



# REGISTRO OFICIAL

## ÓRGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

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

### EDICIÓN ESPECIAL

**Año IV - Nº 357**

**Quito, miércoles 31 de  
octubre 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](http://www.registroficial.gob.ec)

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

### SUMARIO:

Págs.

**FUNCIÓN JUDICIAL Y JUSTICIA INDÍGENA:**

**RESOLUCIONES:**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**

**PRIMERA SALA DE LO PENAL**

**Recursos de casación en los juicios seguidos por  
las siguientes personas naturales y/o jurídicas:**

504-09	Nelly Altamirano Santillán y otro.....	2
513-2009	Segundo Quezada Patiño.....	6
539-09	José Bajaña Gordillo .....	9
539-09	Diego Jefferson Rojas Beltrán y otro.....	11
548-2009	Silvia Alvarado Manzano.....	13
588-09	Winston Palermo Miele García y otro.....	15
635-09	Rosa Victoria Guanoluisa Cofre.....	16
659-09	Nelly Calle Altamirano.....	18
761-2009	Ing. Rebeca Beatriz Abendaño Legarda.....	20
765-2009	Segundo Herminio Chicaiza Inguillay.....	24
779-2009	Manuel Antonio Illusanguil Oña.....	26
799-2009	Mohamed Soliman Ibrahim El Aasser.....	29
806-2009	José Ignacio Vallejo.....	31
808-2009	Fernando Xavier Díaz Guzmán .....	33
809-2009	Abraham Ayabaca Barreros.....	37
824-2009	María Macrina Rodríguez y otro.....	41
829-2009	Estefanía Carolina Chávez Valle.....	43
852-2009	Alexis Rodolfo Arrieta Aguirre .....	44
872-2009	Marco Arévalo Rosero.....	45

No. 504-09

**PONENTE: DR. HERNAN ULLOA PARADA (ART. 141 CODIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL).**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA DE LO PENAL.-** Quito, 4 de julio de 2011, las 16H00.- **VISTOS:** Los recurrentes Nelly Altamirano Santillán y Edgar Mateo Maquisaca Bermeo, interponen recurso de Casación, a la sentencia emitida por la Corte Superior de Justicia del Chimborazo, el 28 de julio del 2004, las 08h30, en la que se confirma el fallo emitido por la antedicha judicatura el 12 de noviembre del 2003, a las 08h30, que ha sido materia de impugnación por parte de Edgar Maquisaca Bermeo y Nelly Altamirano Santillán, en la que se declara a los procesados, cómplices responsables del delito de peculado tipificado en el artículo 257 del Código Penal, en relación con los artículos 42 y 30 ibidem, por lo que se les impone la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, y la multa de TREINTA MIL SUCRES o su equivalente en dólares. El recurso ha sido debidamente fundamentado por los recurrentes, 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 su validez.- **TERCERO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.-** A) La recurrente, NELLY ALTAMIRANO SANTILLAN, en su escrito de fundamentación del recurso manifiesta que las normas de derecho que estima infringidas y las solemnidades de procedimiento omitidas son las que a continuación se expresan: **1)** Que en lo relacionado con el contrato se determina que las firmas del contratista, constantes en las solicitudes de recepción de obra, el comprobante de pago y cheque, por el valor total del estudio, no corresponde a la del contrato; resulta contrario a la lógica procesal, según el casacionista, que la sentencia impugnada recoja y haga suyas las conclusiones del correspondiente informe de Contraloría, pero ignore el aspecto jurídico que es sobre el que debe pronunciarse. **2)** Que solo el pronunciamiento técnico de un grafólogo puede establecerlo, lo que en el presente caso no obra del proceso y lo más grave sucede cuando el fallo habla de que se presume la falsificación de firmas en los documentos

descritos. **3)** Que la calificación arbitraria de complicidad con el Ingeniero Franklin Bonilla, no responde a este nivel de participación previsto en el Art. 43 del Código Penal. No se establece de manera concreta en que forma se participa indirectamente en la producción del hecho. **4)** Que al no haber hecho referencia alguna respecto a las circunstancias agravantes que deliberadamente, según el recurrente, estableció la sentencia del Presidente de la Corte Superior de Justicia, solicita que se reconozca las circunstancias atenuantes, de conducta anterior y posterior; **B)** Por su lado, el recurrente, EDGAR MATEO MAQUISACA BERMEO, en su escrito de fundamentación del recurso ha manifestado que las normas de derecho que estima infringidas y las solemnidades de procedimiento omitidas son las que a continuación se expresan: **1)** Falta de aplicación del artículo 21 del Código del Procedimiento Penal, ya que el casacionista ha manifestado que no existe el cumplimiento de los requisitos necesarios para que se haya iniciado la presente causa en su contra; **2)** Falta de aplicación del artículo 63 Código de Procedimiento Penal, ya que el recurrente ha expresado que le correspondía probar al acusador, cual era su grado de responsabilidad en el ilícito material de esta causa. El juzgador tenía que igualmente, según el procesado, valorar su conducta y su inexistente participación en el hecho; **3)** Falta de aplicación del artículo 64 Código de Procedimiento Penal ya que el procesado ha dicho que le correspondía al juzgador aplicar las reglas de la sana crítica al emitir su resolución y que debían evaluar que por las funciones del recurrente como Alcalde no le corresponde los procesos técnicos ni administrativos; **4)** Falta de aplicación del artículo 65 Código de Procedimiento Penal con criterio se manifiesta que las pruebas deben ser graves, precisas y concordantes, no existe, según el sentenciado, en esta causa, ninguno de los elementos para que se haya dictado una sentencia en la que se condene al acusado; **5)** Falta de aplicación del artículo 66 Código de Procedimiento Penal, ya que el casacionista ha manifestado que no existe nexo causal entre el hecho y el recurrente, ninguna de las cinco condicionantes para establecer dicho nexo se han cumplido. Solamente el recurrente firmo el cheque, pero no le entrego al Ing. Franklin Bonilla Contero, indica que no fue Jefe Financiero para pagar valores; **6)** Falta de aplicación del artículo 70 y 74 del Código de Procedimiento Penal. El recurrente ha expresado que dentro de la estación probatoria y con la inspección judicial e informe pericial, se determinó que los fundamentos de la Contraloría para solicitar el enjuiciamiento penal del recurrente, no tenían razón de ser, añade que el perito designado por la Corte es totalmente claro, cuando manifiesta en sus conclusiones que los estudios y la construcción misma de los tanques de agua son de similares características, a los que diseñaba el instituto Ecuatoriano de Obras Sanitarias; **7)** Falta de aplicación del artículo 160 del Código de Procedimiento Penal, ya que el procesado ha dicho que la Corte le ha iniciado tres causas penales signadas con los números 02-2002, 03-2002, 07-2004, todas por el delito de peculado, es decir, ha dividido la continencia de la causa, así como el precepto constitucional del non bis in idem. **CUARTO: DICTAMEN FISCAL.-** El señor Ministro Fiscal General del Estado, Dr. Jorge W. Germán Ramírez, con fecha 26 de abril del 2007, al contestar la fundamentación del recurso de casación, señala: **1)** 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. 373 del

Código de Procedimiento Penal de 1983, aplicable al caso, se observa que el Tribunal en el considerando Quinto afirma que, la existencia de la acción punible se ha probado con: **a)** El examen especial de ingeniería, practicado por la Contraloría General del Estado al Municipio de Cumandá, para el estudio y diseño de un tanque de almacenamiento de agua potable, como se establece y se prueba dentro del juicio. **b)** La documentación consistente en: el contrato de estudio y diseño de un tanque de almacenamiento de agua potable de 400 metros cúbicos, suscrito por Edgar Maquisaca en su calidad de Alcalde; **2)** El tribunal después de analizar la prueba descrita y de conformidad con los Arts. 157 y 61 del Código Adjetivo Penal de 1983, tiene la certeza de que se encuentra comprobada conforme a derecho, la existencia de la infracción indagada, así como la responsabilidad de los sindicados, acto doloso realizado por Franklin Bonilla Contero, pues en su calidad de servidor público, esto es, Planificador del Municipio de Cumandá, falsificó, documentos y elaboró un supuesto contrato par el estudio y diseño de un tanque de almacenamiento de agua para el referido Municipio, estudios que ya habían sido elaborados con anterioridad por el ex IEOS, para luego hacerse entregar dineros pertenecientes al municipio, beneficiándose de los mismos falsificando las firmas del supuesto contratista, todo esto con la complicidad del Alcalde de dicho Municipio Edgar Maquisaca Bermeo, de la Arquitecta Nelly Altamirano Santillán, Directora de Obras Públicas y de Carmen Balseca Varela, Tesorera encargada de la Entidad Edilicia, los que han adecuando de esta manera su conducta a lo dispuesto en el Art. 257 del Código Penal; **3)** El delito de peculado consiste en la disposición arbitraria, abuso o malversación de fondos públicos o privados, que estuvieren en poder del funcionario en virtud de su cargo, debiendo establecerse la relación de causalidad entre la función desempeñada y la posesión del bien público poseído, sea dispuesto abusiva y arbitrariamente por quien está en custodia del mismo; **4)** Los actos realizados por los recurrentes, sirvieron y facilitaron el cometimiento del ilícito, pues su actuaciones tanto como Alcalde del Municipio de Cumandá, quien procuró “ayudar económicamente” al autor del delito con la concesión de un contrato, a pesar de que este estaba impedido de hacerlo por ser empleado público, así como la Directora de Obras Públicas, a cargo de quien se encontraban los planos ya realizados por el ex IEOS y quien además suscribe la supuesta acta de entrega recepción, la que después se comprobó tenía firmas falsificadas del supuesto contratista, todo esto relacionado con sus intervenciones para que se haga efectivo el pago del tan mencionado contrato, determinan actuaciones anteriores en unos casos y simultáneos en otros, que tuvieron una sola finalidad, cooperar en la ejecución del acto punible adecuando su conducta a lo dispuesto en los Art. 257 y 43 del Código Penal; **5)** El delito de peculado tipificado y reprimido en el Art. 257 del Código Penal y que se le atribuye a los recurrentes, está plenamente justificado, pues de las pruebas actuadas en juicio se comprueba que el acto antijurídico fue realizado con voluntad y conciencia apreciándose coherencias entre los hechos que describe el Tribunal en la parte expositiva, con lo resuelto en la parte dispositiva y las disposiciones legales aplicadas, por lo que se considera, que no se ha vulnerado las disposiciones legales citadas por dichos recurrentes, en virtud de lo cual y de conformidad con lo dispuesto en el Art. 382 del Código de Procedimiento Penal de 1983, solicita a la Sala declare

improcedente el recurso de casación interpuesto por los recurrentes, por las consideraciones que deja anotadas. **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 dice respecto a la violación directa de la ley 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 ello 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 prueba, 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, así 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”***. De lo expuesto se puede inferir que en casación se puede analizar el proceso volitivo del juez, para determinar si se han aplicado las reglas de la sana crítica en el caso concreto, pues 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, conforme sucede en el caso sub lite. Al efecto el mismo ROXIN, en la página 187 de su obra antes indicada, sostiene 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) Analizado el caso puesto en conocimiento de la Sala de Casación, se observa que los juzgadores no han aplicado ni valorado correctamente el material probatorio y consiguientemente se han vulnerado las reglas de la sana crítica, violando con ello el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal. Al efecto, de la sana crítica se dice que es 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 no ha cumplido con el mandato contenido en el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, así como tampoco ha motivado correctamente su decisión. Refiriéndose a la motivación, Jorge Zavala Baquerizo en su obra “Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo IX”, Pág. 130, 131, expresa: ***“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”***; 3) El recurrente Edgar Mateo Maquisaca Bermeo, en su escrito de fundamentación ha manifestado que se ha violado el principio del *Non bis in idem*, ya que ha expresado que en base al mismo informe de Contraloría se le han iniciado tres causas penales. La sala respecto a este argumento debe manifestar que el *Non bis in idem* está presente dentro de nuestro ordenamiento jurídico, tanto como garantía constitucional al debido proceso, contenida en el artículo 24 numeral 16 de la Constitución Política de la República del Ecuador (actual artículo 76 numeral 7

letra i) de la actual Constitución de la República), así también como un principio que debe regir al proceso penal, en el artículo 5 del Código Adjetivo Penal; dicho principio, encuentra aplicación tanto en las instituciones de cosa juzgada; la primera de ellas, se da cuando existiendo una sentencia ejecutoriada, se intenta iniciar un nuevo proceso penal por el mismo hecho, que ya fue debidamente juzgado en la sentencia de la que se habla, y la segunda que se presenta cuando se han iniciado varios procesos por el mismo hecho, es decir, sin que exista sentencia condenatoria se intenta juzgar el mismo hecho en procesos seguidos al mismo tiempo. Está institución, necesita para su aplicación, de la existencia de identidad subjetiva y objetiva en los dos o más procesos que se han iniciado; respecto a la primera, lo que no se evidencia en el presente caso. Con estas consideraciones nos queda claro el error que ha cometido el recurrente en su razonamiento al pensar que la identidad objetiva para que se configure el principio del *Non bis in idem* quedaba establecida al devenir los tres procesos penales del mismo informe de contraloría, pues dicho informe se basa en tres hechos distintos: **a)** el estudio y diseño de un tanque de almacenamiento de agua potable de 400 m<sup>3</sup>; **b)** Contrato de alquiler de maquinaria para trabajos en la calle Simón Bolívar; **c)** Contrato de alquiler de maquinarias para trabajos en el barrio Los Andes, para los cuales se ha seguido un proceso distinto para cada hecho, como lo mandaba la normativa penal vigente a esa época, por lo tanto, el que las presunciones de responsabilidad para los tres hechos provengan del mismo informe de Contraloría, no quiere decir que se refieran a la misma circunstancia, más aún cuando dicho informe analiza un período comprendido entre el 1 de noviembre de 1996 y el 30 de junio de 1999; **4)** En el caso que nos ocupa, a los recurrentes se los acusa del tipo penal prescrito en el Art. 257 del Código Penal, en el grado de cómplices, para lo cual es necesario hacer el siguiente análisis: **a)** El Art. 11 del Código Penal, prevé: “Nadie podrá ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si el acontecimiento dañoso o peligroso de que depende la existencia de la infracción, no es consecuencia de su acción u omisión”. Por su lado, el Art. 32 del Código Penal, señala: “Nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley como una infracción, si no lo hubiere cometido con conciencia y voluntad”; **b)** El profesor EUGENIO RAUL ZAFFARONI, al referirse a la configuración jurídica de la concurrencia de personas, dice: “como en cualquier obra humana, en el delito pueden intervenir varias personas desempeñando roles parecidos o diferentes, lo que da lugar a los problemas de la llamada *participación (concurrencia o concurso) de personas en el delito*, como complejo de cuestiones especiales de la tipicidad. Cabe precisar que la expresión *participación*, tiene dos sentidos diferentes: a) en sentido amplio, *participación* es el fenómeno que opera cuando una pluralidad de personas *toma parte en el delito*, como *participantes* en el carácter que fuere, es decir, como autores cómplices e instigadores; b) en sentido limitado, se entiende por *participación* el fenómeno por el que una o más personas *toman parte en el delito ajeno*, siendo *participes* sólo los *cómplices* y los *instigadores*, con exclusión de los autores” (DERECHO PENAL. *Parte General*. Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 735). Hay quienes piensan incluso, en la figura de un autor único para evitar discusiones en la concurrencia de personas en la comisión de un delito, pero a la postre resulta indispensable poder establecer nítidas diferencias entre el autor y los partícipes, pues el

ejercicio real del poder punitivo estatal está condicionado a la calidad de las personas que concurren en la comisión de un delito, para poder imponer la pena respetando el principio de la proporcionalidad. Se consideran autores a quienes cometen el delito de propia mano, como bien dice el profesor GÜNTHER JAKOBS, "autor es siempre quien comete el hecho por sí mismo, es decir quién ejecuta de propia mano la acción fáctica dolosamente y sin sufrir error, y presenta las necesarias cualificaciones de autor, objetivas y subjetivas, específicas del delito (DERECHO PENAL, *Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2da. Edición corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 744). El cómplice es el que participa en la comisión de un delito ayudando o cooperando con el autor, el autor que comete por sí mismo un delito puede ser al mismo tiempo coautor junto con otro interviniente si este otro es responsable, en plano de igualdad por configuración. Como expresa el propio JAKOBS, "El Derecho Penal al reconocer la coautoría, está extrayendo la consecuencia lógica de que sea posible la división del trabajo. La coautoría concurre cuando según el plan de los intervinientes, se distribuyen las aportaciones necesarias para la ejecución, sea en todos los estadios del delito, sea entre los distintos estadios, de manera que también personas no participantes en la ejecución codeterminan la configuración de ésta, o el que se lleve o no a cabo" (ob.cit. p. 745). En el concepto del Prof. JAKOBS, uno de los iconos más importantes del Derecho Penal en el siglo 21, "cuantas más personas tomen parte, en menor grado puede bastar, contabilizada en absoluto, la aportación en coautoría e incluso como configuradora en plano de igualdad: tal es la consecuencia en dogmática penal, del efecto anonimizador de la división del trabajo. Pero siempre hace falta una aportación de la medida de las demás aportaciones; pues, en la modalidad concreta, determina algo todo aquel que llega a ser causal de un delito, es decir, incluso un mero partícipe" (ob. cit. p. 751). La conducta del COMPLICE, según el Código Penal ecuatoriano en el Art. dice: "son cómplices los que indirecta y secundariamente cooperan a la ejecución del acto punible, por medio de actos anteriores, o simultáneos.". Desde la teoría del dominio del hecho la cuestión es sencilla. Ser cómplice secundario quien no tenga el dominio del hecho. Pero, tal como lo hemos demostrado, si puede haber complicidad primaria en el hecho mismo, entonces la distinción habrá que buscarla desde otra perspectiva.... Hay que acentuar la idea de Gimbenat en cuanto señala que el juicio *ex ante* es el único que permite una calificación justa de la actividad del partícipe.... La conciencia de la entrega en esas condiciones es lo que decide sobre la mayor o menor reprochabilidad de la conducta". Según Núñez, citado por el mismo autor "...ha sostenido que son cómplices necesarios aquellos sin cuyo aporte el hecho no hubiera podido cometerse. Cómplices secundarios son aquellos cuya intervención no era necesaria para que el hecho sucediera como sucedió.". Al efecto, la participación delictual se debe a la colaboración prestada por el cómplice tanto exante como expost, es decir, como cómplices del delito contemplado en el Art. 257 del Código Penal, lo que en el caso sub lite no sucede, pues la actividad de los recurrentes no se subsume en la categoría dogmática de la complicidad, toda vez que su actuar en el caso del recurrente Maquisaca se limitó a firmar el cheque para que se paguen por los estudios de los tanques del agua potable del Cantón Cumandá y en el caso de la señora Balseca su conducta estuvo encaminada en razón de su cargo a dar las

facilidades para la suscripción del contrato antes referido con el Ingeniero Franklin Bonilla, pero ello en nada lo vincula con el tipo penal de peculado, pues con su actuar no lesionó ningún bien jurídico tutelado por el derecho penal. Bajo estas consideraciones y analizando desde la teoría de la imputación objetiva donde se considera que el tipo de un delito de resultado sólo queda cumplido cuando la conducta sometida a análisis ha generado un "riesgo jurídicamente desaprobado" y este riesgo se ha realizado en el resultado, partiendo de esta fórmula de aplicación, a pesar de haber la concurrencia de una relación de causalidad entre conducta y resultado, hay que negar la concurrencia de la tipicidad, pues estudiada la sentencia por parte de la Sala se encuentra que no hay una correcta evaluación de la prueba y peor aún respecto de la responsabilidad penal de los hoy recurrentes, pues no hay que perder de vista que la responsabilidad penal es personalísima y no es delegable. A lo manifestado se debe añadir que para que exista indicios de responsabilidad penal en este tipo de delitos es necesario que el partícipe haya actuado con dolo, así lo sostiene mayoritariamente la doctrina y en el caso concreto Según Francisco Muñoz Conde en su obra "*Teoría General del Delito*", página 182, señala: "dolo es la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo del delito", de lo cual se desprende que el dolo se encuentra constituido de dos elementos, esto es, el elemento intelectual o conocimiento, es decir, el saber; y, el elemento volitivo o voluntad, esto es el querer, este conocimiento y voluntad hacen relación o referencia a las circunstancias del tipo penal, lo que el caso sub lite no acontece. Además, la conducta de los procesados, no es antijurídica porque no lesiona ningún bien jurídico tutelado por el derecho penal, ni típica porque no corresponde a los elementos del delito de peculado, aún en el supuesto, que no corresponde a la especie de que los procesados, en un extremo de exigibilidad el ilícito penal se habría cometido, pues no tenían en su poder el dominio del hecho y les era desconocido los elementos facticos con los que actuaba el contratista que suscribió el contrato e incumplió con el objeto y dio para el inicio de este juicio penal, es decir, que también hay un error de tipo que les hace que su conducta sea atípica. Al efecto, Según Francisco Muñoz Conde, en su *Teoría General del Delito*, pág. 183, el *Error de tipo* es: "Desconocimiento o ignorancia de los elementos de carácter objetivo que caracterizan un hecho como típico.". La responsabilidad penal es personalísima y a nadie puede imputársele actos antijurídicos en los que no ha intervenido como equívocamente se lo hace en la sentencia de condena. Por las consideraciones expuestas y en armonía con el análisis precedente, esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia "**ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**" de conformidad a lo que dispone el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, declara PROCEDENTE el recurso de casación interpuesto por los recurrentes NELLY ALATAMIRANO SANTILLÁN Y EDGAR MATEO MAQUISACA BERMEJO, ratificando por lo tanto su estado de inocencia. Cancellense las medidas cautelares que pesan en su contra.- Devuélvase el proceso al inferior para la ejecución del fallo.- **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 diez (10) copias que anteceden son iguales a su original. Quito, 29 de agosto de 2011. Certifico.

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

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA – PRIMERA SALA DE LO PENAL.** Quito, 14 de julio de 2011; a las 09H00. Incorpórese al proceso el escrito presentado por Carmen del Rocío Balseca Varela y atendiendo el mismo y por ser ajustado a derecho, en aplicación del Art. 327 del Código de Procedimiento Penal se hace extensiva la sentencia absolutoria dictada con fecha 4 de julio de 2011, a las 16H00 y notificada el día 5 de julio del mismo año, es decir, que en aplicación del principio de igualdad formal, material y no discriminación consagrado en el Art. 6.4 de la Constitución de la República, ratificando el estado de inocencia de la señora Carmen del Rocío Balseca Varela, también se la absuelve. Por otra parte y por cuanto se ha deslizado un error de transcripción en la parte resolutive de la referida sentencia cuando se dice “NELLY ALATAMIRANO SANTILLÁN ...” siendo lo correcto “NELLY ALTAMIRANO SANTILLÁN ...”. Téngase en cuenta el casillero judicial No. 3353 que la señora Rocío Balseca Varela señala para sus futuras notificaciones. Notifíquese.

Fdo.) Dres. Milton Peñarreta Álvarez, Hernán Ulloa Parada, Arturo Pérez Castillo: Jueces Nacionales y Conjuez. **CERTIFICO.-** f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre. Secretario relator.

**Razón:** Asiento por tal que la copia que antecede es igual a su original. Quito, 29 de agosto de 2011. Certifico.

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

---

No. 513-2009

**JUEZ PONENTE DR. LUIS MOYANO ALARCON (Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial).**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA - PRIMERA SALA DE LO PENAL.** Quito, 22 de junio de 2011; a las 16h00.- **VISTOS:** El Tercer Tribunal de lo Penal del Azuay, mediante sentencia condenatoria de fecha 15 de noviembre del 2005, a las 09H00, condenó a Segundo Quezada Patiño, como autor del delito tipificado en el numeral 1 del Art. 512 Y reprimido en el Art. 513 del Código Penal, y se impone la pena de dieciséis años de reclusión mayor extraordinaria, sentencia de la cual interpone recurso de revisión el sentenciado atento a lo dispuesto en la causal 4 del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal. Siendo el estado procesal el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.-** Esta Primera Sala

de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1 de la Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el R.O. No. 449 de 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; Resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre de 2008, publicada en el R.O. No. 511 de 21 de enero del 2009 y el sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de Jueces Nacionales avocamos conocimiento del presente juicio penal. **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad; por lo que este Tribunal de Alzada declara la validez de esta causa penal. **TERCERO: FUNDAMENTACION DEL RECURSO.-** El recurrente en su fundamentación manifiesta lo siguiente: El Tercer Tribunal de lo Penal del Azuay, mediante sentencia dictada el día 15 de noviembre del 2005, me ha sentenciado en forma indebida y sin pruebas en mi contra y me impone errada, injustificada y maliciosamente la pena de dieciséis años de reclusión mayor extraordinaria, basado su decisión en las versiones de testigos no idóneos, Bertha Vera Carmona, Ana Díaz Pulla, María González Córdova, Carmen Cedillo Chica, María de Jesús Ayala Bermeo, Inés Yunga San Martín, que por ser parientes y familiares de María Dumas Cedillo, declararon en forma parcializada y maliciosa en mi contra, dentro de sus declaraciones se contradicen con la versión dada por la niña, en cuanto a mi descripción física la niña describe a su agresor como un hombre alto blanco y de cabello negro, todos los testigos de la parte actora se refieren a un hombre de mediana estatura con cabello y ojos claros, se afirma además que la niña reconoció a su agresor bajándose de un carro beige o crema, cuando he demostrado mediante certificado de la Dirección Nacional de Tránsito que poseo un auto de color azul, además ninguno de ellos señaló ni fue testigo de que yo haya abusado sexual mente de la menor. La menor ofendida en su consulta con el psiquiatra psicólogo forense Dra. María Ochoa Rosales indica que su agresor es de apellido Ortiz, la cual consta en sentencia a fs 4 el cual no coincide con mi apellido versión que luego por insinuaciones de sus familiares cambio, entendible por ser una niña en edad manipulable. Que he demostrado mediante certificado de las compañías TAME e ICARO mis frecuentes viajes a la ciudad de Quito, Guayaquil, Tulcán, durante los años 2001-2005, debido a mi negocio que era el cambio de moneda y venta de joyas y que por ende no permanecía en el negocio de abarrotes ubicado en la calle Ullauri No 5-45 y que quienes permanecían en ese local era mi cónyuge y mi hermano Nieves Quezada Jaya y por Orlando Quezada y en las fechas señaladas en que supuestamente ocurrieron los hechos, el referido local nunca estuvo atendido por mí, tal como lo señalan las declaraciones y tal como lo narra la madre y la niña María Dumas Cedillo su agresor la violó por primera vez en junio del 2004, y que se repitió la agresión sexual reiteradas veces pasando dos o tres días, pero se contradice al presentar el record de viaje a los Estados

Unidos a la ciudad de New York junto a su madre en el mes de junio, coincidentemente en los meses de junio y julio eran de gran movimiento en mi negocio del cambio de moneda, y estando la niña y su madre fuera del país, como es posible que en esos meses yo hubiese tenido acceso a la menor ofendida. Que siempre mi ánimo fue hacerme las pruebas de sangre y cuando estas se practicaron, en vez de hacerlo con médicos de la fiscalía, con orden del fiscal o de los miembros del Tribunal, mi anterior defensor se opuso a que me haga los exámenes sino que lo haga ante médicos privados, ya a los 7 meses de ocurrido los hechos, quienes señalaron que nunca he tenido ninguna enfermedad venérea, el Dr. Jaime Pacheco Solano, perito quien realizó el examen visual de inmediato de estar detenido no encontró anomalías en mi pene y que según estudios realizados y estadísticas existentes las enfermedades venéreas a pesar de ser tratadas con medicamento, en el caso de condilomas desaparecen las verrugas, más no el virus de la sangre permaneciendo en el cuerpo durante décadas de forma sintomática, y detectable mediante el análisis de laboratorio. Que además adjuntó los originales de los exámenes médicos realizados a mi esposa y a mí, que prueban que ninguno de los dos tenemos la enfermedad venérea de virus papiloma humano ni lesiones virales condilomas, que siendo inocente me encuentro privado de mi libertad y acusado injustamente por un delito que no cometí. **CUARTO.- DICTAMEN FISCAL.-** El Dr. Alfredo Alvear Enríquez, Fiscal General del Estado, Director de Asesoría Jurídica, Subrogante del Fiscal General del Estado, al emitir su dictamen, manifiesta que: El sentenciado interpone recurso de revisión amparado en la causal 4 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, que dice "Cuando se demostrare que el sentenciado no es responsable del delito por el que se lo condenó" El recurso de revisión por su carácter de extraordinario es un mecanismo legal de impugnación de una sentencia ejecutoriada, definitiva y firme pasada en autoridad de cosa juzgada, por existir errores fundamentales que deben rectificarse en bien de la justicia, modificando la sentencia, permite la revisión de todo proceso y en algunos casos permite nuevas pruebas y puede ser interpuesto en cualquier tiempo, incluso después de cumplida la pena, por una de las causales previstas en el Art. 360 del Código de Procedimiento Penal. Así mismo, este recurso exige que el recurrente no solo la anunciación de los hechos que excluyen su responsabilidad, sino que también le obliga a ofertar la prueba y aportarla efectivamente, al tenor de lo dispuesto en el Art. 362 *ibidem*, con el objeto de enervar la sentencia condenatoria dictada en su contra, excepto en la causal del numeral 6 de la disposición legal ya citada, en la que se requiere la presentación de nuevas pruebas que demuestren el error de hecho de la sentencia impugnada, obligación legal que no se ha cumplido en la especie por parte del recurrente, pues si bien en el periodo probatorio ha solicitado la práctica de determinadas diligencias y, en especial, la recepción de testimonios de las personas nominadas en su respectivo escrito, no es menos cierto que no los ha hecho comparecer, de lo que se infiere la ausencia de prueba de parte del recurrente que demuestre el error judicial al que se refiere en su escrito de interposición del recurso de revisión. En definitiva, no existe aportación de nuevos argumentos y elementos de juicio que permitan

comprobar que en la sentencia se ha incurrido en errores judiciales, sin que haya logrado justificar la causal invocada por el recurrente como era su obligación legal. En la especie, observó que tanto la existencia material de la infracción como la responsabilidad del acusado se encuentran plenamente justificada, con las pruebas que aparecen en el proceso, todo lo cual ha sido valorado por el juzgador conforme a las reglas de la sana crítica y no se evidencia de la revisión del proceso la existencia de errores judiciales en su expedición. Estima que el recurrente no ha demostrado los fundamentos que sirvieran de sustento de su recurso en la forma que establece el Art. 360 numeral 4 del Código de Procedimiento Penal, por lo que solicito a la Sala se lo rechace por improcedente. **QUINTO.- APRECIACIÓN DOCTRINARIA SOBRE LA REVISIÓN.-** El procedimiento penal tiene como finalidad llegar a la imposición de una pena respetando la verdad procesal, si esto es así resulta razonable la legitimidad de la sanción por un acto adecuadamente típico y antijurídico. Frente a la posibilidad de un error judicial en la apreciación correcta de los hechos, surge la necesidad de la reparación mediante el mecanismo de un recurso de excepción como es la revisión, asumiendo el riesgo de la vulnerabilidad de la cosa juzgada, de la que el maestro uruguayo, don EDUARDO J. COUTURE, expresara que es: "la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla". En virtud de la *cosa juzgada*, la sentencia en firme es generalmente inatacable e impugnabile cuando se han agotado los términos para la interposición de los recursos, o cuando habiendo sido interpuestos, el Tribunal de Alzada ha ratificado la resolución del juez *e-quo*. Por su lado, el profesor Jorge Vásquez Rossi, enseña: "*Es un recurso excepcional, verdaderamente extraordinario, que tiende a pelear injusticias notorias y que aparece justificado por los valores en juego dentro del proceso penal*" (Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Rubinzal-Curzoni Editores, Tomo 11, 2004, página 499).- Esta característica excepcional puede contraerse a dos situaciones: a) En primer lugar y conforme a las distintas legislaciones, la revisión se produce cuando aparecen del proceso contradichos o incongruencias entre la conducta declarada y su real situación; y, b) Cuando no se han observado algunos presupuestos del delito, como las causas de justificación, el principio de proporcionalidad de la pena o la condición más favorable o benigna de la norma penal, así como las circunstancias eximentes o excluyentes y atenuantes de la conducta y de la pena. Así el ilustre profesor argentino, Lino Enrique Palacio, sostiene que: "*el denominado recurso de revisión puede definirse como el remedio procesal que, dirigido contra las sentencias condenatorias, pasadas en autoridad de cosa juzgada tiende, en un aspecto, a demostrar, mediante la alegación de circunstancias ajenas al proceso fenecido por ser sobrevinientes o desconocidas al tiempo de dictar se la sentencia final, que el hecho no existió o no fue cometido por el condenado o encuadra en una norma más favorable y, en otro aspecto, a lograr la aplicación retroactiva de una ley más benigna que la aplicada en el fallo. Funciona, pues, por una parte para invalidar, frente a la concurrencia de motivos de excepción, la sentencia que condenó a un inocente, o para obtener la morigeración de la pena aplicada al*

*culpable ... " (Los Recursos en el Proceso Penal, Buenos Aires, Abeledo - Perrot, Segunda Edición actualizada, 2001, pp. 209 - 210).- SEXTO: ANÁLISIS DE LA SALA.-* El recurso de revisión es un mecanismo legal para dejar sin efecto una sentencia condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada, para lo cual, la Ley determina que se deben aportar nuevas pruebas, excepto si se alega que no se hubiere comprobado conforme a derecho la existencia del delito. 1.- En la audiencia de juzgamiento el Dr. Jaime Pacheco Solano, perito acreditado por el Ministerio Público, al practicar el reconocimiento de la menor ofendida, que al examen general se observó que la menor era poco comunicativa y nerviosa, con himen prácticamente ausente, más bien transformado en carúnculas, multiformes, es decir que ha existido desfloración antigua por sus características, se encontró en la cavidad vaginal congestiva, enrojecida, fétida y con secreción blanquecina, para lo cual se tomó muestra para investigación de enfermedad venérea, a la pregunta que le hace el defensor del acusado: Que si es verdad que intervino en el examen de reconocimiento médico de Segundo Quezada Patiño, dice que si verdad, examen en el cual observó que no presentaba lesiones, esto en cuanto al examen general, pero que el examinado se opuso a la toma de fluidos o muestras para análisis de laboratorio, manifestando además que en su región genital no había infección alguna, que la existencia de condilomas solo se pueden establecer visualmente o por fluido sanguíneo, respondiéndole negativamente ya que pueden ser por otros medios, además le solicitaba al declarante que interprete el contenido de dos exámenes clínicos hematológicos elaborados por el Dr. Jaime Moreno, contestando que observa de acuerdo a los resultados que hay alguna alteración hepática, pero no para poder establecer alguna enfermedad venérea, que es negativo, ante otra pregunta exhibiéndole fotografías que han sido bajadas de Internet, pide también que interprete, respondiéndole que se tratan de condilomas de vulva y pene y que el examinado no tenía esas características 2.- La declaración del Dr. Cristian Cordero Jaramillo, que la señora Hilda Cedillo, llevo con su hija María Dumas Cedillo, a su consultorio médico ubicado en el Hospital Monte Sinaí, solicitando que examine a su hija, quien estaba sufriendo de comezones en su parte genital, que cuando se procede a su exploración se encontró que existían restos himenales con datos de una desfloración antigua y además se encontraron lesiones virales denominadas condilomas, que comunicó a su madre, que hizo un estudio colposcópico habiéndose observado claramente la presencia de condilomas alrededor de la uretra pared anterior de la vagina, pared posterior de la vagina y alrededor los restos himenales por lo que indique a la madre de la menor que debía recibir tratamiento de electro fulguración bajo anestesia general para una adecuada exploración, que en efecto se la realizó mediante la colocación de un espéculo vaginal encontrando la presencia de condilomas, procediéndose mediante un electro cauterio a la electro fulguración de todas las lesiones que presentaba y que eran producto de relaciones sexuales con una persona contaminada y que poseía una enfermedad venérea. 3.- Segundo Quezada Patiño en su testimonio en la audiencia de juzgamiento en lo principal dice: Que anteriormente se dedicaba al negocio de joyas de 18 quilates y cambio de monedas de en la ciudad de Tulcán en donde tiene

arrendado un departamento, que viene a la ciudad de Cuenca, cada quince o veinte días a visitar a su familiares, que sus negocios los realiza en la ciudad de Machala, en el Oriente, en Tulcán, en esta ciudad sobre todo en los meses de junio y julio de cada año era bueno para el cambio de monedas, que pasaba el mayor tiempo en esa ciudad, que su hermano Orlando Quezada y su esposa eran las personas que pesaban en la tienda de abarrotes, y que él iba rara vez cuando llegaba de viaje, que ayudaba a vender, que jamás en su vida tuvo alguna enfermedad venérea, que si es verdad que su hermano Orlando Quezada es soltero y no tiene hijos y era quien en junta de mi esposa atendía el negocio ya que yo permanecía la mayor parte en la ciudad de Tulcán en donde arrienda un departamento que queda ubicado frente a la Gobernación, departamento arrendado a donde concurren compradores y vendedores de monedas especialmente de nacionalidad Colombiana, sin saber cuales sean sus nombres y apellidos salvo algunos que ya son conocidos a quienes les vendía el peso a 2,40 y 2,60 especialmente en los meses de junio y julio que eran los mejores meses para la venta. 4.- a) El Tribunal Juzgador, al procesado Segundo Quezada Patiño le ha impuesto una pena desproporcionada dada la situación del hecho cometido, por lo que es necesario imponerle la pena que a él le corresponde e inclusive con la atenuación de la misma si el caso así lo amerita, tal como lo prescribe el Art. 76, numeral 6, de la Constitución de la República. "La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza" b) Dos aspectos o exigencias hay que distinguir en el principio de proporcionalidad: a) la necesidad misma de que la pena sea proporcionada al delito; y, b) la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho, e) El principio de resocialización implica que las penas no impliquen separación de la sociedad del condenado, que evite su marginación indebida. 5.- La Constitución de la República, en el Art. 76, numeral 3, dice: Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza ni se aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley, este principio de legalidad guarda armonía con lo establecido en el Art. 2 del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal: Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida. La infracción ha de ser declarada, y la pena establecida, con anterioridad al acto. 6.- El Art. 5 del Código Orgánico de la Función Judicial preceptúa: "Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y las servidoras y servidores de la función Judicial, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estas últimas sean más favorables a las establecidas en la Constitución aunque las partes no las invoquen expresamente ..." y el Art. 6 del mismo cuerpo legal señala: " Las juezas y jueces aplicarán la norma constitucional por el tenor que más se ajuste a la Constitución en su integridad. En caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos garantizados por la norma, de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional."; 7.- El recurso de revisión, es de naturaleza extraordinaria, por lo que esta Sala, como parte del más alto Tribunal de

Justicia del Ecuador, cumple su finalidad esencial que es, como no puede ser de otra manera, el de esclarecer la verdad y en base de ella, la realización de la justicia, aun a costa de obviar formalidades establecidas en la ley, pues el Art. 169 de la Constitución de la República, manifiesta "no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades"; **SEPTIMO: RESOLUCIÓN.-** El Tercer Tribunal de lo Penal del Azuay no tomó en cuenta lo previsto en el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal relativo a la apreciación y valoración de la prueba, estableció una pena desproporcionada que no corresponde a las circunstancias fácticas del caso, por lo que no se cumplió el principio constitucional establecido en el Art. 76, numeral 6 de la Constitución de la República. 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 CONSTITUCION Y LEYES DE LA REPUBLICA**, de conformidad con lo previsto en los artículos 416 del Código de Procedimiento Penal y 11, numeral 5 de la Constitución de la República, declara procedente en parte el recurso de revisión presentado por el recurrente **SEGUNDO QUEZADA PATIÑO**, y consecuentemente se reforma la sentencia expedida por el Tercer Tribunal de lo Penal del Azuay, y se impone la pena de DOCE AÑOS, de reclusión mayor extraordinaria que lo cumplirá en el Centro de Rehabilitación en el que se encuentra detenido, debiendo descontarse el tiempo que estuviere recluso por este mismo delito. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

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

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

**Razón:** Asiento por tal que las seis (6) copias que anteceden son iguales a su original. Quito, 29 de agosto de 2011. Certifico.

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

No. 539-09

**DELITO:** ASESINATO.  
**PROCESADO:** JOSÉ BAJAÑA GORDILLO.  
**RECURSO DE CASACIÓN No. 0539-2009**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA-PRIMERA SALA PENAL DE CONJUECES PERMANENTES.** Quito, 19 de julio de 2011; las 09h00.- **VISTOS:** José Bajaña Gordillo interpone recurso de casación de la sentencia dictada por el Tribunal Primero de lo Penal del Guayas con fecha 15 de abril del 2008.- Las 10h00, mediante la cual se le declara autor del delito de asesinato tipificado en el Art. 450 numerales 1, 4, 6 y 7 del Código Penal y le impone la pena de 16 años de reclusión mayor especial. Concedido el

recurso, correspondió su conocimiento a la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, en razón del sorteo realizado el 10 de febrero de 2009, en virtud de lo cual con fecha 15 de abril del mismo año 2009, las 10h00, se pone en conocimiento de las partes la recepción del proceso y se dispone que el recurrente por haber interpuesto su recurso oportunamente, lo fundamente en el plazo previsto en el Art. 352 del Código de Procedimiento Penal. Con la fundamentación de fojas 8 a 13, se corre traslado al Señor Fiscal General del Estado, quien se opone a la pretensión recursiva en virtud de los argumentos que constan a fojas 19 a 20 vta.. A petición del recurrente se realiza la audiencia en estrados y con fecha 25 de noviembre de 2009, las 10h45 se declara concluido el trámite y se dispone "...pasen los autos a la Sala para resolver". Por transcurrido el plazo previsto en el Art. 149 del Código Orgánico de la Función Judicial sin que se haya resuelto el recurso, José Bajaña Gordillo recusa a los jueces de la Sala por lo que mediante auto de 19 de mayo del 2011.- las 15h10, se remite el proceso a la Sala de Conjuces y se llama a integrar a los suscritos Conjuces Nacionales. Para resolver se considera: **PRIMERO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA.-** Esta Sala de Conjuces tiene jurisdicción y es competente para conocer el recurso de casación interpuesto por José Bajaña Gordillo en virtud del auto antes citado (Fs. 32) y lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 y Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador; numeral séptimo de la Sentencia Interpretativa de la Corte Constitucional publicada en el R.O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; del artículo 7, literal a) de la Resolución Sustitutiva dictada por la Corte Nacional de Justicia con fecha 22 de diciembre del 2008 y publicada en el R.O. No. 511 del 21 de enero del 2009 y los artículos 186.1 y 201.2 in fine del Código Orgánico de la Función Judicial.- **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL:** Revisado el expediente de casación, la Sala no encuentra omisión de formalidad alguna y mucho menos que pueda influir en su decisión, por lo que se declara la validez del proceso. **TERCERO.- LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO:** El recurrente José Bajaña Gordillo, en su fundamentación transcribe varias definiciones del recurso de casación, sin embargo, no determina explícitamente cuál es la violación de la ley que a su criterio se ha producido en el fallo de instancia, pues expresa y transcribe las tres causales que prevé el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, que por su naturaleza son incompatibles entre sí, para terminar alegando cuestiones probatorias. Si bien en su recurso refiere a una falsa interpretación de la ley, no determina cual es aquella ley que ha sido interpretada erróneamente, a contrario sensu, para sustentar aquella causal, persiste en cuestiones demostrativas, realizando una alegación típica del proceso de instancia y aún alegando cuestiones procedimentales, con similar texto presenta un escrito el 31 de marzo de 2009 a las 14h45, esto es, antes del mandato de fundamentación de fecha 15 de abril de 2009, las 10h00, por lo que además de improcedente por prematuro tampoco cumple con los presupuestos de la casación. **CUARTO.- LA OPINIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL:** El Dr. Alfredo Alvear Enríquez en su condición de Director Nacional de Asesoría Jurídica Subrogante del Señor Fiscal General del Estado, opina que la Sala debe declarar la improcedencia del recurso porque se ha demostrado la existencia material de la infracción y la responsabilidad del condenado, determinando de manera

errónea igualmente hechos demostrativos que son extraños a la naturaleza del recurso de casación. **QUINTO: NATURALEZA Y FORMAS DEL RECURSO DE CASACIÓN.-** El recurso de casación es un medio extraordinario de impugnación a una sentencia firme dictada por los tribunales penales o por las cortes superiores para enmendar la violación de la ley material en la sentencia o de sus garantías fundamentales materiales, cuando se contraviene su texto, cuando se ha hecho una falsa aplicación o cuando se ha interpretado erróneamente. Este recurso tiene por fin, mantener el imperio de la ley y garantizar la efectiva aplicación de las normas fundamentales materiales, unificar la jurisprudencia y rectificar el agravio del afectado con la sentencia impugnada. La sentencia puede ser de condena o absolutoria y sus titulares son los sujetos procesales. La contravención con el texto de la ley puede ser directa o indirecta (por carambola). En el primer caso, puede ocurrir: a.) Por que la conducta que se acusa no es constitutiva de delito o siendo tal delito no se toma en cuenta las circunstancias excluyentes de la acción, de la tipicidad, de la antijuridicidad, de la culpabilidad y de la punibilidad. Puede suceder también que el juez de instancia al dictar la sentencia estimó equivocadamente esa exclusión o consideró a la conducta como no constitutiva de delito pese a cumplir con todos los presupuestos para su existencia o porque el juzgador utilizó 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. Esto conlleva al desconocimiento de una norma jurídica o de una garantía prevista en la Constitución, su inadecuada concepción, la aplicación fuera del ámbito de su gobierno en la facultad del juez y en el espacio que rige la norma y su equivocada concepción de su vigencia. La contravención normativa vuelve necesaria su defensa, 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. *Nomo* es un sufijo griego que significa *gobierno, regla o ley*, *filaquia* viene de *filo* o *fila* que significa amor o afirmación, por tanto, el acto de juzgamiento se ha de realizar con el ánimo de afirmar la voluntad de la ley teniendo como sustento cualquiera de las teorías o escuelas penales (clásica, positivista, causalista, neokantiana, finalista, funcionalista y dialéctica), dependiendo de la doctrina que mantenga la Sala de Casación, pero en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia como establece el Art. 1 de la Constitución de la República, este gobierno no solo se limita a la ley ordinaria que fue característica del Estado de Derecho, sino particularmente a la norma suprema, 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 y el debido proceso en cuanto a la ley sustancial. No cabe el recurso de casación por *error in procedendo* porque en nuestra legislación existe dicho recurso de manera autónoma por las causas o motivos previstos en el Art. 330 del Código de Procedimiento Penal b.) 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. c) Por último refiere a 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 tal caso y como presupuesto esencial, se debe determinar cuál es esa regla objetiva de valoración que ha sido violada para luego identificar el medio de prueba que ha sido valorado defectuosamente, señalando las fojas donde éste se encuentra, determinando la norma que regula esa operación intelectual, de forma precisa, no genérica, esto es, el artículo de la ley, demostrando los razonamientos de lógica jurídica completos, concretos y exactos de la trasgresión, es decir, los medios de prueba y las normas procesales que regulan la valoración; y, por último, identificando las normas sustantivas afectadas por esta defectuosa o irregular aplicación de la regla demostrativa que en la parte resolutive de la sentencia han sido equivocadamente aplicadas. Este yerro se produce cuando el juez se inventa una prueba no practicada, cuando se omite una prueba decisiva o importante, cuando se valora prueba ilícita y cuando se invierten a la norma medio en norma fin, es decir, la norma probatoria que se pretende infringida y el quebranto de la norma fin o sustancial. La falsa aplicación de la ley, hoy conocida como indebida aplicación, 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 de 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 respalda, esto es, motivada. Este defecto se conoce como inconsistencia. La motivación constituye una relación de vinculación del juez a la ley y al sistema del 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. Por último, la falsa aplicación se produce cuando se advierte vicios de ultra petita, extra petita y mínima, citra o infra 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 es diverso del sentido que le dio el legislador que la creó, bien porque al realizar la interpretación se 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 cumplien-

do los presupuestos expresados. **SEXTO.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:** Conforme se deja indicado, el recurrente se limita a describir las pruebas practicadas en la audiencia de juzgamiento, no a establecer las reglas de valoración que pudiesen haberse aplicado indebidamente o no haberse aplicado, mucho menos a determinar cuál es el medio de prueba, su ubicación en el proceso, la norma reguladora y su afección, ni la norma del derecho material o sustancial que se afectó a consecuencia de la falta o indebida aplicación de la regla de valoración de la prueba, si bien el artículo 358 in fine del Código de Procedimiento Penal prevé la casación de oficio, ésta solo cabe, cuando se advierten las siguientes situaciones jurídicas: 1.- Que se haya violado una norma fundamental, material, garantizada en la constitución o en alguno de los tratados internacionales sobre derechos humanos; y, 2.- Cuando se evidencia una irracional aplicación de la ley material no fundamental, lo cual solo es posible en la violación directa, en cualquiera de los 3 motivos especificados en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, pues no es admisible la casación de oficio por violación indirecta, porque al Juez de casación no le está permitido adentrarse a una revisión de la instancia a motu proprio, ni determinar las reglas de valoración de la prueba, mucho menos el medio de prueba que hubiese sido quebrantado. Por estos fundamentos, esta **Primera Sala Penal de Conjuces de la Corte Nacional de Justicia, HACIENDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA** inadmite el recurso de casación interpuesto por el Señor José Bajaña Gordillo, por indebidamente interpuesto; consecuentemente, se ordena la devolución del proceso al Tribunal de origen.- Notifíquese.-

Fdo.) Dres. Gerardo Morales Suárez, Arturo Pérez Castillo, Jorge Cadena Chávez, Conjuces 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 Alvarez Chacón, Secretario Relator (E).

#### No. 539-09-or

**PONENTE:** Dr. Milton Peñarreta Álvarez.

Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL.-** Quito, 28 de septiembre del 2011, las 15h40. **VISTOS:** El Dr. Edwin Pérez Reina, Fiscal de Pichincha, interpone recurso de casación de la sentencia dictada el 29 de marzo del 2010, por el Tribunal Sexto de Garantías Penales de Pichincha, el que les impone a cada uno de los sentenciados DIEGO JEFFERSON ROJAS BELTRÁN Y CARLOS ANDRÉS NARVÁEZ PEÑAFIEL la pena modificada de ocho meses de prisión correccional, como autores del delito tipificado y

reprimido por los Arts. 550 y 551 del Código Penal, con las agravantes contenidas en los numerales 2 y 3 del Art. 552 del mismo cuerpo legal, y en aplicación de las atenuantes 6 y 7 del Art. 29 en coordinación con el Art. 73 del Código Penal. El presente recurso de casación 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.- ANTECEDENTES:** El Dr. Edwin Pérez Reina, Fiscal de Pichincha ha interpuesto recurso de casación dentro del término de ley en el juicio que se sigue contra DIEGO JEFFERSON ROJAS BELTRÁN Y CARLOS ANDRÉS NARVÁEZ PEÑAFIEL, presuntos responsables del ilícito tipificado en el ART. 550 y 551 del Código Penal. **CUARTO.- DICTAMEN FISCAL:** El Dr. Alfredo Alvear Enríquez, Director de Asesoría Jurídica de la Fiscalía General del Estado al fundamentar el recurso de casación interpuesto por el Dr. Arturo Pérez Reina, Fiscal de Pichincha, manifiesta que se ha comprobado la existencia material de la infracción, así como la responsabilidad de los acusados, como autores de robo calificado, sin embargo de lo cual el Juzgador de instancia, violando el principio de legalidad conceptuado en el Art. 76 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador les impone ocho meses de prisión correccional, sin observar el principio de proporcionalidad y lesividad; que al haber actuado los sentenciados sobre seguro, en pandilla, utilizando armas de fuego, mediante violencia física, utilizando disfraces, imposibilitando al ofendido para defenderse, actuaciones delincuenciales probadas en la audiencia de juicio se ha violado el numeral 1 del Art. 30 del Código Sustantivo Penal; que el Tribunal Penal contravino expresamente las normas de los Arts. 551 y 552 del mismo cuerpo legal, cuando lo correcto era imponer la sanción obrante en el Art. 552 del Código Penal, por cuanto el mismo Tribunal Penal observa en la parte resolutive que los hechos se cometieron empleando circunstancias agravantes constitutivas del tipo y modificatorias de la pena, por ello, -expresa el Fiscal- se debió condenar a los sentenciados con reclusión menor ordinaria de 6 a 9 años, mas no con la pena modificada de ocho meses de prisión correccional, indicada en el Art. 551 del Cuerpo Sustantivo Penal como robo simple. Afirma que lo actuado por el Tribunal se lo hizo sin considerar las pruebas ordenadas, practicadas e incorporadas en la etapa del juicio, las cuales no fueron valoradas como corresponde y de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Manifiesta el representante del

Ministerio Fiscal que el Juzgador en la sentencia dictada en la presente causa con fecha 29 de marzo del 2010, a las 10h00, viola la Ley en vista de que ha hecho una falsa aplicación del Art. 73 del Código Penal, al haber modificado la pena existiendo agravantes y modificatorias de la infracción, contempladas en los numerales 2 y 3 del Art. 552 de la misma Ley, que configuran el tipo penal de robo calificado, pues los sentenciados actuaron con alevosía, sobre seguro, imposibilitando a los ofendidos para defenderse, lo que constituye agravantes genéricas contempladas en el numeral 1 del Art. 30 del Código Sustantivo Penal que no contempla atenuantes; por lo que correspondió al Juzgador aplicar la pena de 6 a 9 años de reclusión menor ordinaria, lo contrario genera la inobservancia de lo previsto en el Art. 29 de la Constitución de la República del Ecuador, que constituye la falta de motivación; y el numeral 6) respecto a la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, pues en el plano fáctico ha rebasado los límites impuestos por la sana crítica racional, por cuyas circunstancias no procede la rebaja de la pena, como indebidamente lo hace el Tribunal de Garantías Penales. Finaliza el Dr. Alfredo Alvear Enríquez su escrito de fundamentación solicitando se case la sentencia dictada por el Tribunal Sexto de Garantías Penales de Pichincha.

**QUINTO.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:** La casación tiene carácter de un recurso extraordinario que solo procede en los casos expresamente determinados en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, el cual prevé tres motivos taxativos para la admisibilidad de este recurso por violación de la ley material, que son: contravención expresa de la ley; indebida aplicación o errónea interpretación, lo que hace que cada una de ellas tenga su propia individualidad con características y circunstancias que las diferencia o las distingue. En el presente caso la Sala observa que la responsabilidad y la materialidad del delito se encuentran ampliamente probadas principalmente por las siguientes piezas procesales: **a)** testimonio del ofendido Mauricio Ponce Palacios que señala que su Empresa de Seguros COINVERSEG C.A., el 29 de enero del 2009 entre las 18h30 y las 19h00 fue objeto de asalto y robo, por los sentenciados entre otros, quienes para cometer el delito habían procedido a maniatarlos y rociarles gas en los rostro de los socios y empleados, para esto habían ingresado al parqueadero con un vehículo marca Chevrolet rompiendo el vidrio de la puerta principal, que en el vehículo se encontraban quince computadores, una central telefónica, **b)** Luis Miguel Holguín Salgado trabajador de la empresa anteriormente nombrada, afirma que el día señalado entraron a las instalaciones de la empresa varias personas cubiertas la cara, le rociarón gas, le botaron al suelo y lo amarraron; **c)** de Ana Karina Samaniego Pantoja, empleada de la empresa COINVERSEG C.A., que afirma que el día en cuestión entraron cuatro o cinco personas armadas, una de ellas la apuntó con un arma de fuego, por lo que les indicó el lugar en el que se encontraban sus compañeros, la amarraron, procediendo a desconectar las computadoras; identifica a los sentenciados como las personas que ingresaron a la empresa, esto es a Carlos Narváez y Diego Rojas, siendo el primero quien le apuntó con un arma de fuego, señala también que todas las personas que ingresaron a las instalaciones se encontraban con gorras y cubiertos sus rostros, pero que luego se las sacaron; dice también –la testigo- que el arma de fuego que se le pone a la vista es la misma con la que le amenazaron,

y no le rociaron gas, pero si la amarraron con cinta de embalaje, y que las computadoras ya se encontraban en el vehículo, que se produjo un tiroteo luego que llegó la Policía por la llamada de su jefe Mauricio Ponce; **d)** del Sargento de Policía José Morales León que afirma que el revólver marca Taurus aprehendido como evidencia física, es de fabricación brasilera, calibre 38 que a la prueba de nitroderivados dio como resultado positivo, lo que indica haber sido disparado luego de su última limpieza; **e)** del Subteniente de Policía Juan Carlos Triviño Baños que afirma que mientras se trasladaba en auxilio de la llamada, ubicó a los ciudadanos Rojas y Narváez quienes caminaban juntos y ante la presencia de la Policía Narváez arrojó un objeto y al realizar el cacheo se encuentra en su poder el gas pimienta, mientras que Rojas portaba un desarmador, que al llegar al lugar de los hechos ambos son reconocidos por Ana Karina Samaniego Pantoja como los sujetos que cometieron el delito, y afirma –el Subteniente Triviño- que al regresar a verificar el objeto arrojado por Narváez encuentra el revólver marca Taurus. Es importante y oportuno referirnos conceptualmente al robo como aquella conducta ilícita en la que un sujeto se apropia de cosa mueble ajena con el fin de obtener provecho para sí o para otro, sustrayéndola del lugar en que se encuentra sin consentimiento de la persona que posee; nos dice al respecto Barrera Domínguez: *“La conducta se concreta en la desposesión de cosas muebles para llevarlas al delincuente a su posesión, mediante una actividad de apoderamiento”*<sup>1</sup>. Por otro lado, Sebastián Soler manifiesta: *“La acción de apoderarse debe consistir en poner bajo su dominio y acción inmediata una cosa que antes de ello se encontraba en poder de otro”*<sup>2</sup>. Debemos considerar, que el presente caso se encuentra evidentemente agravado por las circunstancias constitutivas descritas en el Art. 552 del Código Penal Ecuatoriano: *“1a.- Si las violencias han producido heridas que no dejen lesión permanente; 2a.- Si el robo se ha ejecutado con armas, o por la noche, o en despoblado, o en pandilla, o en caminos o vías públicas; 3a.- Si se perpetrare el robo con perforación o fractura de pared, cercado, techo o piso, puerta o ventana de un lugar habitado o sus dependencias inmediatas”*; por otro lado no debemos dejar pasar lo que nos dice a continuación nuestro cuerpo legal: *“Cuando concurren dos o más de las circunstancias a que se refiere este artículo, la pena será de reclusión menor de seis a nueve años.”*; tampoco podemos olvidar que al haber actuado las agravantes descritas anteriormente, no pueden actuar las atenuantes que el Tribunal considera para la imposición de la pena, lo que conlleva a no considerar los límites que nos impone la lógica y la sana crítica. En la sentencia impugnada, a la luz de la razón se observa con claridad la forzada interpretación de los hechos y la mala aplicación de la norma jurídica que es la esencia de la casación, la garantía de la Justicia encaminada al bien, en este caso a la seguridad social. Por lo expuesto, esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia en armonía

<sup>1</sup> DICCIONARIO CONCEPTUAL DE DERECHO PENAL, QUINCENO Fernando, pg. 348, Editorial Jurídica Bolivariana, REIMPRESIÓN 2004

<sup>2</sup> DICCIONARIO CONCEPTUAL DE DERECHO PENAL, QUINCENO Fernando pg. 348, Editorial Jurídica Bolivariana, REIMPRESIÓN 2004

con el Ministerio Fiscal **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, casa la sentencia dictada por el Tribunal Sexto de Garantías Penales de Pichincha, en contra de DIEGO JEFFERSON ROJAS BELTRÁN Y CARLOS ANDRÉS NARVÁEZ PEÑAFIEL, imponiendo a cada uno de ellos la pena de SEIS AÑOS DE RECLUSIÓN MENOR ORDINARIA como autores del delito tipificado y reprimido por los Arts. 550 y 551 del Código Penal, con las agravantes contenidas en los numerales 2 y 3 del Art. 552 del mismo cuerpo legal, pena que la cumplirán en el Centro de Rehabilitación Social de la ciudad de Quito, descontándose de ésta, el tiempo que hayan permanecido privados de su libertad por la presente causa. Se llama la atención severamente a los miembros del Tribunal Sexto de Garantías Penales de Pichincha, por no haber hecho una correcta aplicación de la ley. Remítase el oficio respectivo al Señor Jefe de la Policía Judicial de Pichincha, a fin de que proceda a la localización y captura de los sentenciados, a fin de que cumplan la pena impuesta. **Notifíquese y devuélvase.-**

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

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

**No. 548-2009**

**PONENTE:** Dr. Milton Peñarreta Álvarez (Art. 141 COFJ).

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL.-** Quito, 17 de agosto de 2011; a las 15H30.- **VISTOS:** SILVIA ALVARADO MANZANO ha sido sentenciada por el delito de DISPOSICIÓN INDEBIDA DE PRENDA tipificada y sancionada en el Art. 574 del Código Penal a QUINCE DÍAS DE PRISIÓN, por haber presentado las atenuantes descritas en los numerales 6 y 7 del Art. 29 del Código Penal y multa de CIEN DÓLARES de los Estados Unidos de Norteamérica. Por no estar de acuerdo con esta sentencia SILVIA ALVARADO MANZANO 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:** 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 DE CASACIÓN:** La procesada SILVIA ALVARADO MANZANO, en lo principal de su fundamentación expresa que es demandada como representante legal de la empresa accionada en la jurisdicción civil; y, es juzgada, en la jurisdicción penal, también como representante legal de la misma empresa; se dicta el fallo condenatorio en contra de la representante legal, por el delito previsto y sancionado en el Art. 574 del Código Penal. Es decir –manifiesta la casacionista- que el injusto que se supone ha sido materia del procesamiento penal, es una persona jurídica juzgada a través de quien la representa; y si bien es cierto que la parte civil previa, suple únicamente la naturaleza ficticia de la persona colectiva es inadmisibles que por sí sola, reproduzca el tipo penal incriminado a la representante legal, sin que se advierta en el fallo participación personal y directa en el tipo penal que se incrimina. En principio ni la Constitución de la República del Ecuador, ni instrumento alguno de Derecho Internacional Público, peor el Código Penal Ecuatoriano que es hecho para incriminar y sancionar a la conducta del sujeto individual “persona natural”, puede tener alcance para que, mediante interpretación extensiva del tipo penal, se lesione de esta manera el principio de legalidad. Manifiesta también la procesada que la naturaleza de la presente acción se encuentra dentro del esquema procesal penal de excepción en el orden jurídico, por su origen, al evacuarse la causa dentro de la denominada por la doctrina “prejudicialidad”; –empero de que, es mediante auto, el que se remite la causa a la jurisdicción penal, al no haber sido exhibida la cosa materia de la prenda. Por otro lado, añade la casacionista, que la norma procesal que incrimina el delito de disposición fraudulenta de la prenda de comercio, no está en vigencia, porque el tipo penal incriminado señala al sistema procesal inquisitivo para el procesamiento penal derivado del hecho civil, al ubicar la jurisdicción penal en el juez de lo penal para el procesamiento. Señala que los errores de derecho se establecen en virtud de la violación en sentencia de los Arts. 1 del Código de Procedimiento Penal, y 24 en razón de no haber juicio previo; al haber forzado la presencia del Ministerio Público; Art. 24 números 7, 10 y 11 de la Constitución de la República del Ecuador.- Art. 2 ausencia de legalidad, Código de Procedimiento Penal y Código Penal, ante la ausencia de norma penal incriminatoria.- Art. 24 de la Constitución de la República del Ecuador.- Art. 4 del Código Penal, por haberse dictado la sentencia mediante interpretación extensiva. **CUARTO.- DICTAMEN FISCAL:** El Dr. Washington Pesántez Muñoz, Fiscal General del Estado al fundamentar su escrito expresa que el Segundo Tribunal Penal del Azuay hace un análisis prolijo y detallado de las diferentes pruebas que fueron actuadas en

el transcurso de la audiencia oral de juzgamiento, las mismas que en su conjunto le han permitido concluir de manera lógica y razonada, al tenor de las reglas de la sana crítica, según lo dispone el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal, que se ha comprobado conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad de la acusada. Añade también que para que el ilícito se configure, el sujeto activo debe tener la calidad de deudor y proceder a remover o permitir que se remuevan del lugar en que se efectúa la explotación industrial o agrícola, los objetos dados en prenda industrial o agrícola; o que por su negligencia causare la desaparición o deterioro de los mismos, los cambiare, abandonare o diere en garantía como suyos, sin que le pertenezcan. En el presente caso – manifiesta el Fiscal General del estado- que el órgano sentenciador ha ponderado adecuadamente las pruebas de cargo y de descargo que permitieron condenar a la acusada Silvia Viviana Alvarado Manzano, al contar con la certeza necesaria en lo que tiene que ver la adecuación de su conducta a los elementos constitutivos del delito descrito en el Art. 574 del Código Sustantivo Penal, sin que se refieran como sujeto activo de la infracción a una persona jurídica, sino a su representante legal, que es precisamente la persona que comparece a suscribir la escritura pública de prenda industrial abierta, previa autorización conferida por la Junta Extraordinaria de Accionistas; y es la persona que pese a las varias comunicaciones remitidas por la Fiscalía y a través de los abogados de la compañía “Constructora de Caminos S.A.” no comparece a rendir su versión, ni mucho menos exhibió la prenda según los requerimientos judiciales del caso. La recurrente alega la violación de la ley en el fallo, fundamentalmente por dos situaciones que a su criterio implican un error de derecho. La primera se refiere a que desde su particular punto de vista, el proceso penal se lo tramita en contra de una persona jurídica, obviando el hecho jurídico de que precisamente los entes ficticios son capaces de ejercer derechos y adquirir obligaciones a través de su representante legal, quien asume el compromiso de responder por todas sus acciones y omisiones que puedan afectar el buen negocio de la empresa, como claramente se observa en el presente expediente, por cuanto se evidencia que es ella quien comparece a suscribir el contrato de prenda industrial, es decir, tenía pleno conocimiento que la compañía “Constructora de Caminos S.A.” asumió la calidad de deudora y debía respetar el lugar convenido para la permanencia de la maquinaria; a más de ser la acusada a quien se dirigieron los varios requerimientos judiciales para que se exhiba el bien dado en prenda, así como también para que comparezca a suministrar los datos necesarios para el descubrimiento de la verdad histórica dentro del procedimiento penal; circunstancias que no se cumplen y evidencia la comprobación tanto de la existencia material de la infracción como su correlativa responsabilidad penal. En segundo lugar, Silvia Alvarado Manzano se refiere a que el proceso penal acusatorio, vigente desde enero del 2000, no prevé que el fiscal actúe frente al delito contemplado en el Art. 574 del Código Penal, por cuanto en su inciso final determina que el Juez de lo Civil remitirá las actuaciones al juez penal; pero pasa por alto que estamos frente a un delito de acción pública, de aquellos, como en otros casos, que por omisión del legislador, no se especificó que será a la Fiscalía General del Estado quien emita los indicios de responsabilidad penal al no haberse cumplido con el trámite de exhibición de la prenda; empero, el legislador no despenalizó esta conducta ni tampoco la colocó dentro de

los delitos de acción privada, de ahí que acertadamente se remitieron los autos a la Fiscalía del Azuay, no en aplicación de una hermenéutica jurídica extensiva, sino porque en el actual procedimiento, el único y exclusivo titular de la acción penal pública es el Fiscal, quien a nombre de la sociedad investiga y acusa los hechos lícitos como el del presente caso; argumentos todos que determinan la inconsistencia jurídica con la cual se fundamenta el recurso de casación interpuesto. Finaliza –el fiscal- su escrito solicitando se declare improcedente el recurso casatorio. **QUINTO.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:** La casación tiene carácter de un recurso extraordinario que solo procede en los casos expresamente determinados en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, el cual prevé tres motivos taxativos para la admisibilidad de este recurso por violación de la ley material, que son: contravención expresa de la ley; indebida aplicación o errónea interpretación, lo que hace que cada una de ellas tenga su propia individualidad con características y circunstancias que las diferencia o las distingue. No es posible en el recurso de casación efectuar una valoración de la prueba, esta es una facultad soberana del Juzgador de Instancia y precisamente por el Segundo Tribunal Penal del Azuay ha hecho una valoración adecuada de las pruebas actuadas en juicio en evidente aplicación de las reglas de la sana crítica establecidas en el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal; se hace necesario recalcar que el ordenamiento jurídico le da al Juzgador amplias posibilidades para el ejercicio de la valoración probatoria a través de la sana crítica, es decir, una apreciación basada en la razón, en la lógica, la experiencia y la ponderación; por consiguiente en el evento que se alegue infracción a la ley en este particular, los errores en los que se pudiera caer serían ajenos a ello, que en sentido jurídico no son idóneos para promover una impugnación casatoria. La señora Viviana Alvarado Manzano patrocinada por el doctor Rodrigo Bucheli Mera, fundamenta su recurso casatorio, constante de fojas 5 a 11 del cuadernillo de la Sala donde hace argumentaciones amplias referentes a dos circunstancias, la primera se refiere desde su punto de vista que la persona jurídica es un ente abstracto sujeto de derechos y obligaciones como lo es la “Compañía Constructora S.A.” mas no de responsabilidad penal, pero se observa en el presente expediente que es la casacionista la que comparece a suscribir el contrato de prenda industrial, es decir, tenía pleno conocimiento que la empresa asumió la calidad de deudora y debía respetar el lugar convenido para la presencia de la cosa prendada, además la acusada recibió requerimientos judiciales para que exhiba la maquinaria, así también para que comparezca a suministrar los datos para el descubrimiento de la verdad, que no lo cumple y prueba tanto la existencia de la infracción como su responsabilidad y culpabilidad penal. También expresa la recurrente que el procedimiento penal acusatorio en vigencia no prevé que el Fiscal actúe frente al delito contemplado en el Art. 574 del Código Penal, por cuanto en su parte final indica que el juez de lo civil enviará las actuaciones al juez penal, sin considerar que la infracción acusada es de acción pública, y por consiguiente es el fiscal el que debe impulsar este tipo de delitos, específicamente el indicado en la disposición jurídica señalada, por cuanto el único y exclusivo titular de la acción penal pública es la Fiscalía General del Estado. De esta manera acogiendo el informe del Fiscal General del Estado, Dr. Washington Pesántez Muñoz, 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 SILVIA ALVARADO MANZANO, sin embargo de lo cual, de oficio, se deja en suspenso el cumplimiento de la pena de prisión, al cumplirse los presupuestos del Art. 82 del Código Penal. Se dispone se devuelva este proceso al Tribunal de origen para el trámite de ley. **Notifíquese y devuélvase.**- Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada, Milton Peñarreta Álvarez: Jueces Nacionales.

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

**Razón:** Asiento por tal que las cuatro (4) copias que anteceden son iguales a su original. Quito, 29 de agosto de 2011. Certifico.

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

---

No. 588-09-or

**PONENTE: Dr. Milton Peñarreta Álvarez**

**Artículo 41 del Código Orgánico de la Función Judicial**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL.-** Quito, 8 de septiembre del 2011, a las 17h00.- **VISTOS:** Avocamos conocimiento de la causa 588-2009 por el delito de peculado, tipificada y sancionada en el Art. 257 del Código Penal, por cuanto la Segunda Sala de lo Penal, Tránsito y Colutorios de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, el día 31 de octubre del 2008, a las 11h29, ha absuelto a Winston Palermo Mielles García y Walter Enrique Chinga Loor. De esta sentencia, el doctor Ramón Loor Pincay, Fiscal Provincial de Manabí, 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.- INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN:** El abogado Ramón Loor Pincay, Fiscal Provincial de Manabí, encargado, interpone el recurso de casación de la sentencia pronunciada el 31 de octubre de 2008, por la Segunda Sala de lo Penal, Tránsito y Colutorios de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, en la que absuelve a los acusados antes mencionados por el delito de peculado, por el cual fueran llamados a juicio, manifestando que durante la audiencia de juicio se demostró que los dineros pagados por los acusados en razón de su cargo fueron gastados contraviniendo las normas específicas y precisas que regulan su inversión, y que están señaladas en la Ley de Contratación Pública y la Ley de Régimen Municipal, lo que dio como resultado que se cometiera el delito de peculado, ya que el bien jurídico que protege el Art. 257 del Código Penal es el deber de probidad del servidor público, delito que por su naturaleza es fraudulento; la Sala al dictar sentencia absolutoria no realizó una correcta valoración de la prueba. **CUARTO.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO:** El doctor Washington Pesántez Muñoz, al fundamentar el recurso de casación interpuesto por el abogado Ramón Loor Pincay, Fiscal Provincial de Manabí, expresa que la Segunda Sala de lo Penal, Tránsito y Colutorios de la Corte Provincial de Justicia de Manabí no realizó una real valoración de las pruebas aportadas en audiencia de juzgamiento, se ha trasgredido los méritos procesales que debieron haber servido para que la Sala dicte sentencia condenatoria, pues de las pruebas presentadas se infiere que los acusados están comprendidos en el Art. 42 del Código Penal y deben ser condenados con las penas señaladas en el Art. 257 ibidem, pues sus actos son principales, necesarios, directos e inmediatos para la consumación del delito, habiéndose demostrado que los dineros pagados por éstos en razón de su cargo fueron gastados contraviniendo las normas que regulan su inversión constantes en la Ley de Contratación Pública y Régimen Municipal, lo que produjo como resultado el cometimiento del delito de peculado, que por su naturaleza es fraudulento; concluye señalando que al haber dictado sentencia absolutoria la Sala no realizó una correcta valoración de la prueba, violando los Art. 79, 83, 84, 86, 87 y 90 del Código de Procedimiento Penal; y, Art. 97 numeral 14 y 120 de la Constitución anterior. Concluye solicitando a la Sala se declare procedente el recurso casatorio interpuesto. **QUINTO.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:** La casación 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 haberse hecho una falsa aplicación de ella, ya en fin, por haberla interpretado erróneamente. De tal manera que, no se trata de otra instancia, sino de un recurso extraordinario que por su naturaleza es limitado, sin que la Sala pueda realizar un nuevo examen del acervo probatorio, ni de los medios intelectivos mediante los cuales el juzgador llegó a determinar la responsabilidad penal del acusado.- 2).- Sin embargo de lo expresado, y únicamente con la finalidad de determinar la concreta tipificación de la infracción, así como la responsabilidad de los procesados, la Sala si puede analizar si el juzgador realizó una correcta aplicación de la ley en correlación a los hechos evidenciados en el proceso. 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. No es posible en el recurso de casación efectuar una valoración de la prueba, esta es una facultad soberana del Juzgador de Instancia; se hace necesario recalcar que el ordenamiento jurídico le da al Juzgador amplias posibilidades para el ejercicio de la valoración probatoria a través de la sana crítica, es decir una apreciación basados en la razón, **en la lógica**, la experiencia y la ponderación. En el presente caso la Sala considera que no existe violación de la ley expresa, ya que el juzgador ha actuado conforme a derecho, como lo manifiesta en fojas 539 hasta 555 del cuadernillo de la Segunda Sala de lo Penal, Tránsito y Colusorios de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, indicando con claridad que no se ha determinado que en la conducta de los acusados haya existido ánimo o afán de lucro, por lo tanto no está establecida de acuerdo a derecho la objetividad ideológica del delito y esto a su vez como consecuencia lógica nos evidencia la falta de existencia de dolo por parte de los acusados pues no se encuentra esa intención positiva de hacer daño para beneficiarse a sí mismo o a un tercero. El peculado tiene un doble aspecto: a) Constituye una infracción al deber de probidad de los servidores públicos en el manejo de los fondos estatales, que le están confiados, y, b) Conlleva una lesión a los intereses patrimoniales de la Función Pública; y lo que es más, se convierte en una ofensa del deber de fidelidad. Por las pruebas aportadas en juicio por parte de la propia fiscalía se desprende que no han sido suficientes para probar el delito por el que se imputa a los acusados, no se ha abusado de dineros públicos o privados, pues tuvieron consentimiento y autorización por parte de la Corporación Municipal de Olmedo para que compren el volquete USADO como consta tanto en el informe pericial como la declaración jurada del economista ANGEL QUIROZ PARRALES que consta de autos. Por otra parte, luego de un análisis exhaustivo de la sentencia, se advierte que existe coherencia entre las partes considerativa y resolutive, que la conclusión es lógica desde la perspectiva jurídica, pues la valoración de la prueba es la adecuada, sin que existan violaciones a las normas constitucionales y legales como lo sostiene el recurrente, de manera que, al no existir en la sentencia ninguna causal de violación establecidas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, 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 el Ministerio Fiscal. Se dispone se devuelva este proceso al Juez de origen para la ejecución de la sentencia recurrida. **Notifíquese.-**

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Dr. Hernán Ulloa Parada, Dr. 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. 635-09**

**DELITO:** TRANSITO  
**PROCESADO:** ROSA VICTORIA GUANOLUISA COFRE  
**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, a las 10h00.- **VISTOS:** La presente causa sube en grado en virtud del recurso de casación, interpuesto por Rosa Victoria Guanoluisa Cofre, de la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Ibarra, de 2 de diciembre del 2008, a las 16h00, la que aceptando el recurso de apelación presentado por el Dr. Gustavo Ernesto Torres Anangonó, Agente Fiscal de Imbabura, le sentencia a la pena de sesenta días de prisión y al pago de indemnización de daños y perjuicios, como autora del delito de tránsito tipificado y reprimido por los Arts. 76 y 79 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre. Concluido el trámite y siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.-** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1; Disposición Transitoria Octava de la Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en el R.O. No. 449 del 20 de octubre del 2.008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa: 001-08-SI-CC de fecha 28 de noviembre del 2.008, dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; la Resolución Sustitutiva dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre del 2008 y publicada en el Registro Oficial 511 del 21 de enero del 2009; y, el sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de Jueces Nacionales de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento de la presente causa penal.- **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Examinado el expediente, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pueda afectar la decisión de esta causa, por lo que se declara expresamente su validez. **TERCERO: FUNDAMENTACIÓN DE LA RECURRENTE.-** La recurrente al fundamentar el recurso, indica que la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia, al dictar sentencia ha violado el Art. 113 del

Código Penal; el Art. 549 del Código de Procedimiento Penal, en materia penal de tránsito una persona debe ser condenada al pago de daños y perjuicios, si existe sentencia condenatoria en su contra como responsable de la infracción, la que de ninguna manera debe estar sujeta a condiciones. Afirma también que en su condición de mujer, comerciante por haberse mantenido en el lugar del accidente protegiendo la mercadería, y auxiliando a los motociclistas “y estos declararon expresamente que reconocieron que el conductor de la camioneta era un hombre” esto demuestra de que la pena que se imponga debe hacerse a esta persona más no a su propietario, porque el propietario del vehículo conforme lo determina el capítulo segundo de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y seguridad Vial, la antigua Ley de Tránsito, el propietario del vehículo solo responde civilmente en el caso de que se establezca responsabilidad penal sobre el conductor, en consecuencia la transformación que de este proceso ha fraguado la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura es abrumante, vergonzosa, no se compadece ni con el proceso ni con la ley. **CUARTO: DICTAMEN FISCAL.-** El Dr. Washington Pesantez Muñoz, Fiscal General del Estado, manifiesta en su considerando SEGUNDO: que del análisis de la sentencia, cuya casación se reclama, para determinar si en ella se ha violado la ley, por cualquiera de las formas señaladas en la norma del Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, en el Considerando Cuarto, la Sala señala que se ha comprobado la materialidad de la infracción, con: a) Reconocimiento médico legal practicado en las personas de Henry Oscar Chiriboga Mera, con una incapacidad laboral de 16 a 59 días y a Ronald David Sarango López, una incapacidad para el trabajo de 60 a 90 días; b) Reconocimiento del lugar donde se produjo el accidente ubicado entre las calles Antonio Cordero y Carlos Emilio Grijalva de la ciudad de Ibarra; c) Informe técnico mecánico de los vehículos y avalúo de los daños materiales que presenta la camioneta Mazda, IBN-700, por la cantidad de \$ 300,00; los daños materiales que presenta la motocicleta marca Ranger Placa I. 03807 de \$200,00. En cuanto a la responsabilidad de la procesada Rosa Victoria Guanoluisa Cofre se prueba con: a) El informe pericial de reconocimiento del lugar del accidente, ocurrido en la intersección de las calles Antonio Cordero y Carlos Emilio Grijalva de la ciudad de Ibarra, en la que existe una señal de pare para los vehículos que circulan por la calle Carlos Emilio Grijalva, señal que fue inobservada por el conductor de la camioneta Mazda, placas IBN-700, de propiedad de Rosa Guanoluisa; b) La propietaria de la camioneta Rosa Victoria Guanoluisa Cofre, en lo principal indica, que el día lunes 21 de abril del 2008, a eso de las 15h00 de la tarde, se encontraba sentada al costado derecho del asiento delantero, mientras conducía Luis Alfredo Lizano Freire, en contra de quien no se ha hecho extensiva la Instrucción Fiscal ni se ha practicado diligencia alguna para establecer su responsabilidad; por lo que el Juzgador de Instancia considera pertinente aplicar la norma del Art. 63 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, que dice: “... que en caso de no saber quien conducía el vehículo, la responsabilidad penal recae sobre el propietario. Por las referidas consideraciones, la Sala de lo Penal, revocando la sentencia absolutoria dictada por el Juez Primero de Tránsito de Imbabura, consideró que existe justificada la existencia material de la infracción así como la responsabilidad penal de la acusada Rosa Victoria

Guanoluisa Cofre; y de conformidad a lo dispuesto en los Arts. 76 y 79 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, le impone la pena de sesenta días de prisión y el pago de daños y perjuicios ocasionados por el accidente. Por lo expuesto solicita que la Sala rechace por improcedente el recurso interpuesto por Rosa Victoria Guanoluisa Cofre. **QUINTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.- 1).** La doctrina tradicionalmente ha clasificado en dos a los motivos por los cuales se considera procedente la interposición del recurso de casación, lo cual ha sido recogido mayoritariamente por las legislaciones de los distintos países. Como señala el profesor San Martín Castro: “Dos son las clases o modalidades de recurso de casación que permite la ley. Se trata del recurso de casación formal, o por quebrantamiento de forma, y del recurso de casación de fondo, o por infracción de la ley material. Por el primero se denuncian los vicios in procedendo, en cambio por el segundo se denuncian los vicios in iudicando”. De esta forma, la distinguida doctrina menciona: “(...) la lesión del Derecho material en la sentencia impugnada, revisada por el Tribunal de casación con motivo de la llamada casación sustantiva permite determinar si el Derecho material ha sido correctamente aplicado al hecho comprobado por el Tribunal de mérito. Junto a ello, también pueden ser atacados, a través de la llamada casación procesal, los errores procesales del Tribunal inferior”. Como vemos, en primer lugar, se ubican los errores in iudicando o errores relativos al derecho sustantivo o material penal, que son aquellos referidos a la violación o falsa aplicación de la ley. La violación de una ley es entendida como el error en juicio, es decir, la desviada interpretación de una voluntad abstracta de la ley o la afirmación de una voluntad abstracta de la ley inexistente. En cuanto a la falsa aplicación de la ley, puede configurarse tanto cuando luego de entendida una norma se hace aplicación de la misma a un hecho que no está regulado por ella y, cuando se aplica una ley de forma que se llega a conclusiones jurídicas contrarias a las queridas por ella misma. Un elemento importante a tomar en cuenta sobre el particular, es que se necesita que la violación o falsa aplicación de la ley, cause peligro a la uniformidad de la jurisprudencia en tanto implica la aplicación de una ley como un mandato de alcance general; en consecuencia, para que proceda casar en error in iudicando no basta que la parte dispositiva resulte injusta en concreto, sino que esa injusticia del caso singular sea el efecto de uno de los errores que, considerado en sí mismo y teniendo como finalidad el mantenimiento de la unidad de la jurisprudencia, se haga merecedor de tal censura. En segundo lugar, los errores in procedendo o aquellos referentes al derecho procesal o formal, responden al quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, contravenciones a preceptos de derecho procesal, pero cuya gravedad ha de ser importante, en lo tocante al proceso y la sentencia. La misión de este extremo de la casación es reconducir el proceso al punto en el que el vicio se concretó y hacer posible su continuación sin entrar a conocer el fondo, sobre el cual una vez subsanada la falta, habrían de pronunciarse los Tribunales de instancia. En buena cuenta el Profesor San Martín, reseña claramente la diferencia existente entre ambos errores: La casación por quebrantamiento de forma sirve para impugnar las resoluciones viciadas por carencia de algunos de los presupuestos de la formación procesal de aquéllas; se trata de una infracción a la ley procesal, aunque referida tan sólo a los vicios establecidos de manera taxativa en la ley. **2).**-

Por otro lado, la casación por infracción de ley sirve para impugnar resoluciones que presentan vicios por carencia de los presupuestos de su calidad, producidos bien por error in iure, bien por error in ipso, al no aplicar correctamente la ley material. De otro lado, algunos autores han considerado que además de estas causales, existen otros dos motivos o causas que sustentan la procedencia del recurso de casación, hablamos de la ilogicidad de la motivación de las resoluciones judiciales y de aquellas causales relacionadas con los hechos, específicamente con la apreciación y subsunción de los hechos en la norma jurídica y la valoración de los medios probatorios. En lo que respecta a la ilogicidad de la motivación de las resoluciones, hay autores que sostienen que la falta o deficiencia en la fundamentación, es decir, la incongruencia entre la parte considerativa y la parte resolutive de la sentencia, puede ser considerada como causal casatoria. Según el profesor Carrión Lugo, el control de la logicidad se refiere a la carencia, a la insuficiencia, a la apariencia, a la deficiencia de motivación. **3).**- En las sentencias pueden resolverse varios extremos o puntos controvertidos y, sin embargo, pueden darse casos en que uno de ellos carezca del fundamento que lo sustente. Entonces, el órgano supremo entrará a analizar el razonamiento lógico usado por el Juez de instancia para expedir su resolución, deberá corroborar que efectivamente la fundamentación en la que se sustenta su pronunciamiento está revestida de las reglas y mandamientos de la lógica y que se apoya en una suficiencia probatoria. Sin embargo, aquí parece presentarse un problema, toda vez que estaríamos entrando a analizar elementos de hecho, distorsionando de este modo la finalidad de la casación, reservada para las lesiones al derecho material o procesal y no para analizar el sustento fáctico que se tiene por sentado. En ese sentido, debe acotarse que los fundamentos de una resolución se sustentan tanto en elementos de hecho como en calificaciones jurídicas y por lo tanto, cuando el Tribunal Casatorio entre a considerar en un caso en concreto la motivación de la sentencia, es decir, si se ha respetado las reglas de la lógica o no, indefectiblemente, tendrá que analizar los fundamentos de hecho y los medios probatorios que los sustentan, cuestionando lo que debe darse por sentado. Bajo tales premisas, consideramos que dicha causal no debe ser acogida ya que, como hemos demostrado, desnaturaliza la esencia del recurso en estudio. Por otra parte, existe una corriente doctrinaria que propugna que el recurso de casación debe abarcar un control sobre los hechos y la valoración de los medios probatorios, en tanto ello constituye una orientación dirigida a la realización de la justicia al caso en concreto. Así se señala en la doctrina nacional: "... en doctrina, se señala como finalidad del recurso de casación, además de controlar la legítima aplicación de las normas jurídicas (función nomofiláctica) y lograr la unificación de los criterios de decisión judicial (función unificadora), la de obtener la justicia en el caso en concreto (función justiciera), recurriendo al efecto, entre otros, el control fáctico del proceso." **4).**- 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 mas disposiciones de tránsito o de órdenes legítimas de las autoridades y agentes a cargo del control y vigilancia. **5).**- En el caso en cuestión no se advierte que la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Ibarra, haya incurrido en violaciones que menciona la recurrente, toda vez que se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 304-A del Código de Procedimiento Penal, que señala que la sentencia tiene que ser motivada y que cuando el juzgador tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable, dictará sentencia condenatoria. Dicha Sala hace una valoración en conjunto de la prueba conforme el Art. 97 de la Ley de Tránsito y el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal. Por otra parte se advierte que la recurrente afirma que quien se encontraba conduciendo su vehículo, era Luis Alfredo Lisano Freire, a esto podemos acotar que en la audiencia de prueba y juzgamiento no se ha producido la justificación suficiente que llegue a determinar que Luis Lisano Freire era quien conducía el vehículo, tampoco se ha establecido que la imputada haya sido la que provocó el accidente, por lo cual el juzgador atañe el hecho culposo a lo preceptuado en el Art. 63 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre que textualmente dice: "Si como resultado de un accidente de tránsito quedara abandonado un vehículo y se desconociere la persona que lo conducía, mientras no se pruebe lo contrario, se presumirá que el conductor era su dueño". Y al haberse comprobado que la propietaria de la camioneta Mazda color gris, placas IBN-700, pertenece a Rosa Victoria Guanoluisa Cofre, el delito culposo se configura con lo preceptuado en líneas anteriores por lo que la imputada deberá reparar los daños y perjuicios ocasionados, y cumplir la pena impuesta por las lesiones causadas a Ronald David Sarango López, de conformidad con lo dispuesto por los Arts. 76 y 79 de la ley de Tránsito y Transporte Terrestre. Por lo expuesto, **"ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA"**, al tenor de lo que dispone el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por señora Rosa Victoria Guanoluisa Cofre, pero se deja sin efecto el cumplimiento de la pena, al amparo de lo previsto en el Art. 82 del Código Penal. Devuélvase el proceso al órgano jurisdiccional de origen para los fines de ley.- Notifíquese y Cúmplase.

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 Alvarez Chacón, Secretario Relator (E).

No. 659-09-or

**JUEZ PONENTE:** Dr. Luis Moyano Alarcón.

Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA - PRIMERA SALA DE LO PENAL.** Quito, 12 de septiembre del 2011, las 17h40.- **VISTOS:** La sentenciada Nelly Calle Altamirano interpone recurso de casación de la sentencia condenatoria dictada por el Primer Tribunal Penal del Cañar, el día 22 de agosto del 2008, a las 10H00, que le impone la pena modificada de UN AÑO de prisión correccional, por ser autor del delito tipificado y sancionado en el Arts. 440-A ; El recurso presentado fue fundamentado dentro del término que tenía para hacerlo, habiéndose corrido traslado con el mismo al señor Ministro Fiscal General del Estado, quien contestó, de conformidad con lo que establece el Art. 355 del Código de Procedimiento Penal. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.-** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1; Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador publicada en el R.O. No. 449 de 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; Resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre de 2008, publicada en el R.O. No. 511 de 21 de enero del 2009 y el sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de Jueces Nacionales de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento del presente juicio penal. **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad; por lo que este Tribunal de Alzada declara la validez de esta causa penal. **TERCERO: FUNDAMENTACION DEL RECURSO.- 1.-** La recurrente en su escrito de fundamentación dice lo siguiente: Interpuse mi recurso, basada en el hecho de que en la sentencia recurrida, se ha violado la ley, específicamente al contravenir expresamente a su texto. Concordante con esto, debo puntualizar que se ha contravenido la norma contenida en el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal, que entre otras cosas dispone que "...Cuando el Tribunal tenga certeza de que está comprobada la existencia del delito y del que el procesado es responsable del mismo, dictará sentencia condenatoria. Si no estuviere comprobada la existencia del delito o la responsabilidad del procesado, o si existiere duda sobre los hechos..., dictará sentencia absolutoria..." En el presente proceso, se me ha puesto una sentencia condenatoria por supuestamente ser la responsable tipificado y sancionado art. 440 A del Código Penal vigente a la fecha de comisión de la infracción, norma que textualmente reza: "...El que por medios ilegales facilitare la migración de personas nacionales o extranjeras hacia otros países, siempre que ello no constituya infracción más grave será reprimido con la pena de reclusión menor ordinaria de tres a seis años". Señores Magistrados, el Tribunal Penal de Cañar contraviene lo que textualmente

consagra el Art. 440-A del Código Sustantivo Penal, incluso sobre la aplicación de la Pena, mismo que contempla la pena de reclusión menor de tres a seis años, imponiéndome una pena de un año de prisión; y, no me impone porque sea culpable sino quién sabe por qué?, ya que lo que es blanco es blanco y lo que es negro es negro, o es que dicho Tribunal hace costumbre cotidiana la lenidad de la Justicia?, o sea castigar casi simbólicamente lo que debe realmente reprimirse con el mínimo o máximo de la pena?. En la etapa de juicio, el señor Agente del Ministerio Público, al actuar prueba, pide se tenga como prueba la VISA TEMPORAL otorgada por el gobierno de México, los PASAJES AEREOS de la compañía Avianca, con lo que supuestamente demuestra la materialidad de la infracción. Ahora bien, el delito acusado refiere que " El que por medios ilegales facilitare la migración...", es decir que es elemento constitutivo el haber facilitado la migración por MEDIOS ILEGALES, mismos que podrían ser entre otros, mediante la utilización de documentos falsos o adulterados, o evadiendo los controles migratorios. A este respecto lo único que prueba el Ministerio Público, es que Jimmy Javier Rodríguez Ávila, viajó con pasaporte válido, con visa temporal también válida, y utilizando pasajes aéreos igualmente válidos. No se ha probado que el indicado viajero, lo haya hecho utilizando algún medio ilegal, y mucho peor, que ese medio ilegal haya sido facilitado por la exponente. **CUARTO. DICTAMEN FISCAL.-** El Dr. Washington Pesantez Muñoz, Fiscal General del Estado, al dar contestación al recurso dice lo siguiente: La sentenciada Nelly Mercedes Calle Altamirano al fundamentar su recurso de casación, considera que el fallo impugnado ha violado la ley, al contravenir expresamente su texto, concretamente el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal, por cuanto no existe la certeza necesaria para el pronunciamiento de una resolución condenatoria en su contra; lo que desde su particular punto de vista evidencia la transgresión del contenido el artículo 440-A del Código Penal por parte del órgano juzgador, no sólo en lo referente a la descripción típica sino también en la aplicación de la pena, toda vez que la norma penal señala que la graduación de la sanción será de entre tres a seis años de reclusión menor y en su caso se le impuso la pena de un año de prisión correccional, que evidencia un Tribunal Penal que por sancionar, impone castigos simbólicos. Continúa su alegación, precisando que el delito acusado requiere para su configuración, que se demuestre el empleo de medios ilegales para facilitar la migración; empero, la fiscalía pretende demostrar esta situación a través de la visa temporal otorgada legalmente por el gobierno de México y los pasajes aéreos de la compañía Avianca; sin que se comprenda entonces porqué se afirma que los medios empleados para el traslado su recurso de Javier Rodríguez fueron irregulares; por todo lo cual solicita a la Sala que acepte su recurso y dicte una sentencia absolutoria a su favor, a la luz de que la normativa vigente en nuestro país, faculta el traslado de un ciudadano de un lugar a otro, si lo hace a través de los mecanismos legales e idóneos, como en la presente causa se demostró. El Primer Tribunal del Cañar ha efectuado la debida ponderación de las pruebas actuadas durante la etapa del juicio, de ahí que partiendo de una relación circunstanciada del delito y de los actos de la acusada, obtiene la certeza necesaria para concluir que se ha comprobado conforme a derecho la existencia de la infracción y su responsabilidad, en mérito de las siguientes diligencias. Respecto al tipo penal contenido en el artículo

440-A, actual 440.2.1 del Código Penal, se debe indicar que, para que opere una adecuación perfecta de la conducta que viabilice la imposición de la pena contemplada en él, es indispensable que se demuestre en el proceso que el sujeto activo, por medios ilegales: promueve, facilita, induce, financia, colabora, participa o ayuda a la migración de personas nacionales o extranjeras desde el territorio nacional hacia otros países, siempre que ello no constituya una infracción más grave. Conducta frente a la cual la culpabilidad de la acusada ha sido plenamente demostrada, sin que sus alegaciones de no haber recibido dinero alguno por parte de la acusadora particular para el traslado de su hijo a los Estados Unidos de Norteamérica, tenga el debido sustento probatorio; es más, se evidencia como la señala el Tribunal juzgador, una contradicción tanto con las versiones y actuaciones llevadas a cabo durante el trámite procesal, incluso con su propio escrito de fundamentación, en el cual refiere que no existen normas que prohíban el traslado de una persona de un lugar a otro, si esto se lo hace a través de documentos legales y pasajes aéreos válidos. Respecto a la aseveración de la recurrente de que el Tribunal Penal le impuso una sanción simbólica, en contraposición a la norma penal que describe el delito por el que se condena; se le hace notar que cuando se han demostrado circunstancias atenuantes y ninguna agravante no constitutiva o modificatoria de la infracción, la reclusión menor ordinaria de tres a seis años, se sustituirá con prisión correccional de uno a tres años; es decir, no estamos frente a una arbitrariedad del órgano sentenciador, sino a la aplicación correcta del inciso final del artículo 72 del Código Penal. La casacionista en conclusión, no han logrado determinar y exponer correctamente, en base a la naturaleza de este recurso, si en la sentencia se ha violado la ley, ya por contravenirse expresamente a su texto; ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella; ya por haberla interpretado erróneamente, sino que ha basado su fundamentación en la inconformidad con la conclusión del Tribunal juzgador en su contra, sin que su alegación de la presunta falta de certeza en la comprobación del tipo penal y su responsabilidad, pueda tener validez jurídica y evidencie un error de derecho; pues estamos frente a la debida comprobación del uso de medios ilegales que facilitaron la fallida migración de Javier Rodríguez a los Estados Unidos de Norteamérica; de quien vale señalar, no estuvo presente en los trámites para la obtención de la visa temporal otorgada por el gobierno mexicano, que desencadenó su consecuente deportación; debiendo recalcar también que todos y cada uno de los trámites para salir del país y la gestión de visados necesarios para el ingreso a países extranjeros, deben evacuarse de modo personal; de ahí que el tipo penal sancione a las personas que faciliten estos trámites, evidentemente de modo ilegal y clandestino, Solicita a la Sala que declare improcedente el recurso de casación interpuesto por la recurrente.

**QUINTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.-** 1) Según la doctrina el recurso de casación tiene como objetivo principal el control de la legalidad de las sentencias dictadas por los jueces de instancia, y en este contexto corregir los posibles errores in judicando o in procedendo que la afecten.- En materia penal la casación se concreta a la violación de la ley en la sentencia en la forma determinada en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, esto es, por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación; y sólo en estos tres supuestos es admisible.- 2) Esta Sala, por

reiteradas ocasiones ha pronunciado que dentro de sus facultades no se encuentra volver a valorar la prueba; la misma que fue objeto de análisis y valoración por el juzgador que dictó el fallo impugnado vía casación, pues es él quien a través de los principios de concentración, inmediación, contradicción que rigen el sistema oral, tiene la oportunidad de apreciar la prueba en forma directa y observar incluso las actitudes de cada una de las personas que actúan en la audiencia, para llegar al convencimiento de haberse probado o no la materialidad de la infracción y la responsabilidad del acusado, sin embargo, la Sala de Casación tiene potestad para examinar si fueron aplicados debidamente los principios de valoración de la prueba. En el contexto indicado, se estudia la sentencia materia de impugnación, tomando en cuenta para ello la fundamentación de los recurrentes y las apreciaciones del señor Ministro Fiscal General, en su contestación a la fundamentación.- 3) La Sala luego de analizar exhaustivamente el contenido de la sentencia en relación a las alegaciones aducidas como fundamento del recurso de casación por la recurrente, establece que el Tribunal juzgador en el considerando tercero, cuarto y quinto de la sentencia, analiza las pruebas tanto de la existencia de la infracción acusada, como las que se refiere a la autoría y responsabilidad de la sentenciada en su cometimiento, describiéndolas con lujo de detalles y a continuación las valora mediante la aplicación de las reglas de la sana crítica, conforme lo señala el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal, y por lo cual, a esta Sala de Casación, no le compete realizar una nueva valoración de las pruebas, sino solamente verificar que el juzgador haya aplicado las normas procesales en la valoración y apreciación de la prueba, habiéndolo hecho en el presente caso con la debida propiedad el Tribunal Primero de lo Penal del Cañar. Como la recurrente no precisa en su escrito de fundamentación del recurso, en qué forma se vulnera cada una de las disposiciones legales que cita en la sentencia y al ser ésta analizada por la Sala, no se observa que exista vulneración alguna de las normas constitucionales ni procesales de las que menciona la recurrente, observando que existen congruencia entre los hechos cierto y reales que el Tribunal juzgador señala habérselos probado y como constitutivos de la infracción objeto del juicio, con aplicación del artículo 440-A del Código Penal, que es la norma sancionadora correctamente aplicada, en consecuencia existe la debida motivación en la resolución que condena a la acusada, y por lo tanto, no se observa la falsa aplicación de esta disposición penal a los hechos que se juzgan. Además se encuentra plenamente justificada los hechos con las pruebas aportadas en la audiencia oral de juzgamiento, que la acusada el día 6 de enero del 2006, llevo a la ofendida y a su hijo Javier Rodríguez Ávila a la ciudad de Cuenca, llegando al Parque Miraflores, que se reunieron con Vicente Guzmán o también llamaron a la ciudad de Manta, desde ahí partieron a Guatemala en un barco pesquero, que el día 15 de enero que llegaron a Guatemala, la sentenciada fue a casa de la ofendida a pedirle la cantidad de seis mil dólares de los diez mil que habían pactado por llevarlo a los Estados Unidos de Norteamérica, que la entrega del dinero lo hizo en presencia del señor Luis Pérez Sánchez, quien le prestó parte del dinero entregado y su esposa María Ubaldina Ávila, que posteriormente el hijo de la ofendida fue detenido en México y deportado a la ciudad de Guayaquil el día 3 de marzo del 2006. **SEXTO: RESOLUCION.-** Por

las consideraciones antes expuestas, la Primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, acogiendo el dictamen fiscal “**ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por NELLY CALLE ALTAMIRANO. Devuélvase el proceso al órgano jurisdiccional de origen para los fines 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 de su original.- Quito, 17 de octubre del 2011.

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

---

**No. 761-2009- C.T.**

**En el juicio penal que sigue HOSPITAL REGIONAL ISIDRO AYORA DE LOJA en contra de REBECA BEATRIZ ABENDAÑO LEGARDA.**

**CONJUEZ PONENTE: DR. GERARDO MORALES SUÁREZ (ART. 141 CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL).**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA-PRIMERA SALA DE LO PENAL.-** Quito 30 de mayo de 2011; a las 15h00.- **VISTOS:** En virtud del recurso de revisión interpuesto por la Ing. Rebeca Beatriz Abendaño Legarda de la sentencia condenatoria dictada por la Primera Sala de lo Penal de la ex Corte Suprema de Justicia, el día 21 de agosto de 2007, a las 14h30, en la cual se le declara cómplice del delito de peculado tipificado y sancionado en el Artículo 260 del Código Penal y se le impone la pena de un año de prisión correccional, ha venido a conocimiento de la Sala por sorteo realizado el día martes 14 de abril de 2009, ante lo cual se considera: **PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** Esta Sala tiene jurisdicción y es competente para conocer el recurso de revisión interpuesto por la Ing. Rebeca Beatriz Abendaño Legarda en virtud de lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 y Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador; numeral séptimo de la Sentencia Interpretativa de la Corte Constitucional publicada en el R.O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; del artículo 7, literal a) de la Resolución Sustitutiva dictada por la Corte Nacional de Justicia con fecha 22 de diciembre del 2008 y publicada en el R.O. No. 511 del 21 de enero del 2009 y del artículo 192 numeral 2 del Código Orgánico de la Función Judicial.- **SEGUNDO.- EL RECURSO DE REVISIÓN, Y LOS MOTIVOS O CAUSALES DE FUNDAMENTO.-** La recurrente Ing. Rebeca Beatriz Abendaño Legarda interpone recurso de revisión ante el Presidente del Tribunal Tercero

de lo Penal de Loja indicando que la Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia dictada el 21 de agosto de 2007, a las 14h30, aceptando el recurso de casación interpuesto por ella y por los otros procesados, le condenó a la pena de un año de prisión correccional como cómplice del delito tipificado y sancionado en el Artículo 260 del Código Penal y fundamenta su recurso indicando que la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 8 de julio de 2008, a las 9H00, dentro del recurso de revisión propuesto por la economista Julia Celmira Jaramillo Jiménez, revisó el fallo de condena y absolvió a la recurrente porque consideró que “... de los recaudos procesales incorporados al expediente de revisión, se concluye que todos los ingresos y egresos de diesel 2 se encuentran debidamente justificados y contabilizados con sus respectivos respaldos, sin aparecer perjuicio económico alguno para el Estado”, esto es, que no hay delito alguno, que no hay perjuicio para el Estado ecuatoriano, por presuntas irregularidades en la provisión de combustible al hospital Isidro Ayora, que todos los ingresos y egresos de diesel 2 se encuentran debidamente justificados y contabilizados con sus respectivos respaldos. El recurso se fundamenta en el Art. 360, numeral 6to del Código de Procedimiento Penal. Solicita la revisión del fallo de condena, se revoque la sentencia condenatoria dictada en su contra y se le absuelva confiriéndole el derecho de reclamar daños y perjuicios porque no se probó la existencia del delito y en aplicación del efecto extensivo consignado en el artículo 327 del Código de Procedimiento Penal. **TERCERO.- ADMISIBILIDAD, PRUEBA, INTERVENCIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES Y DICTAMEN FISCAL.-** El señor Presidente de la Sala con fecha 22 de abril de 2009; a las 10H00, avocó conocimiento del recurso incoado y concedió el término de prueba, dentro del cual, la recurrente solicitó la reproducción del fallo de revisión antes referido y la citada norma procesal que establece el efecto extensivo de las decisiones judiciales en materia penal, así como la obtención de copias certificadas, cuyo pedido fue negado por improcedente. Notificados los sujetos procesales, con fecha 14 de mayo del 2009, a las 17h03, comparece el Dr. Néstor Arboleda Terán, Director Nacional de Patrocinio, delegado del señor Procurador General del Estado e impugna el recurso y la prueba solicitada, argumentando que dentro del proceso penal se demostró la existencia del delito de peculado, el perjuicio causado y su consecuente responsabilidad de la recurrente. Manifiesta que no existe causa para la revisión porque no se ha demostrado con nuevos elementos probatorios el supuesto “error” de la sentencia y concluye solicitando que el recurso de revisión sea rechazado. Fenecido el término de prueba, el señor Ministro Fiscal General del Estado, emite su dictamen en el cual, afirma, que la recurrente cooperó de manera indirecta y secundaria por medio de actos simultáneos y dolosos en su calidad de proveedora en el Hospital Isidro Ayora en la ciudad de Loja y por ello se le impuso la pena de un año de prisión correccional y luego de varios argumentos relacionados con la cuestión fáctica y jurídica que sustentó la sentencia de casación, manifiesta que se ha comprobado conforme a derecho la existencia jurídica del delito prevista en el artículo 260 del Código Penal, por tanto, solicita se desestime el recurso de revisión por infundado e improcedente y concluye además solicitando la excusa de los Doctores Hernán Ulloa Parada y Luis Moyano Alarcón por haber sido quienes intervinieron en el proceso de

casación. La excusa es aceptada, por lo que los suscritos conjueces, avocamos conocimiento del presente recurso. En conformidad con el artículo 366 del Código de Procedimiento Penal, publicado en el Suplemento del R.O. No. 360 del 13 de enero del 2000, se realizó la audiencia prevista en la norma invocada el día jueves 5 de mayo del 2011, a las 09H00, en la que la recurrente por intermedio de su defensor, realizó su alegación verbal y habiéndose concluido la sustanciación de la causa, corresponde emitir el fallo correspondiente.-

**CUARTO.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.-** 1.- El peculado es un delito contra la administración pública, mediante el cual, se perturba su regular funcionamiento por el abuso del servidor público en su beneficio o de terceros de los caudales o efectos públicos o privados que éste tenga a su cargo o a su disposición por razón de las funciones que le están encomendadas legamente. Este abuso puede consistir en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. La legislación española por la consideración del parecido con que guarda con la apropiación, le denomina “malversación” y su doctrina concibe a este delito como “la apropiación o gasto o uso indebidos de fondos públicos por quien siendo funcionario o autoridad tiene encomendada su custodia y/o su administración” (Derecho Penal, Parte Especial, Enrique Orts Berenguer y otros autores, Editorial Tiran lo Blanch, Valencia, 2004, p. 929). 2.- El Art. 260 del Código Penal tipifica y sanciona una conducta específica, distinta del clásico peculado, cometida por los funcionarios públicos encargados de la adquisición o compra de artículos o enseres para la institución pública, cuando estos perciben comisiones, primas o alteren los precios en los artículos y planillas, extendiendo la prohibición típica a los vendedores o proveedores que intervinieren o colaboraren en estas acciones; por cuya razón, la Sala de Casación Penal, modificó el fallo de instancia y subsumió la conducta acusada en el tipo citado, calificando además la intervención de la hoy recurrente, como cómplice y no como autor como se lo había declarado. 3.- Conforme se hace referencia en el considerando anterior, la Ing. Rebeca Abendaño, sustenta su recurso en el efecto extensivo que produce el fallo de revisión dictado por la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia que obra de fojas 6703 a 6708, mismo que fue reproducido por la recurrente en el término de prueba, correspondiendo por tanto observar la procedencia del recurso en los términos y efecto extensivo que conlleva la situación a revisarse. 4.- Según la concepción del profesor argentino Enrique Falcón, la sentencia, “Constituye, en síntesis, el acto jurídico procesal por excelencia en que el juez, luego del examen crítico de los hechos y las consecuencias jurídicas previstas por la ley, pronuncia la decisión sobre el mérito, ya estimatoria, ya desestimatoria” (Manual de Derecho procesal, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2005, Tomo I, p. 468). Como se observa de la concepción del autor, la sentencia es el acto jurídico trascendental, cuya decisión cuando es de mérito o se ha resuelto sobre la acusación, se le denomina fallo, esto es, la decisión concreta y positiva sobre la causa principal del juicio.- 5.- La decisión del órgano jurisdiccional en sus distintos niveles y recursos, producen los efectos suspensivo, no suspensivo, extensivo o comunicante y diferido; el primero, conlleva un impedimento para la ejecución de la decisión cuando ha mediado la impugnación de la misma; el segundo, conocido como efecto devolutivo, permite la ejecución de la resolución, pese a que haya mediado una impugnación y su consecuente recurso. El

efecto diferido permite la ejecución parcial del fallo y la discusión sobre una parte inconforme, cuya política procesal busca la conformidad de la pretensión y la renuncia de posteriores conflictos. El efecto extensivo implica una irradiación de sus consecuencias a todas las partes y sujetos procesales cuando alguno de ellos ha sido favorecido con una impugnación y su consecuente resolución de fondo. El profesor uruguayo, Enrique Tarigo, sostiene que “El fallo constituye la parte dispositiva de la sentencia, el pronunciamiento concreto del tribunal” (Lecciones de Derecho Procesal Civil, 4ª Edición Actualizada, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Noviembre 2007, p. 200). El autor concibe que “la mera existencia de la sentencia produce, por sí sola, determinados efectos jurídicos” y entre estos, el efecto comunicante para los sujetos procesales acusados o condenados por la incursión en una conducta prohibitiva. La sentencia-fallo, puede contener un pronunciamiento relacionado con la cuestión jurídico material y dentro de ésta, puede advertirse una declaración de inexistencia del delito o a una determinación personal de los imputados; en el primer caso, produce una comunicación de la declaración material hacia los demás coacusados; en el segundo supuesto, aquella comunicación no se produce por establecer una situación jurídica singularizada y en favor de uno de ellos. Esta declaración irradia sus efectos a todos los sujetos procesales que han intervenido en el proceso ordinario o a todos quienes han participado en el recurso extraordinario; pero además, puede comunicar a otros sujetos que sin intervenir en el recurso extraordinario también les beneficia, por así disponer el inciso segundo del artículo 327 del Código ibídem, sin embargo, se debe advertir una diferencia entre uno y otro caso, misma que se establece de la siguiente manera: 2.1. Si se declara que no existe el delito y consecuentemente conlleva la revisión del fallo de condena, ipso iure debe también revisarse respecto de todos los sujetos intervinientes en la causa extraordinaria; y, 2.2. Si uno de los condenados se benefició de la decisión jurisdiccional tomada en un recurso de revisión o casación, los demás condenados deben alegar aquel beneficio mediante el recurso de revisión. 3.- La situación compleja que conlleva la interposición de este recurso para el condenado que no interpuso el recurso se produce por la falta de determinación de la causa o motivo para su interposición por lo que al respecto se considera: Según el magistrado español, Jorge Malem Seña, “el juez ha de saber cuáles son los significados de las palabras de la ley según su uso corriente y también técnico, hay textos que poseen un significado claro y otros que por el contrario no lo tienen. Un significado es claro cuando existe consenso acerca de su denotación y connotación. Un significado es oscuro cuando no existe consenso acerca del significado de las expresiones legales. En ambos supuestos el manejo de la jurisprudencia y el dominio de la dogmática resultan aquí esenciales. La jurisprudencia permite al juez conocer cuáles son las soluciones que los tribunales han dado a problemas similares a los que tiene que resolver y cuáles son las razones que han aducido para ello (...) el conocimiento de la dogmática también es indispensable. En el primero supuesto porque indica cuáles son los usos que usualmente tienen las formulaciones normativas y en el segundo porque muy a menudo la dogmática jurídica realiza juicios de *lege ferenda* acerca de los posibles significados de los textos legales que pueden servir de guía al juez para apartarse de, o intentar modificar, la jurisprudencia hasta ese entonces vigente (...)

el juez ha e conocer los criterios interpretativos y argumentativos que pone a su disposición la teoría del derecho. Y, por cierto, no todo argumento jurídico requiere el mismo tipo de conocimiento, solo hay que pensar que el argumento sistemático supone conocimientos lógicos y el argumento de la voluntad del legislador conocimientos históricos y conocer el derecho supone también la actitud para operar con las distintas piezas del derecho (...) El conocimiento del derecho por parte del juez se complica si se toma en consideración que el derecho contiene ciertas disposiciones con contenido valorativo...” (LOS SABERES DEL JUEZ, varios autores, El Error Judicial. La Formación de los Jueces, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 98-100). Como se observa de la cita, el juez en un estado Constitucional de Derechos y Justicia y teniendo en cuenta la naturaleza del recurso de revisión que según el profesor argentino Jorge Vásquez Rossi, “tiende a paliar injusticias notorias”, no puede la Sala exigir un rigorismo material o formal, porque además de tornarse la sentencia de condena en injusta y atentar al principio de igualdad material y formal garantizado en el artículo 66.4 de la Constitución de la República, torna incompatible, injurídico y obviamente injusto que mediando una sentencia que ha declarado la inexistencia del delito sobre el cual recayó la culpabilidad y su consecuente sanción, no pueda tener el mismo efecto para unos y para otros; pues si bien nuestra legislación no prevé una causa o motivo específico y más bien establece una discordancia entre dos sentencias condenatorias sobre un mismo delito pero que tienden a determinar un yerro de una de ellas. La legislación española previendo esta finalidad, determina únicamente la “contradicción entre sentencias y con mayor precisión, la legislación argentina establece como motivo de la revisión cuando “aparezcan contradichos por otra sentencia.” Igual sucede con la legislación italiana. 4.- La naturaleza del recurso de revisión por su carácter de extraordinario y tasado, impide al juez el conocimiento ex officio; pero al haberse recurrido sustentado en la regla sexta del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal aplicable al caso, el juez debe advertir esta laguna jurídica y de justicia, partiendo de que efectivamente no ha sido comprobada conforme a derecho la existencia del delito, cuyos elementos se dejan analizados en el considerando anterior y es más, debe adecuar la situación revisora a la causa prevista a la regla segunda del artículo 360 ibídem, que si bien la recurrente no lo sustentó en aquella, ha de interpretarse en el sentido de la oscuridad o la forma literal que el legislador estableció teniendo como principio y fin la justicia y su consecuente ataque a la cosa juzgada; es tan cierto aquello que según el artículo 361 del indicado Código de Procedimiento Penal, permite la revisión en el primer caso a petición de cualquier persona o del mismo tribunal de oficio, por lo que el juzgador de la revisión extraordinaria, no puede cerrar sus ojos ante un fallo de declaración de inocencia sustentado en la inexistencia del delito, cuyos efectos tienen un alcance *erga omnes* y conllevan a establecer métodos de contralor del decisorio jurisdiccional y a evitar el error o la injusticia. El limitarse al texto literal del artículo 360, sería desconocer el sentido garantizador y la falibilidad humana, es por ello que “la regulación internacional a tendido vigorosamente a ubicar e instrumentar el tema de los recursos dentro de las garantías fundamentales que condicionan y limitan el poder punitivo del Estado” (Vásquez Rossi, Idem, p. 468). El magistrado español Malem Seña, considera que “Desde el punto de

vista formal el juez se equivoca si no expresa adecuadamente el razonamiento por el cual dado los hechos probados existentes en la causa hace presumir que otros están también probados por el nexo existente entre ellos” y recalca algo importante cuando expresa “Tanto en el ámbito ordinario como en el mundo científico los hechos se conocen a través de la formulación de hipótesis. El supuesto más simple de error judicial en los enunciados fácticos de una sentencia se produce cuando sus hipótesis no coinciden con lo acaecido en la realidad. Y el juez también yerra cuando formula hipótesis que conducen a resultados absurdos, o hipótesis irrelevantes, o hipótesis contradictorias o cuando no formula hipótesis complementarias o secundarias necesarias para comprender el núcleo de la cuestión. Y no pocas equivocaciones ocurren, además, cuando el juzgador no analiza las hipótesis alternativas relevantes a la principal aceptada incluso para rechazarlas.” (Idem, pp. 21 y 18). 5.- Como se deja analizado, el fin del recurso de revisión es anular una sentencia injusta y reemplazarla con una sentencia justa teniendo de por medio normas contundentes que determinan los efectos de un fallo e inclusive de los actos jurídicos, conforme prescriben los artículos 327 del Código de Procedimiento Penal y 2419 y 2424 del Código Civil, teniendo en cuenta que según el profesor argentino, Hugo Alsina, “Con la sentencia definitiva el juez pone fin al proceso y de ésta circunstancia derivan efectos jurídicos con relación al juez, a las partes y a la cuestión litigiosa...” (Tratado Teórico Práctico de Derecco Procesal Civil y Comercial, 2ª Edición, Ediar. Soc. Anon. Editores, Buenos Aires, 1961, Tomo IV, p. 110). El profesor italiano Eugenio Florián considera “La contradicción de sentencias firmes en relación con los hechos, de tal suerte que los admitidos en la sentencia de condena no se concilien con los establecidos en otra sentencia penal de la autoridad judicial ordinaria o de los jueces especiales.” (Elementos de Derecho Procesal Penal, traducción y referencias al Derecho Español por Pietro Castro, BOSCH-Casa Editorial, Barcelona, Reimpresión, 1990, p. 461).- Lino Enrique Palacio al referirse al efecto extensivo sostiene: “Este efecto –que constituye una excepción al principio dispositivo y al de la personalidad de la impugnación- se verifica cuando, existiendo una pluralidad de sujetos pasivos, el recurso interpuesto por uno de ellos es susceptible, si se dan determinadas condiciones, de favorecer a los que no recurrieron no obstante hallarse facultados para hacerlo. El fundamento del efecto extensivo radica en la necesidad de evitar el escándalo jurídico que se generaría frente al dictado de sentencias contradictorias respecto de quienes se encuentran en idénticas condiciones subjetivas, el mencionado efecto, además se extiende *ipso iure*, sin necesidad, por lo tanto, de que los requiera la parte no recurrente.” (Los recursos en Materia Penal, Segunda Edición Actualizada, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, abril 2001, P. 30) “El ilustrísimo profesor español Don Miguel Fenech, considera: “Los efectos de la nueva resolución dependen de si es confirmatoria o denegatoria. Si es confirmatoria, el efecto fundamental es el de hacer firme la resolución impugnada; si es revocatoria, habrá que distinguir si las causas que hacen defectuosa la resolución recurrida son de orden procesal o se refieren al contenido. En el primer caso el Tribunal *ad quem* ha de limitarse a rescindir la resolución, declarando nulos todos los actos a partir del defectuoso para que el Tribunal *a quo* realice de nuevo, con arreglo a derecho, estos mismos actos o aquellos

que debieron llevarse a cabo y cuya realización vició la resolución impugnada. Si es revocatoria por carencia de alguno de los presupuestos de su calidad, pueden adoptarse por el Tribunal *ad quen* dos posiciones, o bien limitarse a poner de manifiesto los vicios, dejando que el Tribunal *a quo* dicte la nueva corregida, o dictar, desde luego, la nueva resolución en su totalidad, sistema éste adoptado por nuestro ordenamiento positivo. En nuestro ordenamiento jurídico y en virtud del principio de política procesal penal *pro reo*, cuando sea recurrente uno de los procesados, la nueva sentencia aprovechará a los demás en lo que les fuere favorable, siempre que se encuentren en la misma situación de recurrente...” (El Proceso Penal, 4ª Edición, Editorial AGESA, Madrid 1982, p. 329). El profesor José Antonio Tomé García, considera que “La revisión constituye un medio de ataque a la cosa juzgada que se fundamenta en razones de justicia (...) En el tema de la naturaleza jurídica de la revisión, la doctrina ha mantenido distintas posturas que, fundamentalmente, se pueden reconducir a dos: a) Aquellos que la consideran como un recurso extraordinario o excepcional. b) Aquellos que entienden que con la revisión estamos ante una acción de impugnación autónoma que da origen a un proceso nuevo cuya finalidad es rescindir una sentencia firme. (...) En este sentido, y entre otras muchas, cabría destacar que con los recursos se pretende evitar que una resolución devenga firme, provocando un nuevo examen de la citada resolución dentro del mismo proceso en el que ha sido dictada. Por el contrario, en la revisión se trata de rescindir una sentencia ya firme, y fuera del proceso en el que fue dictada, pues dicho proceso concluyó con la citada sentencia firme. La revisión no sería, por tanto, un recurso, sino una acción autónoma que da lugar a un proceso nuevo en el que se persigue la rescisión de una sentencia firme.” (Derecho Procesal Penal, Andrés de la Oliva Santos y otros, Colección Ceura, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Nueva Edición de la 4ª Edición, completada y actualizada, 1ª reimpression, mayo 200, pp. 643 y 644). El eminente profesor alemán Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin, nos ilustra: “1. a) Si el acusado impugna exitosamente la sentencia por infracción al derecho material y ella abarca a otros acusados que no interpusieron recurso de casación alguno, también la condena de esos acusados resulta eliminada (...) 2. a) El efecto extensivo del recurso de casación conduce a una fractura de la cosa juzgada con relación al acusado que no ha interpuesto el recurso. El legislador pretende con ello privilegiar una solución justa;...” (Derecho Procesal Penal, Traducción de la 25ª Edición Alemana de Gabriela Córdova y Daniel Pástor, revisada por Julio Mayer, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2000, pp. 486 y 487). Si esta concepción del profesor de la Universidad de Munich es aplicable en los fallos de casación, cuya naturaleza per sé es el control de la legalidad, con mayor fundamento ha de caber en un recurso de revisión que tiene como sustento la justicia, la que “expresa también el principio de armonía y aparece como igualdad geométrica en su forma distributiva. En este sentido, forma auténtica de vida y no mero principio ideal”. (MEDINA Echavarría José, “Situación Presente de la Filosofía Jurídica. Esquema de una Interpretación”, Revista de Derecho Privado, Editorial Reus, S.A., Madrid 2008, p. 24). El profesor Gustavo Zagrebelski concibe: “La dogmática constitucional debe ser como el líquido donde las sustancias que se vierten –los conceptos– mantiene su individualidad y coexisten sin choques destructivos, aunque

con ciertos movimientos de oscilación, y, en todo caso, sin que jamás un solo componente pueda imponerse o eliminar a los demás.” (“El Derecho Dúctil Ley, Derechos, Justicia”, Colección Estructuras y Procesos Serie Derecho, 7ª Edición, Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 17).- Por estos fundamentos, **HACIENDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, esta Primera Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, acepta el recurso de revisión y consecuentemente confirma el estado Constitucional de inocencia de la Ing. Rebeca Beatriz Abendaño Legarda y la absuelve del delito de peculado tipificado en el Art. 260 del Código Penal, que en su condición de cómplice la declaró la entonces Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia en el fallo de casación de fecha 21 de agosto de 2007, a las 14h30.- Cancélese todas las medidas cautelares que pesen en su contra y se le reconozca el derecho para reclamar los daños y perjuicios conforme al artículo 416 del Código de Procedimiento Penal y al artículo 11. 9 último inciso de la Constitución de la República.- NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y DEVUÉLVASE.-

Fdo.) Dres. Milton Peñarreta Álvarez, Juez, Gerardo Morales Suárez y César Salinas Sacoto, Conjueces Nacionales.

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

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

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

**No. 765-2009- C.T.**

**En el juicio penal que sigue COMPAÑÍA TECNISTAM C.E.M. en contra de SEGUNDO HERMINIO CHICAIZA INGUILLAY**

**JUEZ PONENTE DR. HERNAN ULLOA PARADA (ART. 141 CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL)**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL.-** Quito, 7 de junio de 2011; a las 17H00.- **VISTOS:** El procesado Segundo Chicaiza Inguillay interpone recurso de Casación, a la sentencia emitida por el Segundo Tribunal Penal de Chimborazo, el 11 de febrero del 2009, las 12h13, en la que se le impone la pena de SEIS AÑOS DE RECLUSIÓN MENOR, por considerársele coautor responsable del delito de robo agravado, previsto y reprimido por los artículos 550, 551 y 552 no. 2 del Código Penal. 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 del presente proceso 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 la causa. **TERCERO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.-** El recurrente en su escrito de fundamentación del recurso no ha manifestado las normas de Derecho que estima infringidas y se ha limitado a expresar: **1)** Que las versiones de Gonzalo Fidel Toabanda Sayay y de Emilio Ramiro Cichaza Inguillay; quienes también fueron sentenciados por el mismo Tribunal, fueron dadas cuando estuvieron detenidos y bajo presión de los señores Agentes que investigaban el hecho; **b)** Que la declaración de Wolfgang Patricio Silva Andrade no coincide con la denuncia que tiene presentada; **c)** Se toma en cuenta los testimonios del Teniente de Policía Miguel Leopoldo Cadena Vaca y Suboficial Hugo Wilfredo Haro, los mismos que ratificándose en el informe investigativo que tienen presentados a fojas 137 a 140, mencionan que en base a los trabajos de inteligencia encomendados por la superioridad, en torno al ilícito motivo de este juicio y de otros suscitados en la carretera panamericana sur Riobamba-Guayaquil, y concretamente en los sectores de Pangor y Navac ubicados en la provincia de Chimborazo, han efectuado varias entrevistas y verificaciones, llegando a establecer que los ejecutores de esos delitos eran los integrantes de una banda delincuencia que opera en esos sectores, encabezados por el hoy acusado Segundo Edmundo Chicaiza Inguillay; **d)** No se ha tomado en cuenta para dictar sentencia, según el procesado, las declaraciones de José Gerardo Guamán Gualán, Miguel Miranda Bustos y Hernán Guamán, quienes han sabido expresar que el 11 de Junio del año 2004, el sentenciado se encontraba trabajando en la fundición de una loza de propiedad de Magdalena Chichaza, en el barrio "Pueblo Solo Pueblo", desde la mañana hasta cuando se terminó la fundición. **CUARTO: CONSIDERACIONES DEL FISCAL GENERAL.-** El doctor Washington Pesántes Muñoz, Fiscal General del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 del Código de Procedimiento Penal, al contestar la fundamentación del Recurso de Casación realizado por el recurrente, ha manifestado lo siguiente: **1)** la infracción se ha comprobado con las pruebas actuadas en la audiencia pública de juzgamiento, siendo estas las siguientes: **a)** Testimonios de los Policías Carlos Antonio Poma Copa y Luis Enrique Tocte Velásquez, peritos acreditados de la Fiscalía, quienes han realizado las diligencias de reconocimiento del lugar de los hechos; del camión asaltado y de los objetos recuperados que constan como evidencias físicas,

ratificándose en sus informes que obran del proceso, los mismos que han sido introducidos a juicio como prueba, por la Fiscalía; **b)** Con las guías de la transportación de 1229 pares de zapatos deportivos PPNN, 200 unidades de ternos deportivos, color azul eléctrico PPNN; y, 1208 unidades de terno calentador de las mismas características de los que han sido recuperados; **2)** La responsabilidad penal del acusado Segundo Herminio Chicaiza Inguillay se establece con: **a)** El testimonio del ofendido Coronel de Policía Wolfgang Patricio Silva Andrade haciendo conocer que luego de haber comercializado uniformes deportivos en los Distritos Policiales De Azuay y Cañar, utilizando el camión Hino, placas PYQ-605, perteneciente a la Cooperativa de Transporte "Gatito Junior" conducido por Wilson Manases y acompañados por el bodeguero Antonio Herrera, se dirigían transportando la mercadería desde Pallatanga con destino a Quito, y en el sector de los páramos de Pangor fueron asaltados por unas seis personas, quienes mediante disparos de armas de fuego les amedrentaron, atándoles pies y manos, luego al tratar de escapar el Teniente Coronel Patricio Silva Andrade ha sido herido mediante proyectiles de arma de fuego en el abdomen, en la rodilla de la pierna izquierda y en el muslo de la pierna derecha; y, al ser localizado por la Policía ha sido trasladado a Riobamba y luego en helicóptero al Hospital de la Policía de la ciudad de Quito. Reconoció en la audiencia de Juzgamiento a Segundo Herminio Chicaiza como la persona que le disparó y le causó las heridas; **b)** Mediante testimonio propio rendido en la etapa de juicio por el Suboficial Oswaldo Gilberto Mosquera Paredes, Jefe del Destacamento de Policía del Cantón Colta, quien manifiesta que una vez conocidos los hechos ha iniciado un operativo de búsqueda y rescate del Teniente Coronel Patricio Silva, que ha sido localizado herido en el interior de una quebrada en el sector El Lirio; **c)** Los testimonios propios rendidos en juicio por el Teniente de Policía Miguel Leopoldo Cadena Vaca y Suboficial Hugo Wilfredo Haro, los mismo que afirma que de los trabajos de inteligencia realizados, llegaron a establecer que los ejecutores del delito de asalto y robo, utilizando armas de fuego, eran integrantes de una banda delincuencia encabezada por el acusado Segundo Herminio Chicaiza Inguillay, con la participación de Edmundo Álvaro Yumbo, Armando Charicando Inguillay, entre otros: el primero de los nombrados, luego de encontrarse prófugo, fue localizado y detenido en la ciudad de Quito; así como el camión y la mercadería han sido localizados y recuperados en el sector El Tornado, parroquia El Tronador de la Provincia de Bolívar. Que el detenido Fidel Toabanda Sayay al narrar los hechos afirma que Segundo Herminio Chicaiza Inguillay, quien fungía como su jefe, fue la persona que efectuó los cuatro disparos con un revólver calibre 38 al Teniente Coronel Patricio Silva; **d)** en los domicilios de los acusados Segundo Chicaiza, Álvaro Yumbo, Armando Charicando, Fidel Toabanda, ubicados en los sectores Hierbabuena y Agua Dulce, se han recuperado los objetos relacionados con el robo; **3)** Las exposiciones subjetivas del recurrente en torno a lograr una nueva valoración de la prueba, actividad soberana del Juzgador ad-quem, no procede; **4)** Al estudiar la sentencia, no se encuentra ninguna alteración, menos violación a los principios que debían ser respetados por los jueces al momento de su pronunciamiento; es de toda evidencia, que la prueba material aportada en el proceso y las diligencias legales pertinentes, demuestran que existió violación y utilización de armas de fuego y que al haber sido herido el

Teniente Coronel Patricio Silva Andrade, con tres impactos de bala por el acusado Segundo Herminio Chicaiza Inguillay; y que los asaltantes se llevaron el camión con la mercadería, el Tribunal Penal, con suficiencia, establece que existe el delito de robo calificado, tipificado en el artículo 550 del Código Penal y la pena establecida en el artículo 551 de la misma ley, que se agrava si concurre, como en este caso, una de las circunstancias establecidas en el artículo 552 del Código Penal y concretamente la establecida en la circunstancia 2da. Por lo anteriormente expuesto, a criterio del Fiscal General del Estado, se debe rechazar por improcedente el recurso de casación interpuesto por Segundo Herminio Chicaiza Inguillay.

**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 dice respecto a la violación directa de la ley 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; **2)** En la especie, el recurrente no ha fundamentado su recurso en base a la violación de alguna norma legal que considera que se ha dado en el fallo realizado por el Juzgador y lo que intenta, como bien menciona el Fiscal General del Estado en su dictamen, es que se vuelva a valorar la prueba, atribución que esta Sala no puede tomarse, en virtud de la soberanía que tiene el inferior sobre dicha valoración, es por esto que 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”**, tomando estas acertadas palabras corroboramos lo establecido anteriormente; como se ha manifestado en el numeral uno de este considerando, 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”**; **3)** Esta Sala, no ha encontrado ninguna violación al ordenamiento jurídico en el fallo recurrido por el procesado, ya que se ha realizado respetando una debida valoración de la prueba, tendiente a establecer la materialidad de la infracción y la responsabilidad del imputado, y se ha dado una correcta motivación de la sentencia, subsumiendo el caso concreto a las normas penales correspondientes, esto queda constatado en el numeral 1 del considerando sexto del fallo, en donde se analiza la materialidad de la infracción y en el numeral 2 que habla acerca de la responsabilidad penal del acusado; ambos numerales guardan respeto a 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 artículo 83 del Código de Procedimiento Penal, material probatorio que ha servido para comprobar los dos aspectos fundamentales de los cuales trata el artículo 85 del mismo cuerpo normativo. 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 gran tratadista ecuatoriano Jorge Zavala Vaquerizo 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 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, que ha llegado a sus conclusiones en el considerando octavo de su fallo, sin que esta Sala pueda detectar ninguna falla en los razonamientos hechos por el mismo.- **SEXTO: RESOLUCION.-** Por las consideraciones expuestas y en armonía con el pronunciamiento del Fiscal General del 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" de conformidad con lo que dispone el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el procesado Segundo Chicaiza Inguillay, Devuélvase el proceso al inferior para el trámite de ley.- **Notifíquese y Publíquese.-**

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

Certifico. f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator. **CERTIFICO:** Que las ocho copias que anteceden son iguales a su original.- Quito 13 de septiembre de 2011.

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

---

**No. 779-2009-C.T.**

**En el juicio penal que sigue MANUEL ANTONIO ILLUSANGUIL OÑA en contra de CARLOS SORIA CORREA.**

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

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL.-** Quito 30 de mayo del 2011; a las 16h00.- **VISTOS:** Carlos Aníbal Soria Correa interpone recurso de casación de la sentencia condenatoria pronunciada el 18 de marzo del 2009, por el Tribunal Penal de Cotopaxi, en la que le impone la pena modificada de tres años de prisión correccional, por considerarlo autor responsable del delito de atentado al pudor, en las circunstancias prevista en el artículo 504.1 del Código Penal. Concluido el trámite y siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA:** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1; Disposición Transitoria Octava de la Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en el R.O. No. 449 del 20 de octubre del 2.008; numeral séptimo de la

sentencia interpretativa: 001-08-SI-CC de fecha 28 de noviembre del 2.008, dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; la Resolución Sustitutiva dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre del 2008 y publicada en el Registro Oficial 511 del 21 de enero del 2009; y, el sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de Jueces Nacionales de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento de la presente causa penal.- **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.-** Examinado el expediente, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pueda afectar la decisión de esta causa, por lo que se declara expresamente su validez. **TERCERO.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURRENTE.-** El recurrente manifiesta su inconformidad con la sentencia, porque considera que en ella se ha transgredido el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, pues considera que el Juzgador le ha otorgado el valor de prueba plena al testimonio de la menor supuestamente ofendida, -a través del cual expresa que el acusado le bajó el interior y luego le introdujo el pene en la vagina, causándole dolor pero sin que le saliera sangre-, cuando existe un medio probatorio categórico que contradice dicha aseveración, como es el testimonio del doctor Paco Hernán Enrique Ochoa, quien como encargado de practicar el respectivo examen médico legal, ante el Tribunal expresa que al revisar a la menor encontró en ella un himen anular íntegro sin signos de roce o fricción, de manera que el tipo penal seleccionado por el Juzgador, como es el de atentado contra el pudor, cuyo verbo rector es el de someter, de forma alguna coincide con los medios de información producidos en el juicio, agregando que a ello se suma el hecho de que si bien la doctora Mirley de Lourdes Gualpa Santana, encargada de realizar la prueba psicométrica a Vilma Illusangil Gamboa, refiere síntomas de ansiedad específica, inhibición, angustia y aplanamiento, en ningún momento de su exposición mencionó que los mismos sean producto de una violación, lo cual hace posible además evidenciar que el Art. 85 del Código de Procedimiento Penal fue transgredido en la sentencia, ya que conforme a lo que deja expresado, la prueba no cumplió con la finalidad de establecer tanto la existencia material de la infracción, como la responsabilidad del acusado. Agrega que la Fiscalía jamás presentó prueba alguna que permita determinar que el recurrente sea autor del delito que se le acusa, a lo que se debe añadir que los testimonios de los policías que comparecieron ante el Tribunal Penal, son meramente referenciales y de forma alguna pueden constituirse en prueba de responsabilidad, menos de la existencia material de la infracción, concluyendo que jamás se practicó una identificación de su persona conforme lo ordena el artículo 216 numeral 7 del Código de Procedimiento Penal y menos aún que se haya tomado en cuenta su testimonio por el cual asegura ser amigo del padre de la víctima, a cuya casa concurría siempre y cuando éste se encontraba en ella. **CUARTO.- DICTAMEN FISCAL.-** El Dr. Washington Pesántez Muñoz, Fiscal General del Estado en lo principal de su informe manifiesta que: siendo el principal argumento esbozado por el recurrente en su escrito de fundamentación, aquel que tiene que ver con el hecho de que la sentencia habría sido producto de meras conjeturas o presunciones, es necesario examinar si la resolución contiene vicios subsanables a través del recurso de casación, para lo cual se hace necesario volver de alguna forma sobre la prueba y analizar si la existencia jurídica de atentado contra el pudor

ha sido debidamente comprobada y si sobre dicha base, los elementos del tipo concuerdan con el comportamiento del acusado. En este sentido se observa que el Tribunal Penal de Cotopaxi declara comprobado el primero de los presupuestos fijados por la ley procesal penal en torno a una sentencia de culpabilidad, con el testimonio del Dr. Paco Hernán Enrique Ochoa, quien ante el Juzgador manifiesta que practicó el reconocimiento médico ginecológico a la menor Vilma Fabiola Illusangil Gamboa, encontrando en ella un himen anular íntegro, con conservación de sus formaciones anatómicas y su virginidad y sin daños estructurales en su anatomía, concluyendo que no hubo penetración, como "...tampoco observó ningún roce o fricción de naturaleza extraña por haber pasado un mes del delito denunciado...". Es importante señalar que en el considerando tercero de su resolución, el Tribunal Penal de Cotopaxi hace constar como medio de prueba el testimonio del Obstetra Luis Efraín Sirvinta Iza, quien afirma que el mismo día que ocurrieron los hechos, esto es el 7 de septiembre de 2008, practicó un examen ginecológico a la menor ofendida Vilma Fabiola Illusangil Gamboa, "quien presentaba los genitales externos edematizados por posible manipulación con los dedos..." sin sangrado ni desgarros, observando además que los genitales estaban sucios con tierra. Al respecto, se hace necesario citar los incisos tercero y cuarto del artículo 80 del Código de la Niñez y Adolescencia, que trata de los exámenes médicos practicados a un niño, niña o adolescente por parte de los profesionales de la salud, a quienes esta ley obliga a conservar los elementos de prueba encontrados "...y a rendir su testimonio propio sobre el contenido de sus informes..." disponiendo además que los exámenes realizados por profesionales de establecimientos públicos o privados y entidades de atención autorizadas, "... tendrán valor de informe pericial...", lo cual analizado de manera objetiva permite deducir que el examen médico legal practicado por el perito Paco Ochoa, en el que se dice que no se observó roce o fricción por haber transcurrido algún tiempo desde el hecho hasta el análisis practicado, se ve complementado por el análisis ginecológico que teniendo fuerza probatoria, establece en la menor signos físicos de agresión sexual, y cuya razón presentó además síntomas psicológicos de ansiedad, angustia e inhibición, conforme lo expuso en la audiencia del juicio la perito Mirley Gualpa, siendo evidente que los elementos del tipo objetivo y normativo del tipo, como son el de obligar a una menor de dieciocho años actos de naturaleza sexual, sin que exista acceso carnal, se encuentra comprobado conforme lo exige la Constitución y la Ley, por lo que sin ningún esfuerzo se concluye que la sentencia no fue producto de la trasgresión del Art. 86 del Código de Procedimiento Penal. En lo que tiene que ver con la responsabilidad del acusado, el Juzgador acepta como verdadero el testimonio de la menor ofendida Vilma Fabiola Illusangil Gamboa, quien en la audiencia de juicio, debidamente acompañada por su curador, luego de informar que tiene cinco años de edad, asegura que fue el acusado Carlos Aníbal Soria Correa, más conocido como "calzón de mono", quien la llevó a una casa abandonada, lugar en el que le bajo el pantalón, el interior y luego le metió el pene en la vagina, produciéndole dolor, sin sangrado, entregándole a cambio cincuenta centavos e indicándole que no mencione nada de lo sucedido a sus padres. El Tribunal Penal de Cotopaxi valora además los testimonios de Manuel Illusangil Oña, Paco Hernán Enrique Ochoa y Mirley de Lourdes Gualpa Santana, los mismos

que no hacen más que ratificar el testimonio de la menor agraviada, por lo que se conoce que el autor responsable del delito de atentado contra el pudor es el acusado Carlos Aníbal Soria Correa; siendo los testimonios de los miembros policiales, elementos de información que hicieron posible conocer que el sitio en el que se dice ocurrió la infracción efectivamente existe, así como los detalles en los cuales el sentenciado fue detenido, siendo por tanto evidente que los Arts. 85 y 216 numeral 7 del Código de Procedimiento Penal no fueron transgredidos por el Tribunal en su sentencia, ya que los medios de prueba producidos en la audiencia privada el juicio cumplieron con su finalidad al permitir individualizar al acusado como autor del delito, además porque la segunda de las normas procesales antes citadas, a más de constituirse en un vicio de procedimiento eventualmente producido en la fase de indagación previa o en la etapa de instrucción fiscal, por sí mismo, hace referencia a la identificación del sospechoso o imputado. "...cuando el agraviado o los declarantes no conozcan el nombre o apellido de la persona a la que consideran inculpada en el delito...", situación que en el presente caso no sucede. Por lo cual solicita a la Sala que debe declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por el acusado Carlos Aníbal Soria Correa.

**QUINTO.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.-** 1. La Casación de acuerdo con el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal se contrae a examinar si en la sentencia definitiva se ha violado la ley. 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 validamente 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, del 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; En el caso que nos ocupa y luego de un análisis exhaustivo, esta Sala considera que el Segundo Tribunal Penal de Cotopaxi ha procedido de acuerdo con 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 de la sentencia, se puede colegir, que el Tribunal Penal de origen no ha violado la ley en la sentencia, 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 para condenar al acusado Carlos Aníbal Soria Correa. La característica o elemento normativo del tipo es que aquella conducta se realice o con violencia; o con amenaza; o con **intimidación** y para su realización, según los profesores españoles Alfonso Serrano Gómez y Alfonso Serrano Maíllo, “es necesario que concurren elementos objetivos y subjetivos. Los primeros consisten en la conducta de carácter sexual realizada en el cuerpo de otra persona sin su consentimiento. Además, es necesario un elemento subjetivo del injusto caracterizado por la finalidad lúbrica que persigue el sujeto activo, el *animus* libidinoso. Este *animus*, en principio se presume en todo caso, de lo que se desprende que es suficiente con que el sujeto conozca que realiza un acto sexual sin consentimiento del sujeto pasivo.” Los profesores españoles sostienen además que debe mediar una relación de causalidad entre la violencia o intimidación y la conducta del sujeto y que el delito se consuma “con la realización de los actos que el sujeto lleva a cabo sobre el cuerpo de la víctima con fines libidinosos. No es necesario que el sujeto consiga la satisfacción lúbrica o deseo sexual que persiga”, pues el bien jurídico protegido es la autodeterminación sexual y no la satisfacción sexual. Aquel consentimiento cuando se trata de una persona menor de catorce años, está viciado, es por ello que la ley presume una actuación forzada. “. Montovani señala que, respecto al menor, “El disvalor reside, a veces, en la precocidad del acto sexual en cuanto desestabiliza y abre la puerta de un mundo de **emociones** que el adolescente no administra ni controla y porque es capaz – como enseña la respectiva **competencia** científica- de perjudicar el normal desarrollo y la gradual maduración de la personalidad abajo el perfil afectivo y psicosexual: el desarrollo a un crecimiento equilibrado también de la sexualidad”. La indemnidad sexual creemos debe entenderse como una manifestación de la **dignidad** de la persona humana y el derecho de todo ser humano tiene, en este caso el menor, a un libre desarrollo de su personalidad sin intervenciones traumáticas e una esfera íntima por parte de terceros, las cuales pueden generar huellas indelebles en el psiquismo de la persona para toda la vida. La ley penal protege al menor tanto de la injerencia abusiva de terceros en el ámbito de la sexualidad –ya sea que pertenezcan a su mismo **sexo** a uno diferente- como de aquellos que se

aprovechan de él para mantener relaciones sexuales valiéndose de vínculos familiares, de custodia o dependencia. Se quiere evitar y prohibir la realización de actos sexuales Vg. contactos corporales, los cuales no solo son idóneos para generar lesiones en el cuerpo (alrededor de la vagina o el ano) o un **daño** psicológico en el menor, sino un shock y trauma permanente en la vida psíquica del **individuo** que es posible que se extienda a toda su personalidad y que pueda llegar a comprometer su vida futura ya sea en el ámbito **personal** o en su relación con terceros. La figura penal parte de la necesidad de proteger la incapacidad para comprender y valorar los actos o comportamientos sexuales que se practican con él o contra él, la enorme posibilidad de manipulación, la ausencia de un carácter formado, la indefensión (total o parcial) a la que están expuestos por su escaso desarrollo corporal y que es aprovechado por el autor para lograr el acceso carnal. En lo que tiene que ver con la responsabilidad del acusado se observa como verdadero el testimonio propio de la menor ofendida Vilma Fabiola Illusangil, quien en la audiencia de juicio asegura que el acusado Carlos Aníbal Soria Correa, fue quien la llevó a una casa abandonada, lugar en el que le bajó el pantalón, el interior y luego le metió el pene en la vagina, produciéndole dolor, sin sangrado, entregándole a cambio cincuenta centavos e indicándole que no mencione nada de lo sucedido a sus padres. 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 de la ofendida 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 la agraviada para identificar al ofensor más aún cuando estos ilícitos se perpetran de forma clandestina, secreta y encubierta, por tanto se considera improbable la existencia de la prueba directa, la presencia de testigos u otra clase de elementos. Por lo expuesto, al no existir en la sentencia ninguna causal de violación establecidas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, por lo que en armonía con el dictamen de la Fiscalía, esta Primera Sala de lo Penal. “**ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA**”, al tenor de lo que dispone el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por Carlos Aníbal Soria Correa, y ordena se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen para los fines de ley notifíquese, publíquese y cúmplase.

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

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. 799-2009-C.T.

En la causa que sigue EL ESTADO en contra de MAHAMED SOLIMAN IBRAHIM EL AASSER.

**JUEZ PONENTE: Dr. Gerardo Morales Suárez (Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial)**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL.-** Quito, 8 de junio del 2011. Las 08H45.- **VISTOS:** Mediante sentencia expedida el 20 de agosto del 2001, a las 11H00, el Segundo Tribunal de lo Penal del Pichincha, dicta sentencia condenatoria contra Mohamed Soliman Ibrahim El Aasser y lo declara autor responsable, del delito de peculado, tipificado en el artículo 257 inciso cuarto y sancionado por el mismo artículo 257-A del Código Penal en relación con los artículos 121, 129, 132 y 165 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, así como el Art 81 numeral 2 del Código Penal y consecuentemente le impone la pena de **OCHO AÑOS DE RECLUSIÓN** y el comiso de los bienes incautados. De esta sentencia ejecutoriada, el sentenciado presenta recurso extraordinario de revisión fundamentado en las causales **3 y 4** del Art. **360** del Código de Procedimiento Penal, habiéndose cumplido con el trámite de ley respectivo y siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA:** Esta Sala tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver el recurso de revisión interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1; Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador publicada en el R.O. No 449 de 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa: 001-08-SI-CC de fecha 28 de noviembre de 2008, dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R. O. No. 479 de 2 de diciembre de 2008; la Resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre del 2008; y publicado en el R.O. No. 511 de 21 de enero del 2009; en nuestras calidades de Juez y Conjueces Nacionales de esta Primera Sala Penal y el sorteo de ley respectivo, avocamos conocimiento del presente juicio.- **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad; por lo que este Tribunal de Casación y Revisión declara la validez de esta causa penal.- **TERCERO.- ALEGACIONES DEL RECURRENTE.-** a fojas 6 del cuadernillo de revisión el impugnante para demostrar las causales 3 y 4 del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal alegadas, presenta las siguientes pruebas: **a).** Se practica el peritaje contable financiero de los documentos y el proceso administrativo que culminó con la liquidación forzosa de ECUACAMBIO S.A., cuya perito, Lcda. Lola Andrade Lara, en el informe de fs. 21 a 89, concluye que "...la información presentada bajo un análisis financiero vertical y horizontal, a nivel de profundidad y tabulación de la información demuestra que ECUACAMBIO FINANCIERA S.A. no cumplió con el mínimo de solvencia estipulado en las leyes y normativas financieras de dicho periodo en el cual ocurrió su cierre". **b).** De fojas 90 a 129, se anexan copias certificadas de la Resolución No. SB-2000-0413, de 20 de marzo del 2000; copias certificadas de los memorandos Nos. INSFOE-2000-0271 de 6 de abril del

2000; INSFOE-2000-0240, de 31 de marzo del 2000; copia certificada de la Resolución No. JB-2000-212, de 20 de abril del 2000; copias certificadas de los oficios No. INSFOE-2000-0435, 412, 0904216 de 3 de abril y 28 de marzo del 2000; y, 3 de diciembre de 1999 respectivamente; copia certificada del informe No. INSFOE-2000-023 de 15 de marzo del 2000. Estos documentos se relacionan con el programa de vigilancia preventiva en ECUACAMBIO FINANCIERA SOCIEDAD ANÓNIMA; alcances a los informes de la Junta Bancaria sobre la situación de la Sociedad Financiera ECUACAMBIO, en el que se evidencia que según el Interventor Delegado, a pesar de que los estatutos señalan que el Directorio debió conocer con anterioridad a su concesión la operación activa otorgada a la compañía Shrimp Sinaí, localizada en Egipto, no existe evidencia de que esto haya sucedido, habiéndose responsabilizado con su autorización al sentenciado Soliman El Aasser, Gerente General de la entidad; que este crédito sobre pasó el 15% del patrimonio técnico a la fecha de concesión 8 de diciembre de 1998, por la suma de USD. 840.000 dólares, crédito que se calificó como diferente, con un requerimiento de provisiones del 40% debido a que la hipoteca que lo garantizaba, no cubre el riesgo; la resolución de la Junta Bancaria en la que se dispone la liquidación forzosa de los negocios, propiedades y activos de ECUACAMBIO; informe de la Intendencia Nacional de Sociedades Financiera y otras Entidades, que manifiesta que Ecuacambio, presenta una posición deficitaria patrimonial de \$ 5.507 millones que representa el -40.65% del patrimonio técnico constituido; situación que ubica a la entidad en lo dispuesto en el Art. 144 reformado de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. Todos los documentos presentados evidencian el manejo irregular del Ecuacambio. **c).** De fs. 140 a 297, la Procuradora Judicial Encargada de la Superintendencia de Banco y Seguros, remite copia del memorando No. DNEL-2009-585 del 22 de octubre del 2009, suscrito por el Director Nacional de Entidades en Liquidación de ese organismo, al que se anexan las copias de los informes del auditor interno: plan anual de auditoría 1998-1999; 1997-1998 y 1996-1997; así como las resoluciones Nos. SB-2000-0413 de 20 de marzo del 2000 y JB-2000-212 del 20 de abril del 2000; del memorando No. INSFOE-2000-0271 de 6 de abril del 2000 y los estados financieros de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1999 y enero – abril del 2000, documentos que dan cuenta de la situación de Ecuacambio y formaron parte del proceso.- **CUARTO.- DICTAMEN DE LA FISCALÍA GENERAL.-** El Dr. Alfredo Alvear Enríquez, Director Nacional de Asesoría, Subrogante del Fiscal General del Estado, en cumplimiento a lo dispuesto por el Art. 365 del Código de Procedimiento Penal, manifiesta: Que el recurso de revisión es concebido como un remedio a la injusticia de la condena de un inocente, mediante sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, cuando aparecen nuevas pruebas que enervan o destruyen las que sirvieron de base para la condena, por esa razón el Art. 360 del Código de Procedimiento Penal en su parte final dispone que "excepto en el último caso, la revisión solo podrá declararse en virtud de nuevas pruebas que demuestren el error de hecho de la sentencia impugnada", siendo imprescindible la presentación de nuevas pruebas que, además de aportar elementos que hasta ese momento eran desconocidos, debe ser relevante de forma tal que permita controvertir la cosa juzgada. Continúa manifestando el doctor Alvear que las diligencias y

documentos incorporados por el impugnante, no determinan la presencia de nuevos datos o indicios que antes no pudieron ser probados, pues se remiten a los elementos probatorios que fueron analizados en el proceso y sirvieron de antecedentes para dictar la sentencia de condena; y el informe contable, en sus conclusiones ratifica que "...ECUACAMBIO FINANCIERA S.A. o cumplió con el ánimo de solvencia estipulado en las leyes y normativas financieras de dicho periodo en el cual ocurrió su cierre", lo que confirma la decisión de condena, y no permite modificar los fundamentos de la sentencia y menos aún determinar la existencia de errores de hecho que deban ser subsanados mediante este recurso. Concluye manifestando el Dr. Alvear que por cuanto no se ha justificado el error de hecho consignado por el sentenciado, considera que la Sala debe declarar la improcedencia del recurso de revisión.-

**QUINTO: APRECIACIÓN DOCTRINARIA SOBRE LA REVISIÓN.-** Es necesario hacer algunas precisiones tanto de orden doctrinario, legal y jurisprudencial con respecto al recurso de revisión. Zavala Baquerizo (El Proceso Penal Tomo Quinto) dice: "El nuevo examen de una causa, que aunque seguida según el orden legal, contiene un error de hecho manifiesto y perjudicial"; este recurso entonces, tiene por objeto el proceso en el que se ha dictado una sentencia por parte del jurado de decisión y su finalidad es rectificar, no errores de derecho sino errores de hecho que provocaron perjuicio manifiesto. Por su parte, Esiquio Manuel Sánchez y Jorge Velásquez Niño, en su libro Casación, Revisión y Tutela en Materia Penal (Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez 1995, Santa Fé de Bogota) manifiestan que "la Revisión es una acción procesal que pretende remover mediante un nuevo debate probatorio, la sentencia condenatoria que se encuentren ejecutoriadas, cuando las mismas resulten ser injustas por haber sido proferidas teniendo como base un error de hecho sobre la realidad material; el fundamento para ejercitarla debe ser un error judicial de hecho que no de lugar a violación indirecta de la Ley sustancial, es decir, no es un error dado por la apreciación probatoria del funcionario - aquí el equívoco no es sobre la verdad procesal- sino sobre la verdad histórica, real o material, es decir, que se fundamenta en la disparidad de entre los hechos declarados en la decisión y los realmente acaecidos". La jurisprudencia ecuatoriana ha consagrado este recurso refiriéndose a aquel, como "La revisión constituye una verdadera acción impugnatoria de la sentencia que habiendo determinado la pena, se halla ejecutoriada. Es planteada con el objeto de constituir una situación jurídica distinta a la que existía, o modificarla o extinguirla, haciendo uso del recurso extraordinario que persigue en definitiva, rescindir la sentencia pronunciada con error de hecho, mediante nueva instancia que trate la misma cuestión a la que se refiere la sentencia impugnada pretendiendo la resolución justa de una de las Salas de la Corte Suprema, hoy "Corte Nacional". En el caso en cuestión, el recurrente se sustenta en las causales 3 y 4 del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal. **SEXTO: ANÁLISIS DE LA SALA.-** El recurso de revisión es un mecanismo legal para dejar sin efecto una sentencia condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada, para lo cual, la Ley determina que se deben aportar nuevas pruebas, excepto si se alega que no se hubiere comprobado conforme a derecho la existencia del delito, esto es la causal sexta del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, en el caso sub júdice el recurrente interpuso su recurso por las causales 3 y 4 del Art. 360 del Código de Procedimiento

Penal que dice: (causal tercera), si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o títulos falsos o de informes periciales maliciosos o errados; (causal cuarta), cuando se demostrare que el sentenciado no es responsable del delito por el que se lo condeno. Con respecto a estas causales invocadas por el recurrente, estas pueden justificar la admisibilidad y procedencia de la revisión, siempre que se sustenten en nuevos medios de prueba que se formulen y se practiquen ante la Sala que sustancia el presente recurso, las diligencias y documentos presentados por el impugnante no acreditan prueba suficiente, pues debe tomarse en cuenta que con los nuevos medios de prueba que se formulen, se debería generar un nuevo debate procesal, para confrontar los resultados de dichos medios con los resultados que se obtuvieron en las actuaciones probatorias generadas en el juicio principal, de modo que, frente a la ausencia de este debate y de una nueva controversia, la Sala no dispone de los elementos de información necesarios para realizar el análisis de mérito respecto a la impugnación planteada. En el presente caso, en referencia a la causal tercera invocada esta procede siempre y cuando esta circunstancia hubiere influido en la decisión de la causa, de tal manera que si entre el hecho real y el que se introdujo en el proceso, no existe coincidencia por haber sido alterado sustancialmente a través del medio probatorio o cuando el hecho jamás existió históricamente y el medio probatorio aparentó su realidad procesal, entonces no corresponde a la realidad histórica y si ésta provocó una condena estamos ante una injusticia judicial que puede ser ratificada por el recurso de revisión, pero para que tenga lugar el mismo, el documento, el testigo o el informe pericial que en estos son falsos, maliciosos o errados deben haber servido esencialmente para dictar la sentencia condenatoria, lo que en el presente caso no ha ocurrido. Por otro lado en cuanto a la causal cuarta de que el recurrente no es responsable del delito por el que fue condenado tampoco hay prueba que demuestre que el Tribunal Penal sin tener la certeza de la existencia del delito y de su responsabilidad pronunció el fallo condenatorio imponiendo a un presunto inocente la pena de ocho años de reclusión. Así mismo, el juzgador en el considerando Vigésimo de la sentencia recurrida, manifiesta que el recurrente es el autor intelectual y material de la comisión de los ilícitos puntualizados en los artículos 129, 132 y 165 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y artículos 257 y 257-A del Código Penal, , pues de la sentencia emitida por el Segundo Tribunal de lo Penal de Pichincha se evidencia con suficiente motivación la autoría del recurrente en el delito por el cual ha sido sentenciado. Por todo lo expuesto se puede deducir que la impugnación planteada resulta inútil e inoficiosa, por lo que, Esta Primera Sala de lo Penal; **"ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA"**, acogiendo el dictamen fiscal, de conformidad con lo que dispone el Art. 367 del Código de Procedimiento Penal, se declara improcedente el recurso de revisión planteado por Mohamed Soliman Ibrahim El Aasser y se confirma la sentencia subida en grado. Devuélvase el proceso para los fines de Ley.- Notifíquese y Cúmplase.

Fdo.) Dres. Milton Peñarreta Álvarez, Juez Nacional, Gerardo Morales Suárez y César Salinas Sacoto, Conjucees.

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

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

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

---

No. 806-2009- C.T.

**En el juicio penal que sigue ALBA JADIRA CEVALLOS GAVILANÉS en contra de HÓLGUER EFRAÍN CHÁVEZ GUEVARA.**

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

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA - PRIMERA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL.-** Quito, 24 de mayo del 2011; a las 16H30.- **VISTOS.-** El Tribunal Penal de Pastaza, en sentencia condenatoria de fecha 4 de marzo de 2009, declara que José Ignacio Vallejo es autor responsable del delito de violación cometido en perjuicio de la menor Abigail Andrea Aranda Vargas, considerando que este delito se perfecciona no solo con la introducción del órgano viril, sino también cuando se utilizan otros objetos como los dedos conforme a lo determinado en el informe médico pericial y lo que manifiesta la propia ofendida en sus testimonio, resolviendo imponer al acusado la pena de cinco años de prisión correccional, atentas las circunstancias de su edad y lo dispuesto en el Art. 57 del Código Penal. El procesado presenta recurso de casación de la referida sentencia. Y siendo el estado de la causa, el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.-** Esta Sala tiene jurisdicción 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: 001-08-SI-CC de fecha 28 de noviembre de 2008, dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 de 2 de diciembre de 2008; la Resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre del 2008; y publicado en el R.O. No. 511 de 21 de enero del 2009; en nuestras calidades de Jueces Nacionales de esta Primera Sala de lo Penal y el sorteo de ley respectivo, avocamos conocimiento del presente juicio.- **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: FUNDAMENTACION DEL RECURSO.-** José Ignacio Vallejo, señala en su escrito de fundamentación, que: "Existe violación del artículo 309 numeral 2 del Código de Procedimiento Penal, porque la sentencia no enuncia las pruebas, la relación circunstanciada del hecho punible, ni de los actos del acusado que se estiman probados. Que se han

quebrantado los artículos que van del 84 al 88 del Código Procesal Penal, porque ningún hecho relacionado con el delito se ha llegado a probar, no se ha establecido la existencia de la infracción ni la responsabilidad del acusado, y que en el proceso no hay indicios suficientes para presumir el nexo causal entre el delito y sus responsables, siendo imposible establecer una presunción que se funde en hechos reales y probados. Se quebrantaron las disposiciones de los artículos 29, 512 y 413 del Código Penal, al no haberse tomado en cuenta atenuantes que presentó en el juzgamiento y porque no existió acceso carnal con las supuestas ofendidas, en cuyo caso, por el mérito de las versiones, se trataría de un delito de atentado al pudor, que tampoco ha cometido. **CUARTO: DICTAMEN FISCAL.-** El Doctor Alfredo Alvear Enríquez Subrogante del Ministro Fiscal General del Estado, en lo principal de su dictamen manifiesta en el considerando tercero: "La norma del artículo 309 del Código de Procedimiento Penal contiene una regulación específica que pretende ordenar la conformación clara, precisa y completa del contenido de una sentencia, a efectos que los justiciables puedan apreciar de manera objetiva e integral el pronunciamiento expedido por el órgano de juzgamiento; por tanto, los requisitos de esta regulación relacionados a aspectos de orden formal, no atañen en modo alguno a la juridicidad del contenido de la decisión judicial, porque bien pueden llenarse todos esos requisitos, pero a pesar de ello, los fundamentos de tal resolución pueden no ser conformes a la definición jurídica que corresponde a la hipótesis normativa que se construya a partir de la voluntad del legislador; de lo que deducimos, que una eventual contravención a esta norma, no es una fuente originaria que resulte idónea para plantear una impugnación en vía de casación, la que se surte fundamentalmente con la infracción de normas materiales o sustantivas, y por esta razón, el incumplimiento de estos requisitos formales está previsto en el artículo 330 numeral 2 del mismo código, como causa y antecedente de un recurso de nulidad. Mientras tanto que en los considerandos quinto y sexto de la sentencia que se impugna, el Tribunal realiza el análisis de los medios de prueba materiales y testimoniales producidos en la audiencia de juicio y que se relatan en el considerando cuarto del mismo fallo, de cuyo mérito y resultados obtiene la información necesaria para formar su convicción bajo parámetros de certeza, tomando en cuenta que la articulación probatoria se desarrolló ante sus presencia y dirección, respecto a la existencia objetiva de la infracción y la responsabilidad penal del acusado, lo que le condujo a construir razonamientos y conclusiones jurídicas válidas en la fundamentación del juicio de reproche; sin que en tal ejercicio jurisdiccional se advierta algún error o vicio de derecho, pues cuando el Tribunal procedió a establecer los hechos dando curso a una atribución exclusiva del Juzgador de instancia, asumiéndose aquellos como ciertos, esbozó una apropiada calificación jurídica de dichos hechos, y en consecuencia, fue correcta la selección de la norma material que estructura y consagra la hipótesis del tipo penal de violación contemplada en el artículo 512 del Código Penal; en tanto que la definición de la sanción se encuentra respaldada por la regulación y modificación previstas en la disposición del artículo 57 del mismo Código, en este caso, por circunstancias atenuantes a la edad del procesado." Concluye el Fiscal que no hay infracción a las normas de los artículos 84 a 88 del Código de Procedimiento Penal en los términos que se alega en la impugnación; como

igualmente tampoco advertimos que exista algún entredicho jurídico relacionado a la no aplicación o interpretación del alcance y efectos normativos del artículo 29 del Código Penal, tomando en cuenta que para los casos de delitos sexuales el legislador ha impuesto un régimen de restricción sobre la admisión de atenuantes limitado exclusivamente a los presupuestos descritos en el artículo 29.1 del mismo código. Por lo que estima que se debe desestimar lo planteado por el recurrente. **QUINTO:**

**CONSIDERACIONES 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 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; **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 en Art. 86 del Código de Procedimiento Penal. **5).-** En el caso que nos ocupa y luego de un análisis exhaustivo, esta Sala considera que el Tribunal Penal de Pastaza ha procedido de acuerdo con 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 de la sentencia, se ha justificado la existencia de la infracción, este es el delito de violación perpetrado en la menor Abigail Andrea Aranda Vargas, así mismo se ha demostrado la responsabilidad penal del acusado José Ignacio Vallejo como autor del delito de violación de la menor, por los presupuestos mencionados en la sentencia del Tribunal Penal de Pastaza como: a) El testimonio de la perito médico Dra. María de Lourdes Sánchez García, a quien se le pone a la vista el examen médico ginecológico de la menor Abigail Andrea Aranda Vargas, que obra a fojas 16 - 19, reconoce su firma y rúbrica impresa, en el examen médico legal que en sus conclusiones dice: Existe desfloración antigua, con una

desfloración himeneal de localización a las 12 si comparamos la membrana himeneal con la esfera del reloj, El orificio himeneal se encuentra dilatado, de bordes retraídos, presuntamente correspondería a una manipulación digital. b) El testimonio de la menor Abigail Andrea Aranda Vargas, c) El testimonio de Mary Isabel Cáceres Guevara, d) El testimonio de Holger Damián Escobar Miranda. Por todo lo expuesto vemos que se encuentra debidamente comprobada la existencia de la infracción ya que, se considera que todos estos elementos son claros, precisos, concordantes entre sí, determinando al hoy acusado como el autor del delito tipificado en el Art. 512 numeral 1, “Es violación... la introducción, por vía vaginal o anal, de los objetos, dedos y órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos: 1. Cuando la víctima fuere menor de 14 años. Considerando que él conocía a la menor, ya que era el dueño de la casa, en la que la menor vivía; además se ha comprobado la minoría de edad de Abigail Andrea Aranda, por tanto la circunstancia específica, constitutiva de la violación, es que la víctima sea menor de catorce años, y la prueba de esta edad es suficiente para calificar la infracción. **6)** El inciso primero del Art. 512 del Código Penal establece que el acceso carnal en una persona menor de catorce años, es violación; ha de probarse por lo tanto esta circunstancia con la relación cronológica entre la fecha de nacimiento de la víctima y de la realización del acceso carnal. La conducta se reprime exclusivamente por el "abuso" de la inferioridad o incapacidad en que la ley presume que se encuentra la menor, de la cual se aprovecha el sujeto activo del delito, quien no tiene necesidad de acudir a la violencia para vencer una oposición que la menor no presenta. Ante la falta de resistencia de esta última, el autor del hecho no requiere desplegar ninguna fuerza para obtener su cometido. El acceso sexual produce efectos graves en la víctima y en su familia. Estos efectos pueden destruir la autoestima, pueden conducir a las víctimas hacia el consumo de drogas o alcohol, producir estrés, miedo a los adultos, deseos de morir, agresividad con los animales y otros problemas emocionales que deben solucionarse a tiempo y de la mejor manera posible garantizándole a las personas afectadas sus derechos. Por lo expuesto, al no existir en la sentencia ninguna causal de violación a las normas establecidas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, aceptando la opinión del fiscal esta Primera Sala de lo Penal, “**ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA**”, al tenor de lo que dispone el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por José Ignacio Vallejo, y ordena se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen para los fines de ley. Notifíquese, publíquese 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 cinco copias que anteceden son iguales a su original.- Quito 13 de septiembre de 2011.

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

No. 808-2009- C.T.

**En el juicio penal que sigue MIGUEL ORDÓÑEZ VILLACRESES en contra de FERNANDO DÍAZ GUZMÁN.**

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

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, PRIMERA SALA DE LO PENAL.-** Quito, 30 de agosto de 2011; a las 15H00.- **VISTOS:** El sentenciado Fernando Xavier Ordóñez Guzmán y el acusador particular Miguel Ángel Ordóñez Villacreces, interponen recurso de casación de la sentencia dictada por el Tercer Tribunal Penal de Pichincha, el 27 de enero del 2009, que le impone a Fernando Xavier Díaz Guzmán, la pena modificada de tres meses de prisión correccional, por considerarlo autor responsable de abuso de confianza, tipificado y sancionado en el artículo 560 del Código Penal y al pago de la indemnización de daños y perjuicios. Sustanciada la causa, y cumplido el trámite respectivo, siendo el estado procesal el de resolver para hacerlo se considera; **PRIMERO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA:** Esta Primera Sala 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, 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 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:** a). El acusador particular Miguel Ángel Ordóñez Villacreces, en su escrito que consta de fojas 23 a 24 del expedientillo de casación, fundamenta su recurso en el Art. 3, numerales 3 y 5 de la Ley de Casación, la cual es procedente en materia civil y no penal, sin embargo de lo cual dice, que el Tribunal Tercero de lo Penal de Pichincha, ha infringido las solemnidades sustanciales del Art. 346 numeral 5 del Código de Procedimiento Civil, como ley supletoria; que en la parte considerativa de la sentencia el tribunal no hace mención a todas las pruebas aportadas y además no hace un análisis o examen alguno de ellas en sus considerandos y tampoco se observa la valoración en su apartados, por lo que por éstas y mas omisiones el Tribunal Tercero irrisoriamente y de manera por demás benigna le sentencia al imputado únicamente con tres meses de prisión correccional, por lo tanto apela a dicha pena con el fin de que se le incremente y básicamente se ajuste a lo que sanciona el Art. 560 del Código Penal, que estipula de uno a

cinco años de prisión. b). Por su parte el sentenciado Fernando Xavier Díaz Guzmán, en su escrito de fojas 14 a 22, luego de hacer un extenso alegato, sostiene que se ha hecho una falsa aplicación del art. 560 del Código Penal vigente y Arts. 84 al 88 del Código de Procedimiento Penal, no se ha comprobado la responsabilidad del acusado, que la supuesta admisión de responsabilidad del hecho, es violatorio a lo dispuesto en el Art. 77 numeral 8 letra c) de la Constitución de la República, pues nadie puede ser compelido a declarar contra si mismo en asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal, por lo que se viola también el Art. 81 del Código de Procedimiento Penal donde se reconoce el derecho a no auto incriminarse; que la sentencia debe contener los requisitos previstos en el Art. 309 del Código de Procedimiento Penal numeral 2. esto es 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, por lo que al no existir las pruebas practicadas debía pronunciarse sentencia absolutoria, aplicando el principio universal del indubio pro reo, consagrado en el Art. 4 del Código Penal; que se ha transgredido lo dispuesto en el Art. 168 numeral 6 de la Constitución de la República y el art. 83 del Código de Procedimiento Penal, pues se ha condenado a un inocente, que se ha violado el principio de inocencia, consagrado en el Art. 76 número 2 de la Carta Fundamental; que no se ha dado estricto cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 76 numeral 7 letra l) de la Constitución y Art. 304-A del Código de Procedimiento Penal, esto es, no se ha motivado la sentencia, por lo que solicita se acepte el recurso de casación y se dicte sentencia absolutoria a su favor. **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 tercero, el Tribunal Penal detalla la prueba incorporada a juicio para comprobar la materialidad o existencia de la infracción y que consiste en: a) el testimonio de la Ing. Dolores del Carmen Pazmiño Pavón, quien señala ser perito contable, que el objeto de su pericia era determinar si existe un perjuicio económico en la empresa “Jabonería del Valle S.A.”, que ha realizado una inspección in situ a las oficinas de la empresa ubicada en la Av. Amazonas N30-240 y Eloy Alfaro, donde le han proporcionado el nombramiento del Gerente General de la misma, señor Miguel Ángel Ordóñez Villacreces, copia certificada de la planilla de aportes al IESS correspondiente a enero del 2001, copias de la fecha de salida del señor Fernando Díaz, copia certificada de las cuentas por cobrar al 18-10-2004, copia certificada del listado de las notas de crédito cortado al 18-10-2004, que en la documentación que le entregaron no ha existido el respaldo del ingreso a la empresa por parte del señor Fernando Xavier Díaz Guzmán quien laboró en la empresa desde el 1 de agosto hasta el 28 de octubre del 2004, que se ha desempeñado como vendedor cobrador, que ha examinado las facturas legales emitidas a los diferentes clientes a cargo del señor Fernando Díaz, que ha establecido que los valores recaudados constantes de las facturas no has sido ingresados a la empresa, que no ha existido respaldo contable del ingreso, que en razón de que los clientes justificaron a la empresa los pagos realizados al señor Fernando Díaz Guzmán la

empresa ha emitido las diferentes notas de crédito, que luego de realizar su informe con la documentación de respaldo ha llegado a la conclusión de que no existe ningún documento contable que haya justificado que el señor Fernando Xavier Díaz Guzmán haya entregado los valores recaudados a la empresa por las cantidades y conceptos contenidos en las facturas, que ha concluido además que el monto del perjuicio económico a la empresa Jabonería del Valle S.A.", ascendería a la cantidad de \$ 10.313,02, que las conclusiones de su informe se refiere únicamente a las facturas que se encuentran adjuntas al proceso de fs. 158 a 164, que al momento de que los clientes aparecen con facturas canceladas la empresa contablemente para poder dar de baja estos valores los asume como cuentas por pagar del señor Fernando Díaz quien era el responsable, que el señor Fernando Díaz ha firmado un documento en que declaraba haberse dispuesto esos valores, que su informe se había basado en los documentos que le fueron entregados en la empresa para el examen; 2) con las facturas incorporadas por el señor Fiscal en la audiencia, las cuales son descritas con su número, fecha, a nombre de quien y su valor, las que corresponden a la compañía "Jabonería del Valle S.A.", "Jabovalle", con registro único de contribuyentes N° 1709533192001, en que consta como vendedor el Señor Fernando Díaz; 3) copias de las facturas incorporadas por el señor Fiscal en la audiencia impresas en papel color verde N° 001-001-0315219 de 23-09-2004 por 873,24 dólares, girada a nombre de Estévez Ángel; 001-001-0315 de 24-09-2004 por 1.304 dólares a nombre de Velásquez Diocelina; 001-001-0315870 por 1.195,11 dólares a nombre de Velásquez Diocelina; 001-001-0314 de 21-09-2004 por 70,64 dólares a nombre Velásquez Diocelina, que fueron las que los señores Estévez Ángel y Diocelina Velásquez entregaron al momento de ser entrevistadas por la señora policía Tatiana Almeida; y 4) con las facturas incorporadas por el señor Fiscal en la audiencia, impresas en papel de color blanco N° 001-001-0304107 de 15-07-2004 por 648,27 dólares a nombre de Estévez Ángel; 001-001-0302144 de 30-06-2004 por 501,27 dólares a nombres de Estévez Ángel; y, 001-001-0295644 de 21-05-2004 por 660,29 dólares a nombre de Estévez Ángel con una escritura que se lee "cancelado" que también fueron entregadas a la policía Tatiana Almeida por parte de los clientes Estévez Ángel y Diocelina Velásquez. En cuanto a la responsabilidad penal de Fernando Xavier Díaz Guzmán, el juzgador en el considerando cuarto, analiza: 1) testimonio del acusador particular señor Miguel Ángel Ordóñez Villacreses, en su calidad de Gerente y Representante legal de la compañía "Jabonería del Valle", quien dice que, el 15 de octubre del 2004, se había detectado por parte de los funcionarios de la empresa un faltante en la cartera a cargo del señor Fernando Díaz, quien trabaja para la empresa como representante de ventas, que les llaman Gerentes de Zona, que había estado encargado de atender el sector del Valle de Tumbaco, que ha trabajado para la empresa dos o tres años, que el trabajo consistía en tomar los pedidos del cliente para que sean despachados el día siguiente por la empresa a los clientes de la zona atendida por él, que luego debía realizar el cobro de las facturas emitidas, que los clientes tenían un plazo determinado para pagar de 8, 20 hasta 30 días, que los plazos los aprobaba la empresa, que los clientes no siempre cumplían, que los vendedores recibían el pago en cheque o en efectivo, que cuando el cliente cancelaba el valor de la factura el vendedor debía ingresar el dinero de la empresa haciendo referencia a la

factura que pagaba el cliente, que se ha realizado una auditoria al señor Fernando Díaz Guzmán, estableciéndose que había cobrado a algunos clientes y que no había ingresado el dinero en la empresa, que esto se ha comprobado con la certificación dada por el contador de la empresa, que es el señor Fernando Díaz había reconocido que se había dispuesto los valores cobrados a los clientes por alrededor de \$ 10.000,00, que había quedado en pagar por partes, sin pagar nada, que al presentar su renuncia había firmado un documento en el que reconoce haberse dispuesto ese dinero y en el que se detallan las facturas y los valores correspondientes, pero como no ha cumplido se ha presentado la denuncia, que una oficial de la policía judicial ha comprobado con los clientes del señor Díaz, que éstos ya le habían pagado las facturas objeto de la denuncia. Prosigue su intervención el Dr. Alvear en su considerando CUARTO, señalando que las únicas diligencias que hacen prueba, son las reproducidas en el juicio, lo cual ha ocurrido con los testimonios recibidos de 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 considera que no se ha vulnerado las disposiciones legales citadas por el acusador particular Miguel Ángel Ordóñez Villacreses, como también lo manifestado por el sentenciado Fernando Xavier Díaz Guzmán en relación a la aplicación del Art. 560 del Código Penal, así también que se infringieron disposiciones relativas a la valoración de la prueba y que la sentencia no se encuentra debidamente fundamentada. En virtud de lo expuesto solicita que la Sala rechace por improcedentes los recursos interpuestos. **QUINTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.-** La Sala, previa resolución, reliva 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 *infra 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).- **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: **a).** Testimonio de la policía Ermita Tatiana Almeida Mazón, de la brigada Misceláneos de la Policía Judicial, quien señala que ha elaborado un informe sobre los trabajos realizados, que ha receptado las versiones de los señores Miguel Ángel Ordóñez Villacreces denunciante, del señor Marco Diego Acosta Vásquez, Contador de la empresa, que además ha realizado entrevistas a los clientes del sector de Yaruquí, que ha entrevistado a la señora Diocelina Velásquez, que ella ha manifestado que en el año 2004 había sido cliente de la jabonería del Valle, que los pagos de las facturas los ha realizado puntualmente al señor Fernando Xavier Díaz Guzmán, que se ha entrevistado además con el señor Ángel Estévez, quien ha indicado que en el año 2004 realizó varias compras a crédito a Jabonería del Valle las que ha pagado puntualmente al señor Fernando Díaz, que adjuntó a su informe las guías; **b).** El documento incorporado por el acusador particular, suscrito por el señor Fernando Díaz en el que se lee: “ Yo Fernando Díaz Guzmán, con cédula de ciudadanía N° 090537794-1, libre y voluntariamente declaro en forma expresa que cobré las facturas de Jabonería del Valle S.A. que se detallan a continuación que suman \$ 10.251,03, y que me he dispuesto arbitrariamente de la totalidad de ese dinero sin ninguna autorización ni conocimiento de la compañía.”, haciendo constar los números de las facturas con un total de \$ 10.251,03. La Sala establece que el procesado Fernando Xavier Díaz Guzmán ha incurrido en el delito de Abuso de Confianza tipificado y sancionado por el Art. 560 del Código Penal, ya que se encuentra demostrado que en su calidad de empleado, desvió fondos que debían ingresar a la compañía Jabonería del Valle S.A. producto de las ventas. Es clara la intención de beneficiarse empleando manejos fraudulentos con el propósito de perjudicar al beneficiario de los dineros cobrados principalmente a clientes de la empresa, todos estos dineros fueron en su beneficio personal, de ahí que las alegaciones de que se violó el principio contenido en el Art. 4 del Código Penal, es a todas luces improcedente. Por otro lado la Sala considera que no se ha vulnerado las disposiciones legales citadas por el acusador particular Miguel Ángel Ordóñez Villacreces, ya la prueba actuada cumple con los principios de oralidad, inmediación, y contradicción, en base de la cual el juzgador llega a la certeza de que se ha comprobado el delito de abuso de confianza así como que el acusado es el responsable. 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 CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA**

**REPUBLICA”**, al tenor de lo que dispone el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedentes los recursos de casación interpuestos por Fernando Xavier Ordóñez Guzmán así como por el acusador particular Miguel Ángel Ordóñez Villacreces. Devuélvase al proceso al Tribunal de origen. 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 Cúmplase.

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 diez copias que anteceden son iguales a su original.- Quito 13 de septiembre de 2011.

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

---

No. 809-2009- C.T.

**En el juicio penal que sigue JUAN ARÉVALO CHACÓN en contra de ABRAHAM AYABACA BARREROS**

**JUEZ PONENTE: ARTURO PÉREZ CONJUEZ NACIONAL (ART. 141 CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL)**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA DE LO PENAL.-** Quito, 12 de julio del 2011; a las 15h30.- **VISTOS:** El Tribunal de Garantías Penales de Morona Santiago, con fecha 9 de marzo del 2009; a las 14h30, ha dictado sentencia en contra de ABRAHAM AYABACA BARREROS, por encontrarlo autor material y responsable del delito de asesinato tipificado en el artículo 450 del Código Penal, circunstancias 1 y 4, imponiéndole la pena de 20 años de reclusión mayor especial. El sentenciado y el acusador particular Juan Arévalo Chacón, han interpuesto Recurso de Casación.- Remitido el proceso a esta Sala y siendo el estado el de resolver se considera: **PRIMERO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA.-** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1; Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador publicada en el R.O. No. 449 de 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; 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, 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 Conjuerz Nacional respectivamente, de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento del presente juicio. **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 DE LOS RECURSOS.- 1.-** El procesado **ABRAHAM AYABACA BARREROS**, al fundamentar su recurso manifiesta: a) De la simple versión rendida por el sobrino Cesar Eduardo Ayabaca Barreros, supuesto testigo ocular de los hechos y quién vivía y dependía económicamente de su tío Abraham Ayabaca Barreros, personas que prestaban sus servicios a los occisos CARLOS SAUL AREVALO PEÑARANDA Y GLORIA LUCINDA CHACON AREVALO, por un lapso aproximado de siete meses, tiempo en el cual nunca existió discordia alguna. b).- Se procede a plagiar por parte de los familiares de los occisos (hijos), a Cesar Eduardo Ayabaca Barreros, quienes bajo amenazas y tortura física somete e inducen a que el supuesto testigo ocular declare en contra de su tío, armando una hipótesis que no concuerda con los recabados. **DEBO RECALCAR QUE LA HIPOTESIS NACE DE LOS DATOS, PRUEBAS, INDICIOS Y PIEZAS DE CONVICCIÓN OBTENIDOS DURANTE LA INSPECCIÓN OCULAR O DE LA POSTERIOR INVESTIGACION, SOLO LA EXPERIENCIA COBRA UN VALOR REAL, AJUSTANDO LA TEORIA, LO QUE DESEMBOCA EN JUICIOS PRECIPITADOS POR EL INTERES DEL SUCESO CRIMINAL, SENTENCIANDOSE A PERSONAS INOCENTES, COMO ES EL PRESENTE CASO.** c).- Consta en la Fiscalía del Cantón Méndez Provincia de Morona Santiago, la denuncia presentada por plagio de Cesar Eduardo Ayabaca Barreros, por parte de su madre la señora María Magdalena Ayabaca Barreros, indagación Previa No. 64-2008, del cual se hizo caso omiso. Presión física y psicológica por parte de los familiares de los occisos, entre ellos Ubaldo Chacón Arévalo y otros, quienes en conjunto con la Policía Nacional, con fecha 31 de marzo del 2008, proceden a detener a Cesar Ayabaca Barreros, someten al supuesto testigo ocular, como consta de la evaluación psicológica, practicada por el Dr. JULIO ENRIQUE SUAREZ DIAZ, en el claramente manifiesta, que Cesar Ayabaca, fue sujeto de presión física y psicológica (intimidación), miedo a hablar por temor a represalias y hacer castigado, que ante cualquier intimidación es muy frágil a mentir, fue la Policía quien le presiono en el sentido de que diga lo que él quería que diga... d) Si dentro de la sentencia se reconoce que el testimonio rendido por CESAR AYABACA BARREROS, en contra de su tío Abraham Ayabaca Barreros es violatorio a la Constitución de la República del Ecuador, en sus artículos 76, numeral 4, 7, literal c), e),g), Art. 77, numeral 1, 7, literal c), numeral 8, en su parte pertinente dice: **NADIE PODRA SER LLAMADO A DECLARAR EN JUICIO PENAL CONTRA SU CONYUGE, PAREJA O PERIENTES HASTA EL CUARTO GRADO DE CONSANGUINIDAD O SEGUNDO DE AFINIDAD...**; viola el Art. 126, del Código de Procedimiento Penal; e) Se procede a una detención ilegal de Abraham Ayabaca Barreros, el 31 de marzo del 2008, sin orden de autoridad competente, por una

declaración ilegal en la que Cesar Ayabaca, bajo presión física es obligado a incriminar a su tío, violándose el Art. 77, numeral 1, 2, 3, 4 y 7, literales a) y c), de la Constitución de la República del Ecuador, la ley prevé solo para el delito flagrante la aprehensión sin orden de autoridad, Art. 162, Código de Procedimiento Penal, no se aporta elementos materiales técnicos o científicos que pueda sostener dicho testimonio, que después fue desmentida ya que fue obtenido bajo amenazas y presión Psicológica y física. Señores Miembros de la Corte, para que exista la culpabilidad de una persona, tiene que imperar el principio de la legalidad, que tiene que ser enervado por pruebas que hayan llegado con las debidas garantías al proceso. Pero se han lesionado todas las garantías Constitucionales, penales y civiles, lo que ilegítimo todo lo investigado y actuado por el Ministerio Público, Juez de Primera Instancia y Jueces de Segunda Instancia, lo que acarrea la nulidad de todo lo actuado, surgiendo EL PRINCIPIO DE INOCENCIA, garantizado en la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 76, numeral 2; Nada tiene que ver Abraham Ayabaca Barreros, en las muertes de los cónyuges Arévalo Chacón, que la justicia brille, antes que un inocente sea condenado por un hecho que nunca cometió. **2.- JUAN AREVALO CHACON**, al fundamentar el recurso de casación expresa lo siguiente: El Tribunal Penal de Morona Santiago, el 9 de marzo de 2009, las 14h30, dicta sentencia en el presente proceso, previo el análisis exhaustivo del expediente, e impone al acusado ABRAHAM AYABACA BARREROS, la pena de VEINTE AÑOS DE RECLUSION MAYOR ESPECIAL, sin opción a atenuantes por concurrir agravantes del Art. 450 del Código Penal vigente. De conformidad con la prueba actuada en el proceso, tanto la practicada a solicitud del Agente Fiscal Dr. Miguel Ángel Villamagua Jiménez, como la presentada por el compareciente, en mi calidad de acusador particular; se desprende claramente que el autor responsable del asesinato de mis padres CARLOS SAUL AREVALO PEÑARANDA Y GLORIA LUCINDA CHACON AREVALO, en su cometimiento, no solo concurren dos circunstancias agravantes, sino las siguientes: Con alevosía, con ensañamiento, cuando se ha imposibilitado a la víctima defenderse, por un medio cualquiera capaz de causar grandes estragos, como medio de preparar, facilitar, consumir u ocultar otros delito. Las agravantes que he mencionado y que constan claramente, evidenciados en el proceso, da como consecuencia que perfectamente se haya adecuado la conducta delictiva del procesado a la norma tipificada como ASESINATO en el Art. 450 del Código Penal, pero la pena a que se hace acreedor este engendro del demonio deberá ser reprimido CON RECLUSION MAYOR ESPECIAL DE VEINTICINCO AÑOS, y no como benignamente el Tribunal Penal de Morona Santiago lo ha condenado a VEINTE AÑOS. Por los antecedentes expuestos, solicito señores Jueces se declare precedente el RECURSO DE CASACION que tengo interpuesto, aplicándole a este criminal la PENA MAXIMA DE VEINTICINCO AÑOS DE RECLUSION MAYOR ESPECIAL. **4.- DICTAMEN FISCAL.-** El Dr. Alfredo Alvear Enríquez, Director de Asesoría Jurídica, Subrogante del Fiscal General del Estado, al contestar el recurso de casación propuesto por los recurrentes en lo principal dice lo siguiente: El impugnante Abraham Ayabaca Barreros, en su escrito sostiene que en la sentencia dictada por el Tribunal Penal se han violado principios constitucionales y

normas legales, al imputarle y condenarle injustamente por el delito de asesinato, tipificado en el Art. 450 numerales 1 y 4 del Código Penal; que las normas de derecho inobservadas y las erróneamente aplicadas son las siguientes: Arts. 76, numerales 4 y 7 literales c) e) y g); 77 numerales 1 y 7 literal c) y 8 de la Constitución de la República del Ecuador en vigencia; y el Art. 88 del Código de Procedimiento Penal, al haber considerado pruebas carentes de valor. Concluye solicitando se case la sentencia y se le absuelva de todo cargo. El acusador particular Juan Arévalo Chacón, en su fundamentación argumenta, que en el cometimiento del delito no solo concurrieron dos circunstancias agravantes, por lo tanto Abraham Ayabaca Barreros debe ser sentenciado de conformidad con el Art. 450 del Código Penal a la pena máxima de 25 años de reclusión mayor especial. Al revisar la sentencia impugnada, reparo que el Tribunal Penal en los considerandos Cuarto y Quinto, describe la prueba incorporada a juicio, la misma que consiste en: a) Las actas de identificación de los cadáveres de quienes fueron Carlos Saúl Arévalo Peñaranda y Gloria Lucinda Chacón Arévalo, por Joab Carlos Arévalo Chacón y Ubaldo Chacón Arévalo, diligencia practicada en la ciudad de Méndez; b) Protocolo de autopsia de quien fuera Gloria Lucinda Chacón Arévalo, practicada por los peritos doctores José Matute Ochoa y José Loyola Montero, describiéndose que el cadáver al examen externo presentaba a nivel de cráneo el rostro desfigurado, a causa de una herida cortante de 4 centímetros de longitud en sentido sagital, en región parietal derecha, que compromete piel, tejido celular subcutáneo y músculos; otra herida de 3 cm en región frontal izquierda sobre el arco superciliar, en sentido horizontal, que compromete piel, tejido celular subcutáneo y músculos, hematoma periorbitario total en el ojo izquierdo, herida en la mejilla izquierda de forma ovalada de 3 cm, que compromete piel tejido celular subcutáneo, en mejilla derecha una herida de 2 cm longitudinal que compromete piel, tejido celular subcutáneo; herida de 2 cm a nivel de cara palmar en la mano izquierda; se encuentra una herida cortante oblicua en región tenar de 6 cm que compromete piel, tejido celular subcutáneo y músculos y dos heridas cortantes de cara palmar de pulgar izquierdo. Al examen interno de la cavidad craneana se encuentran dos hematomas en lóbulos parietal y frontal y occipital, a nivel del cuello y crepitación del tejido celular subcutáneo. Causa postraumático con hemorragia intracerebral. Protocolo de autopsia de Carlos Saúl Arévalo Peñaranda, practicada por los peritos José Matute Ochoa y Marcelo Abad Tapia, al examen externo presenta a nivel del cráneo el rostro desfigurado en mitad izquierda, tres dientes incisivos superiores con ruptura parcial, fractura de huesos nasales, herida de 4 cm en mejilla izquierda, herida cortante profunda en sentido oblicuo, en región frontal derecha de 8 cm de longitud dejando entrever masa encefálica, herida en sentido horizontal a nivel de región parietal derecha de 8 cm de longitud profunda que también deja entrever masa encefálica y herida cortante de 6 cm de longitud en sentido oblicuo a nivel de región occipital derecha. Al examen interno, de la cavidad craneana meninges y tejido encefálico de aspecto hemorrágico. Causa probable de la muerte, traumatismo encefalo craneano grave postraumático con hemorragia intracerebral; c) Parte Policial sobre el levantamiento de los cadáveres, elaborado por el policía Iván Zambrano Quintana de la Policía Judicial, efectuado en la vía Limón Indaza; d) Reconocimiento del lugar de los

hechos realizada por el Policía Edison Escobar Cárdenas, en el sector La Paz, parroquia San Luis del Acho, cantón Méndez, finca de los cónyuges Carlos Saúl Arévalo Peñaranda y Gloria Chacón Arévalo, al que se accede por un camino de herradura, caminando unas dos horas aproximadamente, donde existe un inmueble de madera y en el piso de madera se observaron manchas rojas de presumible sangre, a unos 300 metros de distancia, el lugar donde fueron encontrados los cadáveres. Que todo este lugar es despoblado, sin alumbramiento público, la casa más cercana se ubica a media hora de camino; y es la que habita Abraham Ayabaca Barreros con su familia; así mismo, mediante diligencia de reconocimiento practicada por la Fiscalía y la Policía Judicial, se ha observado que el piso ha sido limpiado, observándose además manchas rojizas de posible sangre, así como en las vigas laterales y en las tablas de las paredes; e) Mediante testimonio anticipado César Eduardo Ayabaca Barreros el 9 de abril del 2008, testifica que el día lunes que cree era 5 de marzo del 2008, luego de la jornada de trabajo el occiso Carlos Arévalo con un trabajador apodado (meler), a eso de las 14h00 le ha pedido a su tío Abraham Ayabaca que suba a la casa, para que le dé activando una tarjeta celular, por lo que efectivamente Abraham subió atrás del dueño de la finca que lo hacía en una mula y que atrás de su tío iba el declarante, en el trayecto su tío fumó un cachito de marihuana; que cuando llegaron a la casa en la que se encontraba la propietaria Gloria Lucinda Chacón Arévalo, por cuestiones del ganado se han puesto a discutir por cuanto el ganado estaba flaco por lo que se ha acalorado la discusión, observando el declarante que su tío con el machete que portaba, le acertó al occiso un machetazo a la altura del hombro izquierdo, quién se encontraba sentado en una silla cayendo al piso, por lo que su tío también a ella le dio un machetazo a la altura del cuello, cayendo al suelo y cuando el propietario de la finca trató de incorporarse, le propició mas machetazos hasta dejarlo sin vida, cosa igual ha hecho con su cónyuge, luego le ha pedido a su tío Abraham, le ayude a cargar los cuerpos sin vida y ante su negativa, el mismo los ha cargado en un plástico negro yendo a votarlos al pié de un árbol a unos 30 metros de distancia de la casa, después su tío en el interior del dormitorio de la casa ha tomado \$1874,00, baldearon la sangre existente en la casa, esparció los documentos de los occisos en el exterior de la casa y se retiraron del lugar; en el trayecto, en un riachuelo se bañó su tío y lavó las manchas de sangre de su buzo, al día siguiente mudaron ganado de la finca, de los cuales su tío tomó cuatro vacas y dos vaconas las que las escondió, partes de las cuales las vendió al otro día a comerciantes del Puyo de nombres Agustín Delgado y Víctor Tayupanta; el día viernes ha llamado a sus hijos de quienes mató, ofreciéndoles buscarlos, se han traslado hasta una casa de madera ubicada en el último lindero de la finca, en donde su tío ha dejado escribiendo con carbón "Carlos Arévalo vamos a traer marihuana", después de nuevo ha llamado a sus familiares del occiso indicándoles no haberlos encontrado; e) El acusador particular Juan Arévalo Chacón, en su testimonio confirma que sus padres Carlos Saúl Arévalo Peñaranda y Gloria Lucinda Chacón Arévalo, vivían en la finca de propiedad ubicada en el sector La Paz, a unas dos horas del camino de la entrada a Plan Grande, parroquia San Luis de Acho, del cantón Santiago de Méndez, de 300 hectáreas, en la cual vivía también el empleado Abraham Ayabaca como cuidador del ganado; que luego de recibir llamadas por el

celular de parte de Ayabaca, con su hermano Joab Carlos ha salido desde Cuenca el 8 de marzo del 2008, llegando a la finca a eso de las 07h30 a 8h00 del siguiente día, procediendo de inmediato a buscar a sus padres, encontrándolos tendidos en el suelo muertos, por herida de machete, comunicándose de inmediato con las autoridades para las diligencias de ley. Posteriormente, el 31 de marzo del 2008, por disposición de la Fiscalía debían rendir sus versiones Abraham Ayabaca y su sobrino César Ayabaca, encontrándose únicamente este último, que la policía lo ha trasladado a la oficina de la Fiscalía, quien en el trayecto ha relatado como su tío Abraham asesinó a los propietarios de la finca, lo cual ha declarado en la Fiscalía; así mismo, su hermano Joab Carlos Arévalo Chacón en la audiencia de juzgamiento testifica en los mismos términos; f) Los doctores José Rodrigo Matute Ochoa, José Antonio Loyola Montero y Marcelo Alfonso Abad Tapia, en sus testimonios rendidos en la audiencia de juzgamiento, confirman su intervención como médicos peritos en la autopsia de los cónyuges Carlos Saúl Arévalo Peñaranda y Gloria Lucinda Chacón Arévalo, quienes coinciden que los cadáveres presentaban heridas cortantes en la cabeza, cara y tórax; g) Los testigos Cléber Antonio Cabrera, Ulbio Antonio Navia Cedeño, así como el policía Diego Benavides, Santiago Orlando Cuji Marca, Cléber Antonio Granda León y Milton Torres Zhispón, en la audiencia de juicio testifican haber estado presentes y haber escuchado la declaración de César Ayabaca Barreros afirmando que su tío Abraham Ayabaca fue la persona que asesinó a los cónyuges Carlos Arévalo Peñaranda y Gloria Chacón Arévalo, propietarios de la finca donde trabajaban, dándoles machetazos; que efectivamente verificaron la existencia de algunas vacas escondidas por Abraham Ayabaca en el monte conforme lo indicó César Ayabaca, al igual que la leyenda "Arévalo llevamos marihuana, somos 10" inscrita en la casa de madera abandonada; h) Una vez que comparece a la audiencia de juzgamiento César Eduardo Ayabaca Barreros retractándose en el testimonio anticipado, dice que Ubaldo Chacón, un policía y Cléber Cabrera le indujeron a declarar acusando a su tío Abraham Ayabaca como autor del asesinato. En el caso el recurrente Ayabaca al fundamentar el recurso arguye que el Tribunal Penal ha violado las citadas normas constitucionales, sin analizar cada caso específico, si se observó o no el procedimiento respectivo en la tramitación de la causa, pues, no es suficiente alegar in genere la trasgresión de las garantías constitucionales, sino que se ha determinar con claridad de qué manera se han vulnerado dichas garantías. En el caso de estudio, aquellas garantías han sido observadas a favor de las partes procesales, ninguna de las cuales ha estado indefensa, porque han ejercido sus derechos constitucionales en todas las fases del proceso, cumpliendo con el debido proceso, sin que se observe la violación invocada. Respecto a la violación del Art. 88 del Código de Procedimiento Penal, está relacionado con la prueba que en la sentencia se manifiesta que es eficaz porque no viola principio constitucional alguno y es legítima por cuanto ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme establece el Art. 83 del Código de Procedimiento Penal, establecen el nexo causal del acusado con la infracción, toda vez que se ha cumplido con el requisito, que la infracción se encuentre probada conforme a su derecho, y se ha demostrado la culpabilidad del acusado como lo exige el Art. 304-A del Código de Procedimiento Penal, con lo que se demuestra que no ha habido violación

de la ley en la sentencia. Refiriéndome al recurso interpuesto por el acusador particular Juan Arévalo Chacón, que impugna la sentencia al haber el Tribunal Penal realizado una falsa aplicación de la norma sustantiva, al imponer al procesado la pena de veinte años de reclusión mayor especial y no de veinticinco años de reclusión mayor especial, respecto de lo cual, el Tribunal Penal considera que el delito que se ha cometido en franca alevosía y con ensañamiento, desde que existió indefensión objetiva y subjetiva, pues, el agresor tuvo la conciencia de que realizaba su propósito delictivo convencido de que las víctimas se hallaban indefensas, como efectivamente lo estaban que es lo que caracteriza a la alevosía y por cuanto se ha ensañado con ellas al darles consecutivamente de machetazos, cuando sabía que no podían defenderse, conforme lo demuestran las autopsias; circunstancias 1 y 4 del Código Penal que por ser constituyentes del delito de asesinato, han servido para que el juzgador de instancia imponga conforme la sana crítica la pena de veinte años de reclusión mayor especial al acusado Abraham Ayabaca Barreros por lo tanto de manera alguna constituye error de derecho la pena impuesta. Estima que no procede el recurso de casación interpuesto por Abraham Ayabaca Barreros.

**QUINTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.- 1.-** Siendo la Casación un recurso extraordinario que procede únicamente 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 haberla interpretado erróneamente, queda estatuido que la casación según la doctrina, no constituye nueva instancia, que su objetivo principal es el control de la legalidad de las sentencias dictada por los jueces de instancia, en búsqueda de los posibles errores de derecho y que existir éstos, proceder a enmendarlos al tenor de lo dispuesto en el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal. **2.-** La inconformidad con la sentencia manifestada por el impugnante acusado se refiere a que el tribunal juzgador ha realizado una incorrecta valoración de las pruebas, al haberle sentenciado por el delito de asesinato, con la simple versión rendida por César Ayabaca B., sobrino del acusado, supuesto testigo de los hechos, el mismo que vivía también en la finca de los cónyuges Arévalo Chacón, quien ha sido presionado física y psicológicamente para que responsabilice a su tío del delito de asesinato, lo que es violatorio a la Constitución de la República, en cambio el recurrente acusador particular manifiesta que la pena que debe recibir el sentenciado por el delito cometido es la veinticinco años de reclusión mayor especial, por concurrir las agravantes de artículo 450 del Código Penal. **3.-** De lo expresado, si bien en casación no cabe una nueva valoración del acervo probatorio, si es permitido a la Sala verificar si el tribunal juzgador realizó una correcta valoración de las mismas en la aplicación de la sana crítica, esto es, si se ha seguido un orden lógico en su apreciación, de tal manera que las conclusiones jurídicas a las que arribe el juzgador respondan de manera correcta y coherente a las constancias fácticas. En este sentido, y con el único propósito de determinar si la adecuación típica, así como el grado de participación de los recurrentes-argumentos esgrimidos por los casacionistas, corresponden a los hechos históricos evidenciados en el proceso, esta Sala hace las siguientes precisiones: **a)** En el caso del recurrente Abraham Ayabaca Barreros, a quien se le ha condenado como autor material del delito de asesinato, el tribunal juzgador ha determinado que fue la única persona que

estuvo en la casa de los occisos el día 3 de marzo del 2008, después de las 14H00, para dar activando una tarjeta del celular de su patrono Carlos Arevalo Peñaranda, lo que fue corroborado mediante versiones rendidas en el proceso, por César Ayabaca sobrino del acusado, y la esposa del sentenciado Jacqueline Miranda Zavala, quien manifestó “ Don Carlos Arévalo y el trabajador al que le dice “Meler” (Julio Espinoza G.), en la mañana vi que fueron a tumar árboles, y regresaron en la tarde a la casa donde vivíamos, para pedirle Don Arévalo a mi esposo que suba a su casa a activarle una tarjeta a su teléfono celular”, así como también del testimonio rendido por Julio Espinoza Gutiérrez en la audiencia de juzgamiento, quien detalla, que con Don Arévalo cortamos varios árboles, hasta eso de las 14H00, porque se acabo el combustible de la motosierra, al pasar por donde estaba un ganado le vimos mudándolo a su trabajador Abraham Ayabaca, a quien Don Carlos Arévalo le reclamó porque no se había ido el día anterior a darle activando una tarjeta a su celular, le contesto el trabajador que ya baja mudando el ganado y que le espere en la casa donde vivía para subir iguales a la casa de Don Carlos. Le esperamos en esta casa del trabajador, donde su esposa nos brindó un jugo y cuando llego Abraham Ayabaca, nos encaminamos hacías nuestra casa, y al llegar a la pequeña y que hay en la finca, donde debía separarnos,... y Don Carlos Arévalo con su trabajador subieron con rumbo a su casa, viendo que atrás de ellos subió el sobrino del trabajador, el muchacho César Ayabaca... Por otra parte, no es creíble y falta la verdad el testimonio del sentenciado en la audiencia de juzgamiento, quien dice en su relato, que por varios días busco a sus patronos por toda la finca sin haberlos encontrados, sin embargo los cadáveres habían estado a solamente ochenta metros de la casa donde vivían los victimados, b) El Art. 304-A del Código de Procedimiento Penal preceptúa que cuando el Tribunal tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo dictará sentencia condenatoria; esto lo hará de acuerdo a las reglas de la sana crítica, que establece el Art. 86 del referido cuerpo legal antes invocado, lo que ha permitido a los juzgadores llegar al convencimiento de que la conducta del acusado Abraham Ayabaca Barreros se adecua a lo previsto en el Art. 450, numerales 1 y 4 del Código Penal, “Es asesinato y será reprimido con reclusión mayor especial de DIECISEIS A VEINTICINCO AÑOS, el homicidio que se cometa con alguna de la circunstancias que se mencionan, es decir, que la norma aplicada por los juzgadores es la correcta la que corresponde en los delitos contra la vida, sin que aparezca algún error en cuanto a la tipificación del delito ni ninguna violación de las normas previstas en los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, y la Constitución de la República para el caso.- **SEXTO RESOLUCION.-** En síntesis, del examen de la sentencia en sus partes expositiva, considerativa y resolutive se concluye que en el fallo dictado por el Tribunal de Garantías Penales de Morona Santiago no existe violación de ninguno de los presupuestos legales determinados en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, por lo que **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA**, esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con lo que prescribe el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, desecha por improcedente los recursos de casación

interpuesto por el acusado ABRAHAM AYABACA BARREROS, y el acusador particular JUAN AREVALO CHACON, se dispone devolver el proceso al Tribunal Penal de origen para los fines de ley.- Notifíquese y publíquese.-

Fdo.) Dres. Milton Peñarreta Álvarez, Presidente Subrogante, Hernán Ulloa Parada, Jueces y Dr. Arturo Pérez Castillo, Conjuez. 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. 824-2009- C.T.

**En el juicio penal que sigue NELSON TAPIA ANGAMARCA en contra de VÍCTOR DIAZ CARRION Y OTROS.**

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

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA - PRIMERA SALA DE LO PENAL.-** Quito, 7 de junio del 2011; a las 16H00.- **VISTOS:** María Macrina Rodríguez, interpone recurso extraordinario de revisión de la sentencia ejecutoriada dictada por el Juzgado Segundo de lo Penal Distrito Napo, el 6 de enero del 2009.- las 16H00, mediante la cual, se les declara autores responsables a la recurrente y a Víctor Antonio Díaz Carrión del delito de Usurpación, tipificado y reprimido por el Art. 580 inciso primero del Código Penal, en cuanto hace relación al engaño, por lo que les impone la pena de SIETE MESES DE PRISIÓN CORRECCIONAL. El juzgado sentenciador en auto de 02 de abril de 2009.- las 11H45, concede el recurso y remite el proceso a la Corte Nacional de Justicia, mismo que por sorteo legal correspondió su conocimiento a esta Sala, el cual para resolver el recurso dice: **PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA** .- Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de revisión interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1; Disposición Transitoria Octava de la Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de Octubre del 2.008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de Diciembre del 2.008; y, la Resolución Sustitutiva dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de Diciembre del 2008 y publicada en el Registro Oficial 511 del 21 de enero del 2009; y, el Sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de Jueces Nacionales de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento de esta causa. **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Revisado el proceso, 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: FUNDAMENTACION DEL RECURSO.-** La recurrente alega en su recurso con fundamento en el Art. 360 causales 3 del Código de Procedimiento Penal, o sea: “Si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados”; porque no existe duda, que la sentencia condenatoria fue dictada con la utilización de informes periciales maliciosos y errados; pues ellos lo que advierten la existencia de cultivos para los que estábamos facultados a realizar según contrato referido y por lo mismo, no está ni estuvo en la intención de los accionados pretensión dolosa alguna, lo que si ha existido, posiblemente es incumplimiento del contrato tantas veces aludido y solo posiblemente, frente al estado de desprotección a la que nos encontrábamos y no era posible el cambio de residencia a otro lugar, pues claro esta hemos realizado gran inversión en los cultivos y la vivienda y por lo mismo, no estábamos en condiciones de abandonar el bien mantenido en relación contractual. .

**CUARTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.- 1.-** El recurso de revisión según el profesor argentino Jorge Vásquez Rossi, es un “recurso excepcional, verdaderamente extraordinario, que tiende a paliar injusticias notorias y que aparece justificado por los valores en juego dentro del proceso penal”<sup>1</sup>. Este recurso que manteniendo su condición de extraordinario, puede contraerse a dos situaciones: a revisar sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, cuando aparecen del proceso contradichos o incongruencias entre la conducta declarada y su real situación; y, cuando no se han observado alguno de los presupuestos del delito, como las causas de justificación, el principio de proporcionalidad de la pena o de la condición más favorable de la norma penal, así como las circunstancias eximentes, excluyentes y atenuantes de la conducta y de la pena. Como se observa, este recurso tiene como esencial finalidad, la justicia, por ello, la profesora española Teresa Armenta Deu, concibe a este recurso como “un remedio extraordinario, al suponer una excepción a la inmutabilidad inherente al objeto procesal resuelto mediante sentencia firme y, por tanto, revestido de la autoridad de la cosa juzgada. El ordenamiento jurídico estima necesario que la seguridad jurídica perseguida mediante dicha autoridad ceda, en ciertos supuestos, frente a consideraciones relacionadas con la justicia.”<sup>2</sup> **2.-** La naturaleza fáctica de este medio de impugnación no impide a la Sala considerar cuestiones in iure si al adecuar la norma típica se produjo una injusticia, partiendo de los siguientes presupuestos: a) El hecho fáctico que sustenta la decisión de condena puede conllevar a una equivocada decisión y su adecuación al tipo cuando estableciéndose las cuestiones de hecho de manera errónea se haya producido una indebida subsunción, tal es el caso de quien siendo juzgado y condenado por un delito de asesinato, los hechos en los que incurrió el procesado de entonces se adecuaban al delito de homicidio simple, lo cual conllevó a una decisión injusta, cuya potestad del juzgador obviamente no puede ser limitada teniendo de por medio está equivocada decisión. **3.-** El Estado constitucional de derechos y justicia se rige por los principios, que constituyen la base sobre la cual descansa la norma, por tanto, son éstos los que regulan el equilibrio social y no la ley u ordenamiento jurídico ciego. La nueva imagen del proceso y sus sistemas que lo rigen, permite desplazar las concepciones normativas tradicionales y en aplicación de la norma constitucional constante en el Art.

169 in fine, que como finalidad esencial de la ley le concibe como un mero instrumento de aplicación de la justicia, le permite a la Sala trastocar aquellas viejas concepciones que de manera rigurosa le encasillaban al juzgador para impedirle tomar una decisión justa pese a su convicción en contrario.- Jürgen Habermas, al tratar sobre las concepciones sociológicas del derecho y concepciones filosóficas de la justicia, nos ilustra diciendo que, “un derecho que se ha vuelto periférico no tiene más remedio que despojarse cada vez incluso de la apariencia de normatividad, si es que quiere seguir cumpliendo sus funciones en vistas de la complejidad de la sociedad”<sup>3</sup>.- Una de las preguntas fuertes que refiere el profesor portugués Boaventura de Sousa Santos, es que ¿acaso no existen cuantos presos con sentencias injustas? Y su respuesta conlleva a creer que el juez revisor debe utilizar una nueva forma de razonar lo justo, descartar la vieja concepción de Polemarco, atribuida a Ulpiano y hasta a Justiniano de que la justicia es dar a cada quien lo que le corresponde, por sancionar al sujeto infractor teniendo por herramienta la ley suprema y sus principios y como fin el equilibrio social, que avanzando hacia una sociología crítica del derecho, que sería “una precaria tabla de salvación pero que, ante nuevas y viejas perplejidades, serviría para buscar no tanto dónde parece que hay que buscar sino allí donde parece haber más luz”<sup>4</sup>

**4.-** Según la concepción del profesor español Francisco Muñoz Conde, la pena es un mal impuesto por el legislador por la comisión de un delito al culpable o culpables del mismo, lo cual implica, que el Estado que ostenta el derecho punitivo, debe limitarse a juzgar y sancionar por la conducta prohibitiva, mas no por una distinta a ella, porque no solo se atenta a ese equilibrio social que busca la justicia, sino a los principios constitucionales de contradicción, debido proceso y demás tendientes al juzgamiento de conductas humanas. **5.-** En la usurpación el bien jurídico protegido es la propiedad. La Constitución Política del Ecuador de 1998 y la actual Constitución, Protegen este bien jurídico; así el artículo 66 numeral 26 expresa: “Se conoce y garantiza a las personas: ... 26. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. ...” . Nuestra legislación en el artículo 580 del Código Penal establece las tres formas tradicionales de usurpar, cuando expresa: “Será reprimido con prisión de un mes a dos años: 1. El que por violencia, engaño o abuso de confianza despojare a otro de la posesión o tenencia de bien inmueble, o de un derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis, constituido sobre un inmueble; 2. El que para, apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismos; y, 3. El que, con violencias, o amenazas, estorbare la posesión de un inmueble.- De lo que se colige, que la primera forma de usurpar, se da por el

<sup>1</sup> Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, tomo II, febrero de 2004, p. 499

<sup>2</sup> Lecciones de Derecho Procesal Penal, Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., Segunda Edición, 2004, p. 315

<sup>3</sup> Facticidad y Validez, Madrid, Editorial Trotta, quinta edición, 2008, traducción Manuel Jiménez Redondo, p. 106

<sup>4</sup> Sociología Jurídica Crítica para un nuevo sentido común en el derecho, Madrid, Editorial Trotta, 2009, p.10.

hecho de despojar a otro de la posesión o tenencia de un inmueble, o de un derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis constituido sobre un inmueble; en este caso, la protección que da la ley penal no es precisamente título al de dominio, pues el principal elemento objetivo de la usurpación es la posesión o la tenencia del inmueble, configurándose el delito cuando ha sido arrebatada esta posesión o tenencia por medio de la violencia, engaño o abuso de confianza.- La segunda forma de usurpar, tiene como elemento subjetivo el dolo, esto es el ánimo del usurpador para apoderarse total o parcialmente del inmueble, en este caso se atenta contra el derecho de dominio del bien inmueble y para configurarse el delito, el sujeto activo de la interacción debe haber alterado o destruido los términos o límites de ese bien inmueble, de manera, que no se puede hablar, como elementos del tipo el uso de la violencia, engaño o abuso de confianza, como suceden el primer caso. Al respecto el doctor Jorge Zavala Baquerizo en su obra "Delitos contra la propiedad", Tomo IV, para diferenciar estas dos formas de usurpar, señala. "*El dolo está dirigido a destruir o alterar, no en despojar al propietario. En consecuencia, el elemento subjetivo que acompaña al dolo es el ánimo de apropiación en todo o en parte del inmueble. Por tal razón es que la ley tiene buen cuidado de diferenciar el despojo del desapoderamiento. Por el primero, el que despoja ocupa el lugar del despojado; por el segundo, el agente destruye los límites, o altera, para disminuir o hacer desaparecer el inmueble cuyo lindero se ha destruido. Toda esta conducta se la ejecuta con el ánimo de apropiación. El que despoja debe actuar violenta o fraudulentamente contra el poseedor para reemplazarlo; la acción ejecutiva es directa contra el poseedor, para ocupar su lugar. El que desapodera sólo se relaciona con las defensas limítrofes de la cosa inmueble. El agente no violenta o engaña, o abusa de la confianza de la víctima. Simplemente actúa contra el lindero, alterando o destruyéndolo.*" y en relación a la segunda forma de usurpación, el mismo tratadista señala: "*El dolo está dado por voluntad intencional dirigida a destruir o alterar límites. Lo que si se debe tener en cuenta es que poco importa si el agente logró o no logró apoderarse de todo o de una parte del inmueble al que removió los límites. Basta que haya ejecutado tal acto de alterar o destruir los términos con el propósito de apoderarse del inmueble, para que el delito quede consumado, aunque el agente no haya logrado su propósito*".- El numeral 3 del artículo en estudio, castiga a quien mediante el uso de violencias y amenazas estorbe la posesión del inmueble. Estorbar significa obstaculizar, poner trabas, embarazar. En este sentido la ley protege el derecho que tiene el poseedor de gozar pacíficamente de la cosa poseída, sin que otra persona perturbe este goce pacífico del bien inmueble. La violencia y las amenazas son elementos del tipo, la primera consiste en el apremio físico ejercidas sobre las personas y por amenazas se entiende los medios de apremio moral que infunden el temor de un mal inminente, las mismas que deben ser ejercidas sobre el poseedor para que se configure el delito. 6.- En el caso a revisión, la recurrente hace relación al numeral tercero del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal es decir "*Si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados*", al respecto cabe señalar que esta causal procede siempre y cuando esta circunstancia hubiere influido en la decisión de la causa, de tal manera que si entre el hecho real y el que se introdujo en el

proceso, no existe coincidencia por haber sido alterado sustancialmente a través del medio probatorio o cuando el hecho jamás existió históricamente y el medio probatorio aparentó su realidad procesal, entonces no corresponde a la realidad histórica y si ésta provocó una condena estamos ante una injusticia judicial que puede ser rectificadora por el recurso de revisión, pero para que tenga lugar el mismo, el documento, el testigo o el informe pericial que en estos casos son falsos, maliciosos o errados deben haber servido esencialmente para dictar la sentencia condenatoria. En el presente caso, la recurrente no ha presentado prueba nueva alguna para demostrar que los informes presentados dentro del proceso sean maliciosos y errados, así como también los testigos hubieren formulado declaraciones falsas o que no fueran idóneos para rendir sus testimonios. Así mismo, el juzgador en el considerando Quinto, asegura que los querellantes dentro del plazo probatorios han justificado con las escrituras públicas que consta en el proceso, ser propietarios del bien inmueble en litigio, por otro lado a fs. 8 y 9 consta documento de mutuo acuerdo entre las partes, en los que los querellados se comprometen a salir del bien inmueble en litigio una vez que se cumplan los plazos establecidos, siendo esta última fecha el 7 de agosto del año 2008, en la que tenían que desocupar y no lo han hecho. La parte querellada tampoco ha dado cumplimiento con lo acordado en la cláusula segunda del primer contrato, en el que se somete a cuidar y dar mantenimiento a los cultivos existentes a cambio de que los utilice los mismos para su beneficio personal, también podía sembrar cultivos de ciclo corto. Por otro lado al realizarse la inspección judicial, una vez nombrados y posesionados los peritos conforme a la ley, en los informes emitidos por estos, dan a conocer que observaron dentro de la mencionada propiedad la existencia de cultivos de café, plátano y cacao, de 6 años de edad unas y otras de 30 días aproximadamente, también siembra de arroz y maní de una edad de 35 días. Con relación a la vivienda construida por los querellados, se presume que fue construida hace unos 6 meses atrás. Por último se deja constancia en el acta elaborada por el Juzgado que la en la referida propiedad se verifica conjuntamente con los señores peritos un área de montaña que ha sido recientemente tumbada donde se observa árboles propios de la zona los mismo que han sido talados sin el consentimiento de sus propietarios. Demostrando así que ha existido el engaño por parte de los querellados en perjuicio de los acusadores, y dicha conducta está tipificada y sancionada en el Art. 580 numeral 1 del Código Penal. Por otra parte luego de la revisión minuciosa de la sentencia, no se ha justificado que en dicho fallo se habría basado en documentos o testigos falsos o en informe periciales maliciosos o errados, como sostiene la recurrente en su recurso. Por estas consideraciones, "**ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA**", se rechaza el recurso de revisión interpuesto por María Macrina Rodríguez.- **Notifíquese, Publíquese y devuélvase.**

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

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. 829-2009- C.T.

**En el juicio penal que sigue ESTEFANIA CAROLINA CHÁVEZ VALLE en contra de HOLGER WASHINGTON GUILCAPI**

**JUEZ PONENTE DR. LUIS MOYANO ALARCÓN (ART. 141 CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL)**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA DE LO PENAL.-** Quito, 17 de mayo de 2011; a las 15H00.- **VISTOS:** El Primer Tribunal de Garantías Penales de Chimborazo, el 06 de abril del 2009, dicta sentencia condenatoria, en contra Hólger Washington Guilcapi Ramos, por considerarlo autor del delito de violación tipificado y sancionado por los Arts. 512 numeral tercero, y 513 del Código Penal respectivamente, le impone la pena de dieciséis años de reclusión mayor extraordinaria.- Siendo el estado procesal de la causa el de resolver y para hacerlo, considérese: **PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.-** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1; Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador publicada en el R.O. No. 449 de 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; y, la Resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre de 2008, publicada en el R.O. No. 511 del 21 de enero del 2009 y el sorteo de ley respectivo y en nuestras calidades de Jueces Nacionales, de esta Sala, avocamos conocimiento del presente juicio. **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** La presente causa penal se ha tramitado de conformidad con las reglas que le son propias y no existe razón alguna para declarar la invalidez o que pueda generar nulidad procesal. **TERCERO: FUNDAMENTACION DEL RECURSO.-** El acusado Hólger Washington Guilcapi, fundamenta el recurso de casación interpuesto en los siguientes términos: Que existe contravención expresa de los Arts. 79, 86, 88, 89 del Código de Procedimiento Penal. Art. 30 numerales 1 y 4 del Código Penal. Que existe falsa aplicación del Art. 112, 218 numeral 2 y 218 del Código de Procedimiento Penal y 12, 42, y 513 del Código Penal. Que existe interpretación errónea de los Arts. 315 y 318 del Código de Procedimiento Penal porque en la sentencia no se analizó los fundamentos de derecho presentados por los imputados ni se ha tomado en cuenta las ampliaciones de las versiones, sin examinar las pruebas conforme las reglas de la sana crítica. Por lo que

solicita casar la sentencia. **CUARTO: DICTAMEN FISCAL.-** El doctor Alfredo Alvear Enríquez, Director Nacional de Asesoría, Subrogante del Fiscal General del Estado "...en la impugnación de la sentencia formulada por Hólger Washington Guilcapi Ramos, bajo la alegación de que existe contravención expresa, falsa aplicación y errónea interpretación de las normas a las que se refiere el primer considerando de este dictamen no son idóneos en cuanto a que, por un lado, el recurrente no ofrece propuesta jurídica alguna con la que exponga motivos y razones que justifiquen la pertinencia y la observancia de sus alegaciones, es decir existe total ausencia de fundamentación conforme lo exige la norma procesal penal, sin embargo el Juzgador al momento de establecer la relación subjetiva entre el hecho y su participación lo hace sobre el mérito y resultados de los medios de prueba presentados en la audiencia del juicio, donde se advierte el desarrollo de una actividad valorativa que guarde correspondencia con el acervo probatorio del que se valió el juzgador para pronunciar sentencia de condena, por lo que deviene in procedente las alegaciones relacionadas a las Arts. 79, 86, 88, 89, 112, y 216 numeral 2, 218, 315 y 318 del Código de Procedimiento Penal. Finalmente en relación al cargo formulado bajo el argumento de que existe contravención expresa del Art. 30 numerales 1 y 4 del Código Penal tampoco existe aplicación ni razón jurídica que justifique la pertinencia de su impugnación". Por lo que considera que se debe declarar la improcedencia del recurso de casación formulado por Hólger Washington Guilcapi Ramos. **QUINTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.-** 1) En primer lugar es necesario destacar que el recurso de casación es extraordinario y de excepción, por lo tanto no permite realizar una nueva valoración de la prueba que ya fue analizada con antelación por el Tribunal Penal inferior, al amparo de los principios de la sana crítica y según el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, el recurso de casación procede cuando existe un error de derecho en la sentencia, en los tres casos expresamente señalados por la norma aludida. 2) El caso sub lite, el recurrente alega que se han violado los artículos 79, 86, 88, 89 y demás del Código de Procedimiento Penal, y que existe contravención expresa del Art. 30 numerales 1 y 4 del Código Sustantivo Penal; pero tales enunciados no están respaldados con hechos probados, es así, que la seguridad jurídica no ha podido ser afectada por la sentencia impugnada, ya que del texto de la misma, no se advierte que el Primer Tribunal de Garantías Penales de Chimborazo, al condenar al recurrente, haya infringido las disposiciones legales mencionadas en el escrito de fundamentación del recurso. 3.- Sobre el ilícito que se acusa, cabe determinar que la violación es un delito por el cual se produce "*el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril por vía oral, anal o vaginal; o la introducción por vía vaginal de los objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo,...*". La característica de este tipo penal es que aquella conducta se realice o con violencia; o con amenaza; o con intimidación y que la conducta de carácter sexual realizada en el cuerpo de otra persona se la realice sin su consentimiento, es decir, que para demostrar la existencia del delito, es necesario realizar el adecuamiento de una conducta dentro de las características de un tipo penal determinado y por consiguiente se debe analizar si se cumplen no solamente los requisitos formales o materiales que señalan el tipo penal, sino también los elementos subjetivos. Por las

consideraciones expuestas, y al no apreciarse violación de la ley en la sentencia expedida, por el Tribunal juzgador, esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, de conformidad con el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el acusado por Hólger Washington Guilcapi Ramos.- Notifíquese, devuélvase y publíquese.-

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

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

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

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

---

No. 852-2009- C.T.

**En el juicio penal que sigue KRUSKAYA OJEDA CASTILLO en contra de ALEXIS ARRIETA AGUIRRE Y OTRO**

**JUEZ PONENTE DR. LUIS MOYANO ALARCÓN (ART. 141 CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL)**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA - PRIMERA SALA DE LO PENAL.-** Quito, 12 de julio del 2011; a las 16h30.- **VISTOS:** Alexis Rodolfo Arrieta Aguirre, uno de los acusados interpone recurso de casación contra la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Primero de Garantías Penales de Loja, el 8 de abril del 2009, a las 10H10, en la que se declara a Alexis Rodolfo Arrieta Aguirre y Juan Laureano Cedeño Cheng, autores del delito de tentativa de robo tipificado en el Art. 550 y reprimido en los Arts. 551 y 552 numeral 2 del Código Penal, imponiéndole a cada uno de ellos la pena de dos años de prisión correccional. El recurso presentado fue debidamente fundamentado, habiéndose corrido traslado con el mismo al señor Ministro Fiscal General del Estado, quien contestó, de conformidad con lo que establece el Art. 355 del Código de Procedimiento Penal. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.-** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1; Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador publicada en el R. O. No. 449 de 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia

interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R. O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; Resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre de 2008, publicada en el R. O. No. 511 de 21 de enero del 2009 y el sorteo de ley respectivo, 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. **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad; por lo que este Tribunal de Alzada declara la validez de esta causa penal. **TERCERO: FUNDAMENTACION DEL RECURSO.-** El recurrente Alexis Rodolfo Arrieta Aguirre, fundamenta su recurso de casación y en lo principal manifiesta: Que la sentencia dictada no reúne los presupuestos constantes en el Art. 304 A del Código de Procedimiento Penal, porque no contiene ningún razonamiento, deducción y examen crítico sobre la naturaleza y eficacia de todas y cada una de las pruebas de cargo y de descargo, pues sin la existencia de prueba legal relativa a la comprobación conforme a derecho de la infracción, no procede a analizar la responsabilidad, lo que acarrea la nulidad de la sentencia al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del Art. 330 del Código de Procedimiento Penal. Que el fallo viola el Art. 4 del Código Penal que prohíbe al juzgador hacer interpretación extensiva de la Ley, y que además viola lo prescrito en el Art. 306 del Código de Procedimiento Penal y Art. 76 literal 1 de la Constitución de la República del Ecuador del 2008. Que la sentencia se basa en pruebas ilegalmente obtenidas, porque la extracción de información del teléfono celular marca LG no evidencia que sea de su autoría y menos de su propiedad. Que la sentencia viola lo prescrito en el Art. 306 del Código Penal y Art. 76 numeral 1) de la Constitución de la República del Ecuador del 2008; que no existe el nexo de causalidad ente la infracción y su participación, por lo que se hace una falsa aplicación del Art. 88 del Código de Procedimiento Penal. Que la sentencia vulnera el art. 140 del Código Penal, pues el testimonio del ofendido por sí solo no constituye prueba y el Art. 124 ibidem que determina que el testimonio propio no tendrá valor como prueba de culpabilidad, si de las demás pruebas, no aparece demostrada la existencia de la infracción. Manifiesta además que el juzgador hace una falsa aplicación del Art. 162 del Código de Procedimiento Penal, porque no fue aprehendido con ninguna evidencia y que no se ha cumplido con lo que dispone el Art. 106 del referido Código; por lo que solicita a la Sala declare la procedencia del recurso y dicte sentencia absolutoria a su favor. **CUARTO: DICTAMEN FISCAL.-** El doctor Washigton Pesantez Muñoz, Fiscal General del Estado, al contestar la fundamentación del recurso de casación manifiesta lo siguiente: "Las circunstancias constitutivas del delito de tentativa de robo agravado aplicadas por el Tribunal Penal en el presente caso, son aquellas mediante las cuales se pretendió lesionar el bien jurídico propiedad privada, que no se llegó a su consumación por causas ajenas a la voluntad de los agentes del delito, sino que quedaron en actos de ejecución, pero que son idóneos y conducen inequívocamente a la realización del delito. La esencia de la tentativa radica en la intención de cometer determinado acto delictivo. Mas siendo el designio un ente subjetivo, su

valoración debe desprenderse de los actos externos ejecutados, los que si bien no se consuman, por causas ajenas a la voluntad del agente activo del delito, constituyen principio de ejecución. En el presente caso, la forma intempestiva en que ingresaron los atracadores al local comercial en el que se encontraban sus dueños, en pandilla y con armas de fuego idóneas para amedrentar o intimidar, son actos de ejecución que demuestran inequívocamente que la intención de los acusados no era otra que la de robar. En la especie, se debe precisar que si bien el juzgador acertadamente ha aplicado lo prescrito en el artículo 550, 551 y 552 numeral 2 del Código Penal, sin embargo omite mencionar las disposiciones legales de los artículos 16 y 46 ibídem, porque al tenor del contenido de estas normas penales es que el acusado fue declarado responsable del delito de tentativa de robo y así debe dejarse constancia de manera expresa en la resolución a expedirse.” Por todo lo expuesto, solicita a la Sala declare improcedente el recurso interpuesto. **QUINTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.- 1)** Según la doctrina el recurso de casación tiene como objetivo principal el control de la legalidad de las sentencias dictadas por los jueces de instancia, y en este contexto corregir los posibles errores in judicando o in procedendo que la afecten.- En materia penal la casación se concreta a la violación de la ley en la sentencia en la forma determinada en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, esto es, por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación; y sólo en estos tres supuestos es admisible.- 2) Esta Sala, por reiteradas ocasiones ha pronunciado que dentro de sus facultades no se encuentra volver a valorar la prueba; la misma que fue objeto de análisis y valoración por el juzgador que dictó el fallo impugnado vía casación, pues es él quien a través de los principios de concentración, inmediación, contradicción que rigen el sistema oral, tiene la oportunidad de apreciar la prueba en forma directa y observar incluso las actitudes de cada una de las personas que actúan en la audiencia, para llegar al convencimiento de haberse probado o no la materialidad de la infracción y la responsabilidad del acusado, sin embargo, la Sala de Casación tiene potestad para examinar si fueron aplicados debidamente los principios de valoración de la prueba. En el contexto indicado, se estudia la sentencia materia de impugnación, tomando en cuenta para ello la fundamentación del recurrente y las apreciaciones del señor Fiscal General, en su contestación a la fundamentación.- 3) En virtud de este estudio la Sala concluye que en la sentencia impugnada existe coherencia tanto en los considerandos como en la resolución dictada por el juzgador, ya que la valoración de la prueba es adecuada y la pena impuesta es la que corresponde al delito cometido, es decir el tipo penal y sanción impuesta guarda correspondencia con la conducta del sentenciado. Es preciso dejar constancia que la fundamentación del reclamo no logra demostrar con eficacia jurídica la exigencia del Art. 349 del Código Procesal Penal, razón por la cual no existe fundamento alguno para casar la sentencia recurrida. **SEXTO: RESOLUCION.-** Por las consideraciones antes expuestas, la Primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, “**ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**”, de conformidad con el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal declara improcedente el recurso de

casación interpuesto por Alexis Rodolfo Arrieta Aguirre, ordenando la devolución del proceso al Tribunal de origen, dejando constancia, como dice el señor Fiscal General que a la aplicación de los Arts. 550, 551 y 552, numeral 2 del Código Penal, se debe agregar los artículos 16 y 46 ibídem que se refiere a la tentativa. **Notifíquese y Publíquese.-**

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

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

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

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

---

No. 872-09-or

**JUEZ PONENTE: DR. LUIS MOYANO ALARCON**

**Art. 185 de la Constitución de la República**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA:- PRIMERA SALA DE LO PENAL.-** Quito, 19 de septiembre del 2011, las 16h55.- **VISTOS:** El sentenciado Marco Arevalo Rosero, interpone recurso de casación de la sentencia condenatoria dictada por el Primer Tribunal de Garantías Penales de los Ríos, el 26 de marzo del 2009 a las 08H07, que se le impone la pena de doce años de reclusión mayor extraordinaria, como autor del delito de violación tipificado y reprimido por los Arts. 512 ordinal 1 y 513 del Código Penal.- Concluido el trámite de casación y siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo, se considera: **PRIMERO:** 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; y el sorteo de ley respectivo.- **SEGUNDO:** No se advierte vicios de procedimientos que puedan afectar la validez del proceso de casación, por lo que no hay nulidad que declarar.- **TERCERO: FUNDAMENTACION DEL RECURSO.-** El recurrente en lo principal dice lo siguiente: Señores Ministros, en la tramitación de la presente causa se ha violado el debido proceso desde su inicio es decir en la fiscalía y juzgado de Babahoyo, ya que me iniciaron dos causas por el mismo supuesto hecho y que jamás fue cometido de igual forma en el juzgamiento en el Tribunal Penal de los Ríos, asiento en Babahoyo, se violaron todos los preceptos legales y el

debido proceso, es decir no aplicaron la ley, violentando así el Art. 512 numeral 1 y 513 del Código Penal. Ya que no se ha comprobado la materialidad del delito y la infracción que supuestamente he cometido. Una y cuantas veces argumenté que la chica supuestamente violada, había tenido relaciones con otro tipo, y acepta haber ido a las pensiones y sí había propuesto tener relaciones, pero ella nunca acepto y como yo me había enamorado y pensando hacer un bien rendí mi versión como si yo hubiese estado con ella, ya que ella si me dijo que quería formar un hogar conmigo. Pero como yo desconocí que ya había tenido relaciones anteriores como dije anteriormente acepte. Y cuando me detienen, la chica le dice al padre que yo no era el que había tenido relaciones sino otro tipo y que no le había dicho nada por miedo a que la reprenda pero que mi persona nada tenía que ver, por tal razón el padre de la menor desistió de la denuncia y de presentar Acusación Particular en mi contra. Por lo que quedó en presentarse a decir la verdad de los hechos, pero el señor Presidente del tribunal, no aceptó la petición de mi defensor para que tanto la menor y el padre rindan su versión en la Audiencia de Juzgamiento. Por lo que se me denegó justicia e Indefensión y más bien me Juzgan con doce años de prisión por un supuesto delito que jamás cometí y si acepte fue por error al haber declarado como si fuera yo el que había cometido el supuesto delito. Debo indicar señores Ministros de que lo que digo en cuanto que nada he tenido con la chica, así lo demuestra el EXAMEN MEDICO LEGAL que dice que existe exploración del himen antiguo. Por lo que los señores Ministros del Primer Tribunal Penal de los Ríos violentaron el Art 349 del Código de Procedimiento Penal , al aplicar la Ley erróneamente y violentar el Art 512 numeral uno y 513 de la Ley antes invocada, cuando debieron absolverme, ya que no había mérito para sentenciarme. **CUARTO DICTAMEN FISCAL.-** El Dr. Alfredo Alvear Enríquez, Director Nacional de Asesoría, Subrogante del Fiscal General del Estado, expresa lo siguiente: El recurrente al fundamentar su recurso, alega que el tribunal juzgador ha violado la ley en su pronunciamiento de condena, esto es, los Arts. 512 numeral 1 y 513 del Código Penal, que tipifican y sanciona al delito de violación; porque considera que no encuentra comprobada conforme a derecho la existencia material de la infracción y menos su responsabilidad en le hecho del que se le acusó, asevera que sí mantuvo relaciones con la agraviada porque se había enamorado de ella; por lo que considero que en la sentencia el tribunal no tomó en consideración esta declaración hizo una errónea interpretación de las normas enunciadas; solicitando a la Sala enmiende los errores en los que ha incurrido el juzgador, case la misma y lo absuelva. En la especie, y sobre la base del conjunto probatorio incorporado al cuaderno penal, advierto que el tribunal juzgador lo ha valorado bajo las reglas de la sana crítica que pregona el Art. 86 del Código de Procedimiento penal y el nexo de causalidad establecido en los términos de los Arts. 87 y 88 ibídem criterio de valoración de gravitante y decisivo importancia en esta casuística penal, ya que infractor en su ideación y ejecución criminal de propósito, busca la intimidad, el ambiente propicio, en lo posible la ausencia de testigo presenciales, pretendiendo garantizar con ello el ocultamiento y la impunidad del hecho; el supuesto consentimiento que alega el acusado tuvo de parte de la agraviada, no puede ser considerado como eximente de su responsabilidad, en razón de que la menor a la época que se cometió el delito frisaba los 13 años de edad, por lo que el

tribunal Juzgador al declararle a Marco Arévalo Rosero , autor del delito previsto y sancionado por los Arts.512 ordinal 1 y 513 del Código Penal , esto es, violación, en cuya descripción literal la norma expresa: Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral , anal o vaginal;...” descripción que se adecua al caso subjúdice , según lo acreditan los elementos probatorios que invoca la sentencia, por lo que los argumentos del casacionistas en su escrito de fundamentación no tiene asidero jurídico. Es importante que en los delitos de carácter sexual como es el de violación, el autor del hecho busca generalmente la clandestinidad para que no exista testigos; y, la declaración de certeza de la culpabilidad y por ende su responsabilidad, generalmente se realiza por prueba indirecta, a base de un razonamiento lógico y coherente que brinda la experiencia y el conocimiento del juzgador y el buen sentido común que guía el acontecer de las cosas. Por lo que considera que la Sala debe rechazar el recurso.- **CONSIDERACIONES DE LA SALA.- 1.-** El recurso de casación según el Art. 349 del CPP, procede cuando en la sentencia se ha violado la ley ya por contravenir expresamente su texto, ya por haber hecho una falsa aplicación de ella, ya por haberla interpretado erróneamente, esto es en los siguientes casos; a) si la sentencia califica al delito conforme a la ley, pero impone una pena diferente a la señalada, se comete un error de derecho, b) cuando en la sentencia se hace una calificación equivocada del delito y aplica la pena conforme a esa calificación, c) cuando la sentencias se califica como delito un hecho ilícito y se le impone la pena al acusado, esto es cuando no se encuentra tipificado la conducta como delictuosa, d) cuando en la sentencia se señala como licito algo que la ley considera como delito y se absuelve al acusado,, e) al haberse violado las leyes reguladoras de la prueba y esto influyo en la parte dispositiva de la sentencia, debiendo señalar que este recurso no permite hacer una nueva valoración de la prueba porque esta es función privativa del Tribunal de primer nivel. **2.-** Del análisis fallo, se desprende que las partes procesales han hecho uso de su derecho a la defensa, participando en todas las etapas procesales, en el fallo impugnado no se evidencia que el juzgador hubiese dado valor de prueba a instrumentos o actuaciones procesales carentes de eficacia probatoria; sino que realiza un puntual análisis de los hechos demostrados en el juicio donde se establece claramente la materialidad de la infracción y la responsabilidad penal del sentenciado Marco Arevalo Rosero, por lo que la sentencia se encuentra perfectamente motivada acorde a lo previsto en el Art. 304 A del Código de Procedimiento Penal. “ La sentencia debe ser motivada y concluirá declarando la culpabilidad o confirmando la inocencia del procesado, en el primer caso; ...cuando el tribunal de garantías penales tenga la certeza de que esta comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo “.. **3.)** En los delitos sexuales, de los que generalmente no hay testigos presenciales, debe ser obtenida de los vestigios que deja el hecho y las circunstancias que lo acompañaron o precedieron, por lo que el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, obliga al juzgador que utilice la recta razón, la lógica y la experiencia, para determinar si existió o no el acto delictuoso, y establecer la responsabilidad del procesado, en el caso que nos ocupa del análisis de las pruebas practicadas en la audiencia de juzgamiento se ha podido establecer claramente la existencia de la infracción que se juzga y la responsabilidad de Arevalo Rosero, con

las siguientes actuaciones que se cumplieron en la audiencia de juzgamiento: a) El testimonio bajo juramento de la Dra. Sonia Ayala Yong, perito de la fiscalía, indica haber practicado el reconocimiento médico a la menor María Elena Barzola, que presentaba los bordes gruesos a nivel del himen ya no había dolor a la palpación de dichos bordes también ese día estaba con menstruación leve sangrado por menstruación, que la menor le indicó que fue abusada sexualmente por Marco Arevalo Rosero, que la fecha que practicó el examen fue el 25 de enero del 2008, que ella ya había tenido otras veces relaciones sexuales con el acusado, según informe de la perito de fojas de 12, 13 y 14, la menor presenta desgarros con bordes gruesos situados según las manecillas del reloj a las 6, 11, y 9.; b) Conforme la partida de nacimiento otorgada por la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, Jefatura cantonal de Quevedo. La ofendida, nació el 22 de mayo de 1994, y cuando sucedieron los hechos tenía la edad de 13 años. c) Testimonio del Suboficial de Policía Víctor Recalde López, en la audiencia oral de juzgamiento quien dice: El informe que realicé se basó en las investigaciones a la que fue delegado por el Ministerio público, se tomó en cuenta los puntos como consta en el informe como el reconocimiento del lugar de los hechos, las versiones del imputado, versiones de la menor, entrevistas del denunciante, en base a esta situación está relacionado el informe, se logró establecer la participación y el cometimiento del delito de los cual está el informe constando todo. 4.- En lo que respecta a la conducta del acusado Marco Arevalo Rosero esta se adecua a lo previsto en los Artículos 512, numeral 1, y 513 del Código Penal, que es la norma sancionadora correctamente aplicada por

los juzgadores, sin que aparezca algún error en cuanto a la tipificación del delito ni ninguna violación de las normas previstas en los Códigos Penal y de Procedimiento Penal para el caso. Del examen de la sentencia tanto en sus partes expositiva, considerativa y resolutive se concluye que en el fallo dictado por el Primer Tribunal de Garantías Penales de los Ríos no existe violación de ninguno de los presupuestos legales determinados en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal. **RESOLUCION:** Por las consideraciones precedentes, esta *Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, acogiendo el dictamen fiscal "ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DEL ECUADOR"*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por MARCO AREVALO ROSERO. Devuélvase el proceso al órgano jurisdiccional de origen para los fines de ley.- Notifíquese.

Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Dr. Hernán Ulloa Parada, Dr. 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.



# SUSCRÍBASE

## Al Registro Oficial Físico y Web

Av. 12 de Octubre N 16-90 y Pasaje Nicolás Jiménez / Edificio NADER

Teléfonos: Dirección: 2901 629 / 2542 835

Oficinas centrales y ventas: 2234 540

Editora Nacional: Mañosca 201 y 10 de Agosto / Teléfono: 2455 751

Distribución (Almacén): 2430 110

Sucursal Guayaquil: Malecón N° 1606 y Av. 10 de Agosto / Teléfono: 04 2527 107

Siganos en:

[www.registroficial.gob.ec](http://www.registroficial.gob.ec)

facebook

twitter