oral son básicos; **d)** En cuanto a la afirmación del recurrente que en el fallo impugnado se viola el **derecho de defensa**, al efecto se deja consignado que en realidad se ha vulnerado el referido precepto constitucional, toda vez que al imputado no se le ha permitido el acceso a la tutela judicial efectiva, ya que no se ha observado el debido proceso de manera especial lo relativo con la presentación y contradicción de la prueba, lo que evidentemente lesiona el precepto constitucional consagrado en el Art. 76.7, literal a). El derecho de defensa tutelado por el texto constitucional antes citado, es aplicable desde el inicio del proceso y durante toda la sustanciación, por lo que el imputado tiene derecho a ser parte del proceso en cualquier estado y de esta forma contestar la pretensión punitiva, la cual debe preceder al acto de defensa y serle debidamente notificada, así como el derecho potestativo a que la sentencia se dicte luego de haber tenido la oportunidad de expresar lo que tiene que decir al finalizar la actividad procesal, todo ello en salvaguarda y respeto de la ley y el debido proceso. El derecho de defensa en el ámbito penal incorpora dos principios fundamentales: el de contradicción, de carácter estructural, igualdad, y el acusatorio, vinculado al objeto del proceso al igual que los de legalidad y oportunidad. El derecho de defensa guarda relación con la presunción de inocencia, al respecto, el Art. 8.2 de la Convención Americana establece que "toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad". Por consiguiente, es necesario demostrar la culpabilidad de la persona con apoyo de pruebas debidamente controvertidas, libres de toda tacha y dentro de un esquema que asegure a plenitud las garantías procesales sobre la imparcialidad del juzgador y la íntegra observancia de las reglas predeterminadas en la ley para la indagación y esclarecimiento de los hechos, la práctica, discusión y valoración de las pruebas y la determinación de responsabilidades y sanciones. Si la prueba se produce sin que pueda ser conocida o controvertida por parte del

imputado, no puede servir como fundamento de ningún pronunciamiento judicial condenatorio. En efecto, el derecho a la presunción de inocencia, que acompaña a toda persona por mandato constitucional hasta el momento en que se le condene en virtud de una sentencia, se vulnera si no se comunica oportunamente la existencia de una investigación preliminar a la persona involucrada en los hechos, de modo que ésta pueda ejercer su derecho de defensa, conociendo y presentando las pruebas respectivas. La inocencia como valor individual comprende su defensa permanente, que no puede diferirse a un momento lejano luego de que el Estado, sin conocimiento del imputado y por largo tiempo, haya acumulado en su contra un acervo probatorio que sorprenda y haga difícil su defensa; **e)** En lo relacionado con la **prueba**, partiendo del precepto constitucional contemplado en el Art. 76.4 de la Constitución de la República que se refiere a las garantías de la prueba o mejor la caracterización del derecho a la prueba, debe aplicarse en todo tipo de procesos, es decir, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, las garantías probatorias son las mismas, esto es, que la prueba para que tenga vigor debe ser presentada en la audiencia de juicio, lo que en el caso que nos ocupa no ha sucedido, pues no pueden surtir efecto alguno las versiones rendidas y mediante exhorto por JULIO CESAR CONTRERAS ya que las mismas no fueron controvertidas, así como los documentos aportados en la audiencia de juicio que no fueron ratificados por quienes los suscribieron. Respecto del tema en cuestión, Juan Luis Gómez Colomer, en su obra "Prueba y Proceso Penal", editorial Tirant Lo Blanch, 2008, página 45, señala: "...todo el régimen de legalidad pertinencia y utilidad de los medios de prueba puede estudiarse en general como elemento propio del proceso, de todos los procesos y no solamente del penal. Más aún, todo lo relativo a la prohibición de las pruebas obtenidas ilícitamente, no solo no es algo típico de un llamado proceso acusatorio, sino que ni siquiera es algo específico del proceso penal, sin perjuicio de que en este tenga especial incidencia... la prueba en el proceso penal ha tenido siempre algo específico, y ese algo se ha derivado tradicionalmente de la existencia de algunos elementos que se han entendido como propios de este proceso y esenciales al mismo...". En el caso que nos ocupa no existe el informe de Contraloría conforme la propia fiscalía así lo señala en su dictamen y sostenido también en el fallo impugnado cuando señala que no era necesario dicho informe, lo que es totalmente falso, en tratándose del delito de enriquecimiento ilícito se debe constar con este informe, pues es por este conducto en que se puede determinar si se incremento injustificadamente el patrimonio de un servidor público luego de terminar su función, ya que es ante la Contraloría que el funcionario presenta su declaración de bienes antes de ingresar a la función pública y al no existir este informe no se puede determinar con precisión si hubo o no aumento o disminución del patrimonio del imputado, pues las demás pruebas aportadas al proceso no son suficientes para poder imputar el delito de enriquecimiento al imputado, y por lo mismo no puede servir de elemento de convicción para que se dicte sentencia de condena; **f)** Esta Sala considera que era obligación del representante de la Fiscalía sobre quien recae el ejercicio de la acción penal y el impulso de la misma en la sustanciación del juicio penal, probar su hipótesis de adecuación normativa, empezando por los elementos objetivos del tipo, en especial, el verbo rector del tipo penal acusado, que en el caso que nos ocupa es el de

“enriquecer”, de manera injustificada, así como el incremento del patrimonio de una persona, producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública que no sea el resultado de sus ingresos legalmente percibidos. Para este efecto la Fiscalía durante la audiencia de juicio presentó la correspondiente prueba, pero la misma carece de eficacia probatoria por violar expresas disposiciones legales y constitucionales como las contempladas en los artículos 76.4, de la Constitución de la República y 86 del Código de Procedimiento Penal. Al respecto, la Sala deja establecido que en materia penal y en la etapa del juicio como se ha manifestado, lo que interesa es demostrar de manera fehaciente, sin lugar a dudas y de manera objetiva la existencia material de la infracción y consecuentemente la culpabilidad y responsabilidad del acusado, a fin de que se dé cumplimiento a los elementos del tripartito penal, pues de faltar uno de ellos no hay delito, conforme lo señala la ley y la doctrina, abundante en este tema. Más aún, como nos dice el Art. 85 del Código de Procedimiento Penal, la prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado, es decir, que la eficacia de validez de la prueba juega un rol preponderante y debe guardar relación con el delito que se acusa, sin esta relación su eficacia se convierte en una mera expectativa. Para que exista delito de enriquecimiento ilícito es necesario que exista un incremento patrimonial que no sea el resultado de los ingresos legalmente percibidos por el acusado y que tal incremento sea el producto o resultado de una conducta delictiva, es decir demostrar, que dicho incremento patrimonial provenía de ingresos ilegalmente percibidos por el acusado, lo que en el caso sub iudice no sucede; **g)** Si bien es verdad que el delito de enriquecimiento ilícito ha sido establecido en la legislación penal ecuatoriana como medida para contrarrestar la corrupción en el país, no es menos cierto que todos los elementos constitutivos del mismo deben encontrarse probados conforme a derecho para que el Juez o Tribunal pueda imponer una sanción. Por lo tanto, no es suficiente establecer un incremento patrimonial, sino también demostrar como manda la ley que dicho incremento obedezca necesariamente al desempeño del cargo público y que los ingresos obtenidos por el funcionario público sea el producto de actos ilícitos, lo que en el presente caso no se ha probado. En conclusión, la Fiscalía debía demostrar durante la audiencia de juicio, que el acusado, incrementó su patrimonio de forma ilícita abusando de su cargo de Ministro de Estado en la cartera de Finanzas, es decir no limitarse tan solo a realizar un inventario y valoración de los bienes y cuentas del acusado, sino demostrando el nexo causal que este patrimonio tenía con el cargo público desempeñado. Sin embargo, del análisis de la prueba actuada por el Fiscal, en especial del análisis de los documentos que fueran aparejados no se puede desprender algún tipo de indicio grave, preciso y concordante sobre algún acto que constituya un abuso del cargo con el fin de acrecentar el patrimonio, pues no hay evidencia procesal alguna que el acusado haya utilizado su cargo para enriquecerse ilícitamente, así como tampoco se ha demostrado conforme lo ya analizado, ninguno de los elementos subjetivos ni objetivos del tipo penal acusado, por lo que a su vez, no puede considerarse configurada en el caso que ocupa a la Sala la existencia de la categoría dogmática de la tipicidad, ni analizarse por ello la imputación objetiva del autor, en cuya ausencia no se puede entrar a considerar la antijuridicidad formal, ni la

antijuridicidad material del acto típico acusado, por lo que en ausencia de estas dos categorías dogmáticas, la Sala no puede entrar a analizar la culpabilidad y grado de responsabilidad del acusado; **h)** Para mayor abundamiento y con el fin de que no quede duda respecto de la validez de la prueba, esta Sala, hace las siguientes puntualizaciones. En el sistema acusatorio se hacen efectivos los principios de inmediación y contradicción de la prueba que ya no pueden ser soslayados por los operadores de la justicia, y en caso de violar estos preceptos la prueba se convierte en “inutilizable” y debe ser excluida del proceso, conforme lo enseña la doctrina mayoritaria y en nuestro sistema procesal por mandato expreso del Art. 76.4, de la Constitución de la República que dispone: “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”. Al efecto, el Código Orgánico de la Función Judicial en el Art. 19, dice: “Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley. Sin embargo, en los procesos que versen sobre garantías jurisdiccionales, en caso de constatarse la vulneración de derechos que no fuera expresamente invocada por los afectados, las juezas y jueces podrán pronunciarse sobre tal cuestión en la resolución que expidieren, sin que pueda acusarse al fallo de incongruencia por este motivo.” Por consiguiente, los principios constitucionales que tienen trascendencia al momento de actuar las pruebas, tenemos: **1) Principio de necesidad de la prueba.-** Sin duda alguna la prueba es la columna vertebral de todo proceso y mucho más cuando se trata de la demostración de los hechos en el proceso penal, de lo contrario la arbitrariedad sería la que reinaría. Al juzgador le está prohibido basarse en su propia experiencia para dictar sentencia, esta le puede servir para decretar pruebas de oficio y, entonces su decisión se basará en prueba oportuna y legalmente formulada. Es indispensable buscar la prueba de todos y cada uno de los elementos constitutivos del delito y de la responsabilidad penal del sujeto activo del hecho criminoso y que en el presente caso a todas luces se observa no se ha cumplido con este postulado. Al respecto, el Art. 85 del Código Adjetivo Penal, al referirse a la finalidad de la prueba, prescribe: “La prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del imputado”. Para el efecto, es importante tener presente los elementos que conforman el tripartito penal como son: tipicidad, antijuridicidad y, culpabilidad. Cabe enfatizar que el juzgador no puede dictar sentencia de condena fundada en indicios o presunciones, sino que debe hacerlo sobre elementos fácticos que estén debidamente acreditados en el proceso y son esencialmente objetivos, provenientes del mundo externo, apreciables por los sentidos, que se incorporan al proceso penal para producir un conocimiento cierto o probable acerca de la imputación objetiva del delito, esto es, en aplicación de los principios de publicidad y contradicción, indispensable para la validez de todo medio probatorio. Al respecto, Jeremías Bentham, es enfático al negarle todo mérito probatorio al conocimiento privado del Juez, cuando dice: “... no basta que su decisión sea justa, si no es necesario que además lo parezca y agrega nada habría más peligroso que dejar que se confundiesen los oficios de

testigo y Juez”²; **2) Principio de inmediación.**- Es la percepción, por parte del juzgador, tanto con el medio probatorio, como con su participación personal en la producción de ella, en forma directa, así pues, por ejemplo cuando el juzgador directamente recibe el testimonio, no solamente el medio se produce en su presencia sino que, a la vez, puede ir controlando y relacionando lo denunciado con lo que se está juzgando. Tanto la ley como doctrina señalan que la prueba debe ser presentada por los sujetos procesales directamente al juzgador, toda vez, que es aquél quien va a declarar en derecho, la aplicación o no de la ley penal a una situación concreta. En efecto, mediante este sistema el juzgador directamente se formula su convicción y está en capacidad de saber con certeza todo lo que le ha puesto a su conocimiento y resolución. En el sistema penal acusatorio, el juez examina y decide respecto de la gestión efectuada por el fiscal dentro de la instrucción para encontrar las pruebas de cargo en contra del imputado y las evidencias que hubiere recogido para fundamentar su dictamen acusatorio o en su defecto abstenerse de acusar, así lo señala el Art. 65 del Código de Procedimiento Penal, cuando en la parte pertinente prescribe: “... Es obligación del Fiscal, actuar con absoluta objetividad, extendiendo la investigación no sólo a las circunstancias de cargo, sino también a las que sirvan para descargo del imputado”. En relación con la última parte el profesor alemán Claus Roxin, manifiesta: “que la función del Fiscal no es la de acusar por acusar, sino la de buscar la verdad procesal”. En esta orden de ideas, el maestro Carnelutti, manifiesta: “... la prueba es tanto más segura cuanto más próximo a los sentidos del Juez se halle el hecho de probar ...”³; **3) Principio de oficialidad.**- En los delitos de acción pública, el impulso del proceso penal corresponde exclusivamente al Fiscal (Arts. 33 y 65 C. P. P.), ya que a este funcionario le corresponde, el ejercicio de la acción penal pública, pues de él debe provenir la orden de que se efectúen las investigaciones y de existir la convicción debe actuar, en consecuencia. Es evidente, que en el juzgamiento de los delitos de acción pública, la carga de la prueba corresponde al Estado, en la persona del Fiscal. Por lo tanto, es al Fiscal a quien le corresponde demostrar legalmente la existencia de la infracción y responsabilidad del imputado y al juzgador declararla de haber mérito. En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en la Sentencia No. 0025-09-CN, CASO: 0025-09-CN, que en lo pertinente expresa: “... Esta Corte, partiendo del análisis desde la Constitución y, sobre todo del artículo citado, repara en: a) Si bien es cierto que la Fiscalía es quien “dirigirá” la investigación pre procesal y procesal, ello no implica la facultad de “decidir” en el proceso penal, facultad que es exclusiva de los jueces de garantías penales. b) De otro lado, la Fiscalía, como parte del proceso penal que es, al “ejercer” la acción pública durante el proceso, lo hará con sujeción a principios, sobre todo a aquel de la “mínima intervención penal”, esto, debido precisamente a su condición de ser parte procesal. c) Finalmente, la Fiscalía, en el evento de haber encontrado méritos deberá acusar, ejercicio y posición que lo hace en virtud, precisamente, de

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

² DEVIS ECHANDÍA, Hernando. “*Tratado de derecho procesal civil*”

³ CARNELUTTI, Francisco. Obra citada. Pág. 67.

precisión que el sujeto procesal definido como juez, es el único llamado a tomar las "decisiones y resoluciones" pertinentes y por lo mismo no puede verse obligado a actuar haciendo simple eco de la "decisión del fiscal"; en consecuencia, el Juez debe ser el único quien verdaderamente dicte el auto de llamamiento a juicio, pues es en este momento, en dónde se visibiliza plenamente su capacidad decisoria y sobre todo su deber como garante del proceso penal y del respeto a los derechos humanos del procesado y del ofendido, como un verdadero juez de garantías penales, cuyo actuar no puede estar subordinado a la acusación tomada, entendiéndose posición asumida, por una parte procesal como es el fiscal". En lo que respecta al imputado lo único que tiene que presentar son elementos de descargo en caso de tenerlos a su alcance, pues no hay que olvidar que por mandato constitucional al procesado le cobija durante todo el proceso la presunción de inocencia, hasta cuando haya sentencia en firme en su contra, conforme lo preceptúa el Art. 76.2, que dice: "2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada; 4) **Principio de legalidad.**- La prueba producida dentro del proceso penal debe estar sujeta a los medios y formalidades previstos en la ley, esto quiere decir que los medios probatorios tienen que ser introducidos al proceso respetando las normas constitucionales y legales, por disposición del juzgador, por pedido de algún sujeto procesal, cumpliéndose estrictamente las formalidades previstas en la Ley; es decir, que la prueba debe tener eficacia jurídica, llevándole al Órgano jurisdiccional al convencimiento y certeza sobre hechos que sirven para determinar la responsabilidad o inocencia del imputado. Al respecto, el Art. 83 de la Ley Adjetiva Penal, dice: "La prueba solo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de este Código. No se puede utilizar información obtenida mediante torturas, maltratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad. Tampoco se puede utilizar la prueba obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión del delito". Consiguientemente, la prueba que ha sido obtenida violando los derechos fundamentales, como sucede en el caso de juzgamiento es ilegal e ilegítima, así lo contempla el Art. 80 Código de Procedimiento Penal, cuando señala: "Ineficacia probatoria. Toda acción pre-procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La eficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que, de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías". La ineficacia de la prueba obviamente deja en el Juez ese margen de duda que debe estar ausente en la decisión judicial. El convencimiento del Juez debe ser pleno no caben dudas ni vacilaciones, y para el efecto, la prueba debe ser completamente eficaz. En efecto, ante pruebas ineficaces la decisión del juzgador sería deleznable e injusta y se estaría sacrificando los intereses de la justicia, tal como acontece con el fallo recurrido. También hay que tener presente que la ineptitud no se da únicamente con relación a las acciones procesales, como es la presentación en juicio de pruebas obtenidas con violación de las garantías constitucionales, sino que alcanza y se extiende a las obtenidas en la etapa pre-procesal. No hay que olvidar que la prueba constituye la piedra angular de todo sistema de justicia, pues es a través de ella que se logra mantener la

verdad objetiva; y por tal la prueba ilegítimamente obtenida no tiene capacidad probatoria, así lo estipula el Art. 76.4, de la Constitución de la República, que expresa: "Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria"; 5) **Principio de contradicción.**- En cumplimiento del precepto constitucional todas las pruebas introducidas en el proceso penal deben efectuarse con conocimiento de los sujetos que intervienen en el juicio, con el propósito de velar por los derechos del imputado, ya que éste constituye el sujeto principal del proceso penal y por lo mismo tiene todo el derecho de conocer y replicar las pruebas que están produciendo en su contra. El objetivo fundamental, es dar a conocer a las otras partes procesales respecto de las pruebas que se están llevando a cabo y de esta forma brindar la oportunidad de discutir y rebatir las pruebas. Por ende, la prueba secreta o unilateralmente actuada no es válida por falta de notificación oportuna; 6) **Principio de veracidad.**- Si en el proceso debe reconstruirse o hacerse una vivencia de cómo ocurrieron los hechos, para sobre ellos edificar la sentencia, las pruebas deben estar exentas de malicia, o de falsedades. Así por ejemplo, en la prueba testimonial, los testigos están obligados a decir la verdad, a no deformarla; en el documento se debe plasmar los acontecimientos tal cual sucedieron, con el fin de evitar el engaño y la distorsión e impedir que el juzgador se equivoque al dictar una sentencia condenatoria o absolutoria; es decir, que los sujetos procesales no deben utilizar pruebas de dudosa procedencia, mucho menos prefabricar pruebas falsas, distorsionarlas o alterarlas; 7) **Principio de publicidad.**- La prueba puede y debe ser conocida por cualquier persona, ya que proyectada en el proceso tiene un carácter social, esto es, hacer posible el juzgamiento de la persona en forma adecuada y segura. La aplicación del principio de publicidad significa que los procesos pueden ser conocidos fuera del círculo de los jueces y de los sujetos procesales, esto es, puede ser conocido por cualquier persona dentro de la sociedad. La publicidad es una garantía para las personas en general, por este principio la actividad judicial se somete al control de la sociedad y a la vez constituye un freno para la violación de las garantías del debido proceso (Art. 76 C. R.). En el proceso, no puede haber actuaciones secretas para una de las partes, así la publicidad consiste en un derecho de las partes para conocer todas las actuaciones que susciten en el proceso, a conocer las pruebas actuadas o solicitadas por la contraparte y a saber las razones que tuvo el Juez para dictar sentencia; 8) **Principio de comunidad de la prueba.**- Una vez que la prueba llega a formar parte del proceso penal, si ha sido introducida legal y oportunamente en el proceso, es de utilidad común; en consecuencia, ya no pertenece solo a quien la aporta o a quien le favorece sino a la causa o al interés público. Este principio se extiende también a las actuaciones investigativas que realiza el Fiscal en la fase previa (Indagación Previa) al proceso, y que pueden poner al descubierto evidencias que le favorezcan al imputado, así lo señala el inciso final del Art. 65 del Código de Procedimiento Penal, de tal manera que una vez iniciado oficialmente el proceso es obligación del Fiscal poner a disposición del imputado, del ofendido y de sus abogados todas las evidencias que tenga en su poder; 9) **Principio de unidad de la prueba.**- La prueba, siendo múltiple y proviniendo de distintos sujetos procesales, cada uno de los cuales persigue un fin determinado, debe ser analizada por el juzgador como una unidad en relación con el fin

específico de cada proceso penal. En un proceso no solo se aporta o se recauda una prueba, sino que es normal que aparezcan varias, inclusive de la misma especie; en todos esos casos la necesidad de estudiar la prueba se debe hacer buscando las concordancias y divergencias a fin de lograr el propósito indicado. Generalmente la prueba que se aporta a los procesos es muy variada, lo cual significa que el conjunto probatorio de un juicio forma un todo o una unidad y que como tal, debe ser examinada y apreciada por el juzgador. Por las razones expuestas, 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 de lo que dispone el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, declara procedente el recurso de casación interpuesto por el ingeniero Jorge Emilio Gallardo Zabala y, ratificando el estado de inocencia, se lo absuelve. Cancelense todas las medidas cautelares tanto personales como reales que pesan en su contra. Notifíquese y Cúmplase.

Fdo.) Dres. Arturo Pérez Castillo, Gladis Proaño Reyes, Geovany Esquivel Villegas, Conjuces Nacionales y Conjuez ocasional.

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

Razón: Asiento por tal que las treinta y un (31) copias que anteceden son iguales a su original. Quito, 29 de agosto de 2011. Certifico.

f.) Dr. Milton Álvarez Chacón, Secretario Relator (E).

VOTO SALVADO DE LA DRA. GLADIS PROAÑO REYES

Juicio No. 1418-2009 (delito-enriquecimiento ilícito)

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, PRIMERA SALA DE LO PENAL.- Quito, 12 de julio de 2011; las 09h00.- **VISTOS:** La Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, mediante sentencia dictada el 9 de diciembre del 2009, a las 16h30, condena al ingeniero Jorge Emilio Gallardo Zavala como autor del delito tipificado en el Art. 296.1 y sancionado en el Art. 296.2 del Código Penal y le impone la pena de cinco años de prisión correccional y la restitución del duplo del monto del enriquecimiento ilícito. De la referida sentencia, el procesado interpone recurso de casación. Siendo el estado procesal el de resolver, para hacerlo, se considera.- **PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** En virtud del Art. 184 de la Constitución de la República del Ecuador vigente a partir del 20 de octubre del 2008, publicada en el R.O. No. 449, por lo dispuesto en los literales a) y b) del numeral 4 de la sentencia interpretativa: 001-08 SI-CC de fecha 28 de noviembre de 2008 dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; por Resolución sustitutiva del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre del 2008, publicada en el

Registro Oficial No. 511 del 21 de enero de 2009; el sorteo de ley respectivo, y, el llamado para que actuemos en la presente causa según obra de la providencia de 16 de mayo de 2011, a las 15h40, en nuestras calidades de conjuces nacionales de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento de la presente causa. **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 RECURSO DE CASACIÓN:** El recurrente, ingeniero Jorge Gallardo Zavala, en su escrito de fundamentación del recurso de casación, que obra de fs. 7-12, en lo principal, señala lo siguiente: "... Fui juzgado en ausencia el 26 de Noviembre de 2009. Este juzgamiento en ausencia, a pesar de mi pedido expreso de que se me permita regresar al país para defenderme, viola expresamente lo dispuesto por el numeral 1 del Art. 14 del **Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos** publicado en el R.O. N° 101 de 24 de Enero de 1969 que dice: "Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente con las debidas garantías por un tribunal competente"; norma que concuerda con la contenida en la letra d) del numeral 3) del Art. 14 del mismo Pacto, que dice: "Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: d) A hallarse presente en el proceso". La violación de las normas contenidas en el instrumento internacional citado, conllevan también graves violaciones constitucionales. En efecto, el numeral 3 del Art. 11 de la Constitución de la República dice claramente que: "El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derecho humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte". Al haberme juzgado en ausencia, a pesar de que anuncié a la Segunda Sala mi deseo de defenderme personalmente y de ser oído por ella y de que incorporé al proceso la providencia de admisión de mi demanda de acción extraordinaria de protección, la Segunda Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, violó mis derechos reconocidos en el instrumento internacional citado violó también la Constitución de la República. **La sentencia condenatoria dictada en mi ausencia, es la consecuencia directa de las violaciones ya citadas; y, por tanto, la propia sentencia viola la letra d) del numeral 3) del Art. 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y consecuentemente el numeral 3 del Art. 11 de la Constitución de la República. ... 2.2.- VIOLACIÓN DE LA LEY EN LA SENTENCIA POR INDEBIDA APLICACIÓN DEL PRIMERO Y SEGUNDO ARTÍCULOS INNUMERADOS SIGUIENTES AL ART. 296 DEL CÓDIGO PENAL (Art. 296.1, Y 296.2 del CP).** Los dos primeros artículos innumerados siguientes al Art. 296 del Código Penal, dicen: "Art. 296.1. Constituye enriquecimiento ilícito el incremento injustificado del patrimonio de una persona, producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, que no sea el resultado de sus ingresos legalmente percibidos. Art. 296.2. El enriquecimiento ilícito se sancionará con la pena de dos a cinco años de prisión y la restitución del duplo del monto del enriquecimiento ilícito, siempre que no constituya otro delito". Existen algunos

elementos fundamentales de los tipos penales descritos que la Segunda Sala pasó por alto al condenarme. El delito de enriquecimiento ilícito supone: Existencia de bienes no justificados en el patrimonio del acusado; a) Que el acusado haya desempeñado cargo o función pública; b) Que la adquisición injustificada de los bienes sea producto del desempeño del cargo público; y, c) Que no constituya otro delito. La sentencia recurrida dice textualmente: *"Analizadas las actuaciones producidas en el curso de la audiencia de juzgamiento, conforme a las reglas de la sana crítica, en su conjunto, la Sala llega a la conclusión cierta de que efectivamente el acusado Ing. Jorge Emilio Gallardo Zavala, en su condición de empleado público, en el BAC International Bank de la República de Panamá, superó los ingresos por él percibidos mientras desempeñaba las funciones de Ministro de Economía y Finanzas"*. La afirmación de la Segunda Sala se contradice con el Informe de la Unidad de Investigación Financiera de la Policía Técnica Judicial del Ministerio Público de la República de Panamá, suscrito el 14 de Diciembre del 2001, por el Licenciado Gustavo Cárdenas, Jefe de la Unidad de Investigación Financiera. Como se puede apreciar, la conclusión del informe es categórica: "Revisada toda la información enviada a esta Unidad, no existen pruebas ni otros elementos, que en efecto, se pueda comprobar que el verdadero dueño de estos fondos lo sea el señor Jorge Gallardo". Este documento es suficiente para demostrar que no existen bienes no justificados en el patrimonio del Ing. Jorge Gallardo Zavala. He demostrado que no se hallan cumplidos los elementos del tipo penal por el que se me ha condenado. La Segunda Sala aplicó indebidamente en la sentencia el Art. 296.1 del Código Penal. En lo que respecta a la indebida aplicación del Art. 296.2 del Código Penal, debemos hacer el siguiente análisis: El segundo innumerado siguiente al Art. 296 del Código Penal, conocido como Art. 296.2, dice claramente que se sancionará el enriquecimiento ilícito siempre que no constituya otro delito. En nuestra jurisprudencia, la Primera Sala de lo Penal de la ex Corte Suprema de Justicia, ratifica la subsidiaridad de este delito al decir que: "La Sala considera que el juzgador infringió la ley en la sentencia al condenar a Daniel Lozada Cortez por el delito de enriquecimiento ilícito imputado en el auto de llamamiento a juicio, y que tampoco es aplicable - así se lo hubiera imputado en ese auto - porque el segundo artículo agregado después del Art. 296 del Código Penal, dispone que el enriquecimiento ilícito se sancionará "siempre que no constituya otro delito", y en el caso, es el delito de cohecho; y, finalmente, porque la Ley 2003-4, publicada en el R.O. No. 83 del 16 de Mayo del 2003, establece que habrá lugar a la represión del enriquecimiento ilícito cuando la Contraloría General del Estado determine que hay un incremento injustificado en el patrimonio de un servidor público, después de comparar su declaración patrimonial juramentada rendida al inicio del cargo, con el patrimonio que tenga a posteriori; y siempre que, emplazado el servidor público para que concurra ante la Contraloría General del Estado a justificar el incremento de su patrimonio, no lo hiciera o compareciendo, no lo justifique; y nada de esto se ha practicado en la presente causa, siendo por tanto procedente, pero sólo en esta parte, el recurso deducido por el sentenciado por existir violación de la Ley en el fallo, al haberse indebidamente aplicado los dos primeros artículos agregados después del 296 del Código Penal.". En cuanto a la subsidiaridad, la doctrina también ha sido clara: "Porque si la prueba permite deducir con certeza que el incremento

patrimonial fue el fruto de un peculado, de un cohecho, etc., pues obviamente el empleado oficial se le condenará por el delito contra la Administración Pública que con precisión se hubiere establecido". El carácter subsidiario del delito por el que estoy ilegalmente condenado tiene capital importancia en tratándose de los hechos que se me imputan como vemos a continuación: En efecto, si ustedes observan el documento por el cual la señora doctora Mariana Yépez de Velasco, Ministra Fiscal General de la República del Ecuador, exhorta al señor Procurador General de la República de Panamá con el objeto de que por intermedio de la dependencia que estime pertinente, se sirva conceder información de acuerdo con la Convención Interamericana Contra la Corrupción. Lo importantísimo de esto es que, por la constitución del Fideicomiso BP-93, se sigue actualmente en esta Primera Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, el juicio No. 387-2005WO, por el supuesto delito de peculado". Si la Fiscalía General me acusa desde hace más de siete años, de haber cometido el delito de peculado por la constitución del Fideicomiso BP-93, no puede acusarme, en otro proceso, de enriquecerme ilícitamente con el producto de ese Fideicomiso. Esto rompe la naturaleza subsidiaria del delito de enriquecimiento ilícito y, como consecuencia de ello, se me está juzgando dos veces por la misma causa, lo cual está expresamente prohibido por la letra i) del numeral 7) del Art. 76 de la Constitución de la República, que dice: "Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia"; y por el Art. 5 del Código de Procedimiento Penal, que dice: "Ninguna persona será procesada ni penada, más de una vez, por un mismo hecho.". Esto no significa en absoluto que acepte que haya cometido delito de peculado en la constitución del Fideicomiso BP-93 conforme espero demostrarlo en persona ante esta misma Sala en la correspondiente audiencia de juzgamiento. Está claro que la sentencia condenatoria dictada en mi contra, por las razones expuestas, ha violado la ley al contravenir expresamente lo dicho por el Art. 296.2 del Código Penal, en concordancia con la letra i) del numeral 7) del Art. 76 de la Constitución de la República, y el Art. 5 del Código de Procedimiento Penal. **2.3.- LA SENTENCIA VIOLA LO DISPUESTO EN EL NUMERAL 2 DEL ART. 309 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.** La Sala, para condenarme, debió decir: cómo, cuándo y en qué circunstancias de lugar y tiempo específico, Jorge Gallardo se benefició patrimonialmente del ejercicio del cargo de Ministro de Economía; y no lo hizo en ninguna línea de la sentencia. Esto, viola lo dispuesto por el numeral 2 del Art. 309 del Código de Procedimiento Penal que dice: "La sentencia reducida a escrito, deberá contener: 2. La enunciación de las pruebas practicadas y la relación precisa y circunstanciada del hecho punible y de los actos del acusado que el Tribunal estime probados" ... **Con lo expuesto en este memorial queda fundamentado mi recurso de casación** y pido a esta Sala que por las múltiples violaciones de la sentencia a los Tratados Internacionales, Constitución y Leyes que he citado y explicado a lo largo de este escrito, se sirva aceptar el recurso de casación interpuesto, y case la sentencia condenatoria dictada en mi contra y dicte, en su lugar, sentencia absolutoria como en derecho corresponde.". **CUARTO: DICTAMEN FISCAL.-** El Dr. Alfredo Alvear Enríquez, subrogante del Fiscal General del Estado, en lo fundamental de su dictamen, señala: "**CUARTO.-** El primero de los cargos expuestos por el recurrente en su escrito de fundamentación tiene relación con la pretensión

de que el Tribunal ad-quem vuelva a valorar los medios de información que influyeron en la decisión de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, alegando de manera específica que la declaración realizada por el Juzgador, -como es la de decir que las pruebas producidas en el juicio le han permitido arribar a la conclusión de que el acusado ingeniero Jorge Emilio Gallardo Zavala, en su condición de empleado público, en el BAC International Bank de la República de Panamá, superó los ingresos por él percibidos, mientras desempeñaba las funciones de Ministro de Economía y Finanzas- se encuentra contradicha con el Informe de la Unidad de Investigación Financiera de la Policía Técnica Judicial del Ministerio Público de la República de Panamá, suscrito el 14 de diciembre de 2001, por el licenciado Gustavo Cárdenas, Jefe de la Unidad de Investigación Financiera, toda vez que dicho examen determinaría que "... no existen pruebas ni otros elementos, que en efecto, se pueda comprobar que el verdadero dueño de estos fondos lo sea el señor Jorge Gallardo ...", debiendo recordarle a quien recurre por medio de esta vía, que la casación tiene como principio único, el análisis exclusivo de la sentencia y la violación de la ley en ella, en los términos previstos en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, lo cual se traduce en el hecho de que lo que se debate es la legalidad de la resolución y el eventual error de derecho producida en ella, más de ninguna manera se relaciona con un nuevo examen de la prueba, que como se sabe, es potestad exclusiva del Tribunal Penal ante el cual fue producida, más aún si, -como ocurre en el presente caso-, la pretensión de nueva revisión de prueba se encuentra sustentada en la indebida aplicación del artículo 296.1 del Código Penal y no en alguna de las leyes que regulan la comprobación de los presupuestos de una sentencia de culpabilidad, por la cual se pueda analizar si existe un error de valoración al momento del establecimiento de los hechos, o que los mismos hayan sido declarados como probados en mérito de una incorrecta aplicación de una de las normas que regulan la prueba. Nótese que el medio de información al que hace alusión el recurrente, a más de referir lo citado en su escrito de fundamentación, realiza ciertas recomendaciones tendientes al esclarecimiento del caso, una de ellas es la de solicitar al Bac International Bank mayores elementos de información respecto a la vinculación que Jorge Gallardo tendría con la cuenta de la compañía SHANIKO TRADING S.A., información ésta que de manera cierta permitió establecer que los dineros depositados en el banco antes mencionado "... eran producto del patrimonio del Ingeniero Jorge Gallardo Zavala ..." y no solo eso, sino que fue dicho acusado quien además instruyó la cancelación de esa cuenta bancaria, de manera que no es correcto decir que la ausencia de registro del nombre del recurrente como cuentahabiente del banco, es prueba suficiente para establecer que los fondos depositados en éste, no le pertenecen, advirtiéndose más bien como argumento inconsistente y débil que de acuerdo a lo dicho, en nada enerva el suficiente acervo probatorio producido en el juicio. En lo que tiene que ver con la tesis relacionada con el supuesto requisito de procedibilidad respecto a que no habría represión de enriquecimiento ilícito si la Contraloría General del Estado no determina un incremento injustificado en el patrimonio del servidor público, es importante manifestar que no es prudente confundir las atribuciones que dicho órgano de control tiene -para establecer nada más que indicios de responsabilidad penal-

con uno de los principios de legalidad de la prueba establecidos en el Código de Procedimiento Penal, como los es el "POPI", el mismo que establece que la prueba debe ser pedida, ordenada, practicada e incorporada a la audiencia del juicio, debiéndose enfatizar en ese sentido que tal alegación fue enervada por la propia Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia en su sentencia, al expresar que el acusado utilizó maniobras fraudulentas para escapar al control de la Contraloría, al haber constituido una empresa en Panamá, para utilizarla como "pantalla" y realizar depósitos en el Bac International Bank, "Estado en el que la Contraloría no tiene jurisdicción ni competencia y por lo tanto no podía presentar ningún informe sobre el depósito realizado en dicho banco ..", siendo suficiente en ese sentido las investigaciones practicadas por la Fiscalía General del Estado, por las cuales se ha llegado a determinar que el acusado realizó dichos depósitos. En relación al carácter subsidiario del delito de enriquecimiento ilícito respecto al de peculado, queda claro que el caso que se juzga deriva de un acontecimiento específico y particular que se encuentra descrito en el informe de la Unidad de Investigación Financiera de la Policía Técnica Judicial del Ministerio Público de la República de Panamá, el mismo que en resumidas cuentas establece que en el BAC International Bank de ese país fue aperturada la cuenta bancaria No. 101400289, a nombre de SHANIKO TRADING S.A., la cual registraba altas sumas de dinero, que de acuerdo con las respectivas investigaciones eran producto de las transferencias que desde el Ecuador realizaba el acusado Jorge Emilio Gallardo Zavala. El principio de subsidiaridad al que hace alusión el recurrente es aplicable en aquellos casos en que un mismo bien jurídico es protegido por varias leyes penales, estimándose para el efecto la menor o mayor lesión que el acto produzca, en aras de aplicar la norma secundaria como subsidiaria de la primera, siempre que esta última haya quedado descartada. En el presente caso y de acuerdo con la ley vigente a la fecha de inicio de instrucción fiscal, la comisión de infracciones conexas de la misma o distinta gravedad, daba lugar a la instauración de un proceso penal por cada una de ellas y siendo como son, infracciones de distinta gravedad, no se advierte que la sentencia haya violado el principio de non bis in ídem, al momento de calificar jurídicamente el hecho previamente declarado como probado, como un incremento injustificado del patrimonio del funcionario público que recurre a través de casación. En otro orden de cosas, las leyes han previsto las diferentes vías a través de las cuales los sujetos procesales deben alegar los vicios eventualmente presentados en la tramitación de una causa, más de manera alguna es aceptable que quien interponga recurso de casación, lo fundamente en vicios de procedimiento, con la pretensión equivocada de que el órgano jurisdiccional que no es competente para hacerlo, examine si la sentencia reunió o no los requisitos exigidos por el artículo 309 del Código de Procedimiento Penal, cuando la vía adecuada y la oportunidad para hacerlo, se encuentran determinadas en el artículo 330 numeral 2 del mismo cuerpo normativo. De la misma manera, el artículo 425 de la Constitución Política de la República determina el orden jerárquico en lo que a la aplicación de las normas se refiere, llegando inclusive a establecer que ante un eventual conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, los jueces, autoridades administrativas y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica

superior; en ese sentido, la Constitución Política de la República establece que los servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. "La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas ...", lo que quiere decir que la ausencia del acusado al juicio, en los términos señalados por la norma constitucional, de manera alguna transgrede el artículo 14 numerales 1 y 3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, pues al ser el artículo 233 de la Constitución Política de la República una norma jerárquicamente superior, prevalece y está por encima de cualquier otra norma de carácter internacional o legal. En virtud de lo expuesto, soy del criterio que la Sala debe declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por el acusado Jorge Emilio Gallardo Zavala." **QUINTO:**

CONSIDERACIONES DE LA SALA.- La Sala, previa resolución, relievra lo siguiente: 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 monofiláctica) 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). **SEXTO:**

ARGUMENTOS JURIDICOS Y DOCTRINARIOS.-
a) En la legislación nacional cuando se refieren al enriquecimiento ilícito los artículos 296.1 y 296.2 del Código Penal vigentes a la fecha de inicio de la instrucción fiscal, en su orden prescriben: "Art. 296.1. Constituye enriquecimiento ilícito el incremento injustificado del patrimonio de una persona, producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, que no sea el resultado de sus ingresos legalmente percibidos. Art. 296.2. El enriquecimiento ilícito se sancionará con la pena de dos a cinco años de prisión y la restitución del duplo del monto del enriquecimiento ilícito, siempre que no constituya otro delito". Al respecto, la conducta del sentenciado se subsume en el tipo penal antes descrito y por lo mismo le es atribuible el juicio de reproche;
b) En cuanto a la afirmación del recurrente que en el fallo impugnado se viola el **derecho de defensa**, al efecto se deja consignado que es falso tal argumento,

pues contó con todos los mecanismos legales para hacer uso legítimo del derecho a la defensa, tan verdad es lo afirmado que su abogado defensor, doctor Aguilar, practicó toda la prueba necesaria tendiente a desvanecer la acusación fiscal, por lo que tal aseveración carece de fundamento legal; **c)** En lo relacionado con la **valoración de la prueba**, como sugiere el recurrente y conforme se manifestó precedentemente a este tribunal le está vedado volver hacer una valoración de la prueba, mucho más que el tribunal juzgador ha observado a plenitud las reglas relativas con la valoración de la prueba contempladas en el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal; **d)** El delito de enriquecimiento ilícito ha sido establecido en la legislación penal ecuatoriana como medida para contrarrestar la corrupción en el país, y en el presente caso, se cumplen todos los elementos constitutivos del mismo, además de que se encuentran probados conforme a derecho. Por las razones expuestas, 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 de lo que dispone el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el ingeniero Jorge Emilio Gallardo Zabala. Notifíquese y Cúmplase.

Fdo.) Dres. Arturo Pérez Castillo, Gladis Proaño Reyes, Geovany Esquivel Villegas, Conjuces Nacionales y Conjuce ocasional.

CERTIFICO.

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

Razón: Asiento por tal que las ocho (8) copias que anteceden son iguales a su original. Quito, 29 de agosto de 2011. Certifico.

f.) Dr. Milton Álvarez Chacón, Secretario Relator (E).

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.