



# REGISTRO OFICIAL

## ÓRGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

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

### EDICIÓN ESPECIAL

**Año II - Nº 137**

**Quito, jueves 12 de  
junio del 2014**

**Valor: US\$ 1.25 + IVA**

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

Quito: Avenida 12 de Octubre  
N 23-99 y Wilson

Edificio 12 de Octubre  
Segundo Piso

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

40 páginas

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

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

## SUMARIO:

Págs.

### RESOLUCIONES:

#### CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL:

Recursos de casación en los juicios penales  
seguidos en contra de las siguientes personas:

673-2006	Miguel Ángel Oña Oña .....	2
405-2008	Edwin Geovanny Escobar Álvarez y otros .....	3
248-2009	Wilson Joffre Cabrera Males .....	4
396-2009	Herederos Nuques .....	7
501-2009	Stalin Virgilio Zambrano Zambrano .....	11
581-2009	Franklin Fernando Malliquinga Chango .....	14
767-2009	Alejandro Agustín Ruiz Ruiz .....	16
849-2009	Walter Humberto Poveda Salazar y otro .....	18
905-2009	Ronny Alberto Mero González .....	22
1066-2009	Mario Fabricio Estupiñán Medina y otro .....	26

#### SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO:

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

330-2010	Señor Paul Stroe, representante legal de Rom- petrol Upstream International Limited .....	28
336-2010	Compañía Bira Bienes Raíces S.A. en contra del Servicio de Rentas Internas .....	30
337-2010	Compañía Sociedad Predial y Mercantil Milatex S.A., en contra de la Corporación Aduanera Ecuatoriana .....	37

Págs.  
**339-2010 Compañía El Rosario (ERSA) S.A. en  
 contra del Servicio de Rentas Internas del  
 Litoral Sur ..... 39**

No. 673-2006

JUEZ PONENTE: Dr. Paul Íñiguez Ríos.

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

Quito, 15 de marzo de 2012, las 10h00.

**VISTOS:** El sentenciado Miguel Ángel Oña Oña, presenta recurso de REVISIÓN, contra la sentencia ejecutoriada, dictada por el Primer Tribunal Penal de Cotopaxi, el 11 de julio del 2006, a las 16h30, y que le encuentra autor y responsable del delito de tenencia ilícita de armas de fuego, tipificado y sancionado por los artículos 19 y 31 de la Ley de Fabricación, Importación, Exportación, Comercialización y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios, en armonía con el artículo 42 del Código Penal, imponiéndole la pena de tres años de reclusión menor y multa de diez mil sucres o su equivalente en dólares americanos.- Con el recurso presentado por el recurrente, se ha corrido traslado al señor Fiscal General del Estado, quien contestó, de conformidad con lo que establece el Art. 365 del Código de Procedimiento Penal. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera:

**PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** El Consejo de la Judicatura de Transición posesionó a las Juezas y Jueces Nacionales el 26 de enero de 2012. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión de 30 de enero de 2012, conformó sus ocho Salas Especializadas conforme dispone el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183. La Sala Especializada de lo Penal tiene competencia para conocer los recursos de revisión en materia penal según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, éste cuerpo legal en la Segunda Disposición Transitoria dispone que: *“en todo lo relativo a la competencia, organización y funcionamiento de la Corte Nacional de Justicia, este Código entrará en vigencia a partir de la fecha en que se posesionen los nuevos jueces nacionales elegidos y nombrados de conformidad con lo establecido en la Constitución y este Código.”*. Por lo expuesto, avocamos conocimiento de la causa No. 673-06 ex Segunda Sala, en virtud del sorteo realizado el 09 de febrero del 2012. Habiéndose mediante sorteo designado este Tribunal y al Juez Ponente Dr. Paul Íñiguez, de conformidad con los Arts. 185 de la Constitución de la República, 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, con lo que los suscritos, al tenor de las normas antes referidas y las del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, somos competentes para conocer el recurso de revisión planteado.-

**SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial alguna, que podría causar nulidad; por lo que este

Tribunal de Alzada, declara la validez de esta causa penal.

**TERCERO: FUNDAMENTACION DEL RECURSO.-** El recurrente en la fundamentación del recurso dice que con fecha 25 de diciembre del 2005 fue privado de su libertad por un juicio de abigeato del que fue sobreseído, y por dentro de esa causa se solicita el allanamiento del domicilio que se supone es de su propiedad, con la finalidad de recuperar las evidencias motivo de esa investigación, que en el interior de una pequeña covacha han encontrado la carabina, todo lo que ocurre cuando estaba privado de su libertad, siendo imputado injustamente por “supuesta tenencia ilegal de armas”, hecho que no podía cometerlo jamás por estar detenido. Que la sentencia se ha dictado en base a testigos falsos e informes periciales maliciosos y errados, que Carlos Taco Laica, que hace el allanamiento no tiene forma de saber si la pequeña covacha en la que ha encontrado el arma, sea el domicilio de Miguel Ángel Oña Oña, peor por tratarse a una construcción rústica con cubierta de plástico. El testigo asegura que es un arma de casa pero que puede disparar y matar a una persona, sin que sea arma de dotación policial o militar. Que el allanamiento fue ilegal, que no se ha probado que sea el domicilio de alguna persona. Que el Art. 162 del Código Penal, se sustituye por el siguiente “los particulares que sin permiso necesario y sin debida explicación portaren armas de uso militar o policial y de cualquier otro tipo similar, serán sancionados con prisión de 1 a 5 años y multa de nueve a cuarenta y cuatro dólares de los Estados Unidos de América”: según reforma publicada en el Registro oficial 231 del 17 de marzo del 2006; es decir que se ha promulgado una Ley posterior más benigna, que sanciona a los particulares que sin el permiso necesario y sin la debida explicación portaren armas, singularizando además que deben ser de uso militar o policial o de otro tipo similar, sancionando únicamente con prisión. Con estos antecedentes amparado en lo que dispone el Art. 360 causal es 3, 4 y 5 del Código de Procedimiento Penal, interpone recurso de revisión de la sentencia condenatoria dictada en su contra el 11 de julio del 2006, a las 16h30.

**CUARTO: DICTAMEN FISCAL.-** El señor representante del Ministerio Fiscal del Estado, en la parte principal de su opinión Fiscal manifiesta: “[...] TERCERO.- Según el Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, este recurso procede cuando el juzgador hubiese cometido un error de hecho en la sentencia y requiere que esta se encuentre ejecutoriada y sea condenatoria. Los numerales 3 y 4 del mencionado artículo, que fueran invocados por el recurrente, exigen que con nuevas pruebas se demuestre que la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados; y se demuestre que el sentenciado no sea responsable del delito por el que se le condenó. Para justificar las causales 3 y 4 del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, en la que sustenta el pedido de revisión, el recurrente durante el período de prueba concedido para tal efecto Sala, debió presentar los elementos que acrediten que la sentencia dictada en su contra se basa en documentos falsos, testigos falsos o informes periciales maliciosos o errados, lo que no hizo de manera alguna; como tampoco demostró no ser responsable del delito por el que se le condenó, limitándose tan solo a presentar copias certificadas de la causa penal No. 83-2005 ( del expediente fiscal Mo. 455-05) que por abigeato se dictó en su contra y certificación emitida por la Secretaría

del Centro de Rehabilitación Social de Latacunga; con las cuales no demuestra de ninguna forma las dos causales antes citadas. La causal 5 del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal dice cuando se haya promulgado una ley posterior más benigna, invocada por el mismo recurrente en su recurso de revisión; por lo que encontrándose en actual vigencia el Art. 162 del Código de Procedimiento Penal cuyo texto dice: “ Los particular que sin el permiso necesario y sin debida explicación, portaren armas de uso militar o policial o de cualquier otro tipo similar, serán sancionados con prisión de uno a cinco años y multa de nueve a cuarenta y cuatro dólares de los Estados Unidos de Norteamérica” estimo que en el presente caso podría aplicarse esta disposición dando lugar al recurso revisión, por haberse promulgado una ley posterior más benigna. Por lo expuesto, al haberse promulgado una ley posterior, que sería la contemplada en el Art. 162 del Código de Procedimiento Penal, y en atención a lo dispuesto en los Arts. 24 numeral 2 de la Constitución Política del Estado, en concordancia con el Art. 2 incisos 3 y 4 del Código Penal, estimo que el recurso de revisión interpuesto por el sentenciado Miguel Ángel Oña Oña es procedente, por las consideraciones que dejo anotadas, solicitando se dicte la sentencia que corresponda.

**QUINTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.- 1.-** El recurso de revisión es un medio extraordinario para remover la sentencia injusta pasada en autoridad de cosa juzgada (en base a las causales determinadas por la ley), mediante un nuevo examen para comprobar el error judicial en que ha incurrido el juzgador, es decir cuando el juzgador se ha equivocado “en el análisis de los elementos del delito, haciendo constar lo que, en efecto no existió, u omitiendo lo que, en realidad existió, entonces, da lugar al recurso de revisión” (Zavala Baquerizo).- Este recurso permite revocar la sentencia condenatoria en firme, ejecutada o ejecutándose, cuando concurra una de las causales determinadas en el Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, para ello, la ley exige la presentación de nuevas pruebas, pero en el caso que nos ocupa existen pruebas que justifican la materialidad de la infracción y responsabilidad del imputado, quien admitió ser dueño del arma de fuego.

**2.-** El artículo 31 de la **Ley sobre Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios. Fabricación, Importación, Exportación, Comercialización y Tenencia, dice:** “Los que con violación, a las normas de esta Ley fabricaren, suministraren, adquirieren, sustrajeren, arrojaran, usaren, transportaren o tuvieran en su poder armas, municiones, explosivos, accesorios o materia destinadas a su fabricación serán reprimidos con reclusión menor de 3 a 6 años y con multa de cinco mil a diez mil sucres sin perjuicio del decomiso de las armas de fuego, municiones, explosivos, accesorios, materias primas que constituyan la infracción.”.

**3.-** El artículo 19 de la **Ley sobre Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios. Fabricación, Importación, Exportación, Comercialización y Tenencia, dice:** “Ninguna persona natural o jurídica podrá, sin la autorización respectiva, tener o portar cualquier tipo de arma de fuego. Se exceptúa de esta prohibición al Personal de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, Policía Militar Aduanera y demás organismos estatales cuyos miembros podrán utilizarlas en la forma que señalan las Leyes y Reglamentos de la Materia.”. **4.-** Para que prospere el recurso de revisión, la ley exige presentación de nuevas pruebas, las que deben ser pertinentes para justificar las causales 3 y 4 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, que se han

invocado al interponer el recurso, que sean pertinentes y desvirtúen la acusación. Le correspondía probar a Miguel Ángel Oña Oña que la sentencia se dictó en base a testigos falsos e informes periciales maliciosos y errados; o que no es responsable del delito por el que se le condenó, lo que no ha sucedido en el presente caso. **5.-** Siendo la ley sobre Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios. Fabricación, Importación, Exportación, Comercialización y **Tenencia por la que se lo juzga y por la que lo acusa el fiscal en su dictamen de fojas 78 y vta.**, una Ley Especial y específica para la materia de la que se trata este juicio, está ley prevalece por sobre el artículo 162 del Código Penal (ley ordinaria), citado por el recurrente. Por lo que en aplicación de los artículos 19 y 31 de la Ley sobre **Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios. Fabricación, Importación, Exportación, Comercialización y Tenencia en concordancia con el artículo 42 del Código Penal;** y, de conformidad con el Art. 76, numerales 1 y 7 literal 1) de la Constitución, esta 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**”, desecha el recurso de revisión interpuesto por el sentenciado Miguel Ángel Oña Oña; respecto a la pena, de autos consta que la Segunda Sala Penal de la Corte Nacional la declaró prescrita. Se deja constancia de que la moratoria en la sustanciación y resolución de este recurso es atribuible a la Corte Suprema y a la anterior Corte Nacional de Justicia y no a esta Corte.- Notifíquese y Devuélvase el proceso al órgano jurisdiccional de origen para fines de ley.- Notifíquese y cúmplase.-

f.) Dr. Paúl Iñiguez Ríos, Juez Nacional Ponente.

f.) Dr. Wilson Merino Sánchez, Juez Nacional.

f.) Dr. Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional.

Certifico.

Dr. Honorato Jara Vicuña, Secretario Relator.

Corte Nacional de Justicia.- Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original.- Quito, 12 de septiembre 2012.- Certifico.- f.) El Secretario Relator.

**No. 405-2008**

**JUEZ PONENTE:** Dr. Paúl Iñiguez Ríos.

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

Quito, 12 de marzo de 2012, a las 11h00.

**VISTOS:** Edwin Geovanny Escobar Álvarez interpone recurso de revisión, de la sentencia dictada el 28 de abril del 2008, a las 10h00, por el Tribunal Segundo de lo Penal de Chimborazo, que los considera a él, a Jessica Maribel Pérez

Barriga y a Mario Javier Soria Jácome, coautores del delito de robo calificado, tipificado y reprimido en los artículos 550, 551 y 552 circunstancia 2ª del Código Penal, imponiéndoles a cada uno de ellos la pena de cinco años de prisión correccional. Concluido el trámite para este tipo de recurso y encontrándose la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** El Consejo de la Judicatura de Transición posesionó a las Juezas y Jueces Nacionales el 26 de enero de 2012. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión de 30 de enero de 2012, conformó sus ocho Salas Especializadas conforme dispone el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183. La Sala Especializada de lo Penal tiene competencia para conocerlos recursos de casación en materia penal según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, éste cuerpo legal en la Segunda Disposición Transitoria dispone que: *“en todo lo relativo a la competencia, organización y funcionamiento de la Corte Nacional de Justicia, este Código entrará en vigencia a partir de la fecha en que se posesionen los nuevos jueces nacionales elegidos y nombrados de conformidad con lo establecido en la Constitución y este Código.”* Por lo expuesto, avocamos conocimiento de la causa No.405-2008, en virtud del sorteo realizado el 09 de febrero del 2012. Habiéndose mediante sorteo designado este Tribunal y al Juez Ponente Dr. Paul Íñiguez, de conformidad con los Arts. 185 de la Constitución de la República, 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, con lo que los suscritos, al tenor de las normas antes referidas y las del Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, somos competentes para conocer el recurso de casación planteado. **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 te Tribunal de Casación declara la validez de esta causa penal. **TERCERO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.-** Edwin Geovanny Escobar Álvarez interpone recurso de revisión por la causal 3 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, alegando que no se comprobó la existencia de los bienes materia del delito del que se le imputa, que no se comprobó su responsabilidad como autor, cómplice o encubridor de este acto, que no se ha cumplido lo determinado en el Art. 146 del Código Adjetivo Penal, que el perjudicado nunca lo reconoció como autor de hecho, por lo que solicita se revise la sentencia.- **CUARTO: DICTAMEN FISCAL.-** El Fiscal en la parte principal de su dictamen manifiesta: *“TERCERO.-* La Sala, pone en conocimiento de las partes la recepción del proceso y dispone que la causa se abra a prueba por diez días y fenecido dicho término, en providencia de 19 de marzo del 2009, las 10h00 (fs. 4) declara concluido el período de prueba y dispone que el Ministro Fiscal General, emita su dictamen en 15 días. Es importante señalar que el recurso de revisión ha sido planteado por ello numeral 3 del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, esto es, si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados. En el presente caso, el recurrente Edwin Geovanny Escobar Castro, no ha demostrado con medio de prueba alguno como era su obligación, la causal invocada al fundamentar el recurso de revisión, revelando con ello la indiferencia y falta de iniciativa procesal que justifique la pertinencia de su pretensión, deviniendo por tanto ineficaz el recurso

interpuesto.”. **QUINTO.- CONSIDERACIONES DE LA SALA: 1.-** En nuestro país siempre se ha especificado, como objeto de la revisión, a la sentencia condenatoria. La Jurisprudencia ecuatoriana ha consagrado este recurso, refiriéndose a él como a una verdadera acción impugnatoria de la sentencia que se halla ejecutoriada. Se la plantea con el objeto de constituir una situación jurídica distinta a la que existía, modificarla o extinguirla. **2.-** Al revisar el proceso encontramos que la Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 20 de febrero de 2009, abrió la causa a prueba por diez días, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 364 del Código de Procedimiento Penal, vigente a esa fecha, por lo que durante ese tiempo, quien impugnó la sentencia, tenía la obligación de presentar nuevos hechos que desvirtúen aquellos que llevaron al juzgador al convencimiento de la existencia del delito y de la responsabilidad del sentenciado; de modo que, este tribunal pueda revocar el fallo impugnado; pues, el recurso de revisión por su carácter especialísimo, extraordinario tiene la capacidad de modificar la sentencia ejecutoriada, siempre y cuando la nueva prueba aportada sea pertinente al caso y lo suficientemente sólida para variar el fallo; pero en el presente caso no se ha presentado nuevas pruebas como era su obligación. **3.-** Por lo expuesto, en concordancia con el dictamen fiscal y sin que se haya demostrado la existencia del error de hecho en la sentencia impugnada, esta Sala de lo Penal de la Corte Nacional, **“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA”**, declara inprocedente el recurso de revisión interpuesto, confirmando la sentencia subida en grado.- Notifíquese y devuélvase.

- f.) Dr. Paúl Íñiguez Ríos, Juez Nacional.
- f.) Dr. Wilson Merino Sánchez, Juez Nacional.
- f.) Dr. Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional.
- f.) Dr. Honorato Jara Vicuña, Secretario Relator.

Corte Nacional de Justicia.- Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original.- Quito, 12 septiembre 2012.- Certifico: f.) El Secretario Relator

---

**No. 248-2009**

**JUEZ PONENTE:** Dr. Paúl Íñiguez Ríos.

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

Quito, 27 de marzo de 2012, a las 08h30.

**VISTOS:** La Agente Fiscal del Carchi, Dra. Narcisa Tapia Guerrón, presenta recurso de casación en contra de la sentencia absoluta dictada por el Tribunal de lo Penal del

Carchi, a favor de Wilson Joffre Cabrera Males dentro del proceso penal que se instauró en su contra por el delito tipificado y sancionado en los artículos 512 y 513 del Código Penal, por considerar que el acusado no participó en el acto delictivo por el que es acusado y llamado a juicio.- Siendo el estado procesal el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** Esta Sala Especializada de lo Penal tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial. Este cuerpo legal en la Segunda Disposición Transitoria dispone que: “*en todo lo relativo a la competencia, organización y funcionamiento de la Corte Nacional de Justicia, este Código entrará en vigencia a partir de la fecha en que se posesionen los nuevos jueces nacionales elegidos y nombrados de conformidad con lo establecido en la Constitución y este Código.*”. Por lo expuesto, avocamos conocimiento de la causa No. 248-2009 de la ex Segunda Sala Penal de la Corte Nacional, en virtud del sorteo realizado el 09 de febrero del 2012. Habiéndose mediante sorteo designado este Tribunal y al Juez Ponente Dr. Paul Íñiguez, de conformidad con los Arts. 185 de la Constitución de la República, 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, con lo que los suscritos, al tenor de las normas antes referidas y las del Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, somos competentes para conocer el recurso de casación planteado. **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Revisado el expediente no se encuentran vicios que pudieran generar nulidad en la tramitación del recurso, razón por la cual se declara su validez. **TERCERO: ANTECEDENTES: 1.-** Según consta de la denuncia presentada por María Arteaga Sánchez, el 01 de julio del 2006, a las 04h00 aproximadamente, luego de haber estado presente en la fiesta de graduación del Colegio “Sagrado Corazón de Jesús” que se realizó en el local de la Cooperativa “Cuatro de Octubre, de la ciudad de Tulcán, la menor María Eugenia Auz estaba descansando en el dormitorio, cuando empezó a gritar que había sido violada por el ciudadano Joffre Cabrera Males. **CUARTO. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO POR LA FISCALÍA GENERAL.-** El Fiscal General del Estado, en la parte principal de su fundamentación manifiesta que: “[...]. **CUARTO:** Del estudio del texto de la sentencia absolutoria desestimando la valoración de todo el acervo probatorio evacuado en la audiencia de juicio, bajo los siguientes argumentos simplistas: a) Que existe contradicción entre lo aseverado por la acusadora particular y su hija María Eugenia Auz; b) que la menor mantenía relaciones sexuales con su “enamorado” Leonardo Lara, inclusive el día de los hechos, circunstancia que su madre desconocía hasta el día en que se suscitó el ilícito penal; y, c) que el Tribunal valoró el análisis entre el perfil genético de Wilson Cabrera y el ADN de la muestra vaginal de María Eugenia Auz, de cuyas conclusiones se conoce que el material genético del acusado no concuerda con el encontrado en la cavidad vaginal de la ofendida. Argumentos que no desvanecen ni desvirtúan ningún elemento constitutivo de la violación, ni mucho menos la culpabilidad del acusado. Por otro lado, el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal le concede al tribunal apreciar las pruebas conforme las reglas de la sana crítica, reglas que no constan en normas de derecho positivo, sino que son reglas del correcto entendimiento humano,

confluyendo tanto las reglas de la lógica como las reglas de la experiencia del juez, permitiéndole distinguir lo verdadero de lo falso. El sistema de la sana crítica persigue, más que una certeza subjetiva en el juzgador, un convencimiento racional cuando analiza el conjunto de hechos justificados, según la carga probatoria de las partes, buscando en la verdad procesal un razonamiento libre de duda compaginado con el conocimiento doctrinal y legal. En la especie es evidente que el juzgador violó los principios aplicables a la valoración de la prueba, pues, de los recaudos procesales se advierte que los testimonios son coincidentes y nada contradictorios al manifestar que vieron al acusado tanto en el baile de graduación de la menor como en la casa donde descansaba en las condiciones antes descritas, lo que contribuyó a que Joffre Cabrera pueda consumar el delito por el cual fue llamado, sin que los resultados de ADN de los respectivos informes presentados, puedan enervar la responsabilidad penal, tanto más que, como lo señala la representante del Ministerio Público en su escrito de interposición del recurso, el tipo penal determinado en el Art. 512 del Código Penal, no exige que para la consumación del delito deba comprobarse una penetración total del miembro viril y menos aún que exista eyaculación, advirtiéndose que el Tribunal Penal del Carchi violó en el fallo los Arts. 79, 83, 84, 85, 86, 87, 88 del Código de Procedimiento Penal y Art. 512 numeral 3 del Código Penal, quedando demostrado en la sentencia que la conducta del acusado se subsume al tipo penal de violación. Por lo expuesto, es mi criterio que la Sala corrigiendo el error de derecho, case la sentencia pronunciada por el Tribunal Penal de Tulcán, y dicte la que en derecho corresponda. [...]”. **SEXTO: MARCO JURÍDICO:** Es pertinente establecer el marco jurídico, jurisprudencial y doctrinario para luego analizar el cuestionamiento que hace la parte recurrente a la sentencia casada: **1.- Normativa Constitucional.** La Constitución de la República garantiza el derecho al acceso a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita, en su artículo 75, como parte de los derechos de protección, debiendo aplicarse los principios de inmediación y celeridad, sin que las partes en litigio queden en la indefensión y asegurándolas el derecho al debido proceso, reglas señaladas en el artículo 76 de nuestra Carta Magna, donde las partes, en igualdad de condiciones, ejercen todos y cada uno de los derechos establecidos en la norma suprema. **2.- Normativa sustantiva.-** El Código Penal en su artículo 512, establece: “... *Violación es el acceso carnal, con introducción parcial o total del miembro viril, por vía vaginal, anal o bucal, con personas de uno u otro sexo, en los siguientes casos: 1.- Cuando la víctima fuere menor de catorce años; 2.- Cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistirse; y, 3. - Cuando se usare de violencia, amenaza o de intimidación...*” **3.- Normativa sobre casación penal.-** Al tenor de lo dispuesto en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, el recurso de casación, es un medio impugnatorio, que tiene por objeto corregir los errores de derecho que pudiera incurrir el inferior en la sentencia, por lo que constituye un recurso extraordinario de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia de acuerdo a lo establecido en el artículo 10, inciso segundo, del Código Orgánico de la Función Judicial. **4.- Normativa internacional.- Declaración Universal de los Derechos Humanos.-** Art. 8.- *Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales*

nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley". **SÉPTIMO.- ANÁLISIS DE LA SALA.- 1.-** El recurso de casación es extraordinario y formal, permite controlar si el Tribunal Juzgador ha violado la ley; y, si dicha violación ha causado gravamen. Las causales para que opere el recurso, son específicas y, en nuestra legislación, se encuentran establecidas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal: "*El Recurso de Casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación. No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba.*"<sup>1</sup>.- Por medio de la casación, se trata de rectificar la violación de la ley en que ha incurrido el Tribunal Juzgador en la sentencia; no es susceptible de un nuevo estudio del proceso, o una nueva valoración de las pruebas. **2.-** Al respecto, Ricardo C. Núñez, expresa: "El de casación es un recurso extraordinario porque no implica la posibilidad del examen y resolución "ex novo" de la cuestión justiciable, en todos sus aspectos de hecho y de derecho, sino, únicamente, el examen y resoluciones por éste de la aplicación de la ley procesal o sustantiva hecha, en el caso, por el tribunal "a quo". De manera que, este recurso no faculta al Juzgador realizar un nuevo examen de la prueba actuada dentro del proceso, y tiene como objetivo corregir y enmendar los errores de derecho que vicien la sentencia judicial, por uno de los motivos consignados en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal. La discordancia entre la verdad fáctica y su reconstrucción contenida en la sentencia, no pueden abrir nunca la vía de la casación". *Por su parte*, el tratadista Fabio Calderón Botero, en su obra Casación y Revisión en materia penal, manifiesta: "es un juicio técnico jurídico, de puro derecho sobre la legalidad de la sentencia, también conocido por la doctrina como error in iudicando...". **3.-** Con tales antecedentes de orden jurídico y doctrinario, este recurso faculta en casación, como objetivo corregir o enmendar los errores de derecho que vicien la sentencia judicial, por uno de los motivos consignados en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, lo que no ha hecho el Fundamentación. **4.-** En el presente caso fue analizada la materia genética de la ofendida con una prueba científica, sin que se haya encontrado espermatozoides del procesado; debiendo señalar que el líquido pre seminal es expulsado por el hombre cuando está excitado, el cual contiene espermatozoides y por ende ADN. Pero en el examen de ADN lo que se encuentra en la evidencia 1 es que existe mezcla de perfiles genéticos de al menos 2 individuos, pero se excluye material genético de Wilson Cabrera Males y en la evidencia 2 también se excluye material genético del procesado. Es por eso, que ante la posibilidad de una denuncia falsa de violación debe existir prolijidad en el interrogatorio, así como en el examen físico de los presuntos, víctima y agresor, cruzándose cuidadosamente la información obtenida y establecerse la verosimilitud de la información denunciada, por lo que en este caso, el Tribunal Juzgador no consideró que exista prueba material alguna en la que se determine la responsabilidad penal de

Wilson Joffre Cabrera Males; más si existen contradicciones entre las declaraciones de la acusadora particular y su hija. El Tribunal Penal en la sentencia valoró las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, en cumplimiento de lo que dispone el Art. 86 del Código Adjetivo Penal, lo que en el presente caso, ha sucedido y ha consignado las razones que lo llevan a la conclusión de que el procesado no es autor del delito del que se lo acusa. Eduardo Couture, en su obra "Las reglas de la sana crítica" editorial UIS, Montevideo, 1990, pág. 70, son: "*Las reglas de la sana crítica son reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos.*"- **5.-** Quien impugna una decisión judicial vía casación debe acreditar con precisión el error jurídico que la vicia y que se manifiesta al existir incoherencia entre lo resuelto y los hechos relatados aceptados como verdaderos. Pero no solo se trata de enunciar las supuestas normas o reglas violadas, sino que debe fundamentar en que consiste cada error de derecho cometido por el juzgador, y de qué modo se adecúa a una de las tres causales invocadas por el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, pero la Sala no encuentra que el Tribunal Penal del Carchi haya violado las normas de valoración de la prueba, como asegura el Fiscal General.- **6.-** De la revisión de la sentencia recurrida, se concluye que en la misma no existe violación de la ley, que deba ser corregida vía casación, ya por haberse contravenido expresamente su texto, por indebida aplicación, o porque exista errónea interpretación; pues, las conclusiones del Tribunal Juzgador son el resultado de su íntima convicción en el proceso de valoración de la prueba y recaudos procesales, sin perjuicio de que, la materialidad de la infracción y la participación del justiciable, así como la existencia del *animus necandi*, hayan sido valorados y determinados conforme a derecho.- Por lo expuesto, este Tribunal de la 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 LEYES DE LA REPÚBLICA**, en virtud de lo establecido en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto. Devuélvase el proceso al inferior para los fines pertinentes.- *Se deja constancia que la moratoria en la sustanciación y resolución de este recurso es atribuible a la ex Corte Suprema de Justicia y a la anterior Corte Nacional de Justicia de transición y no a la actual Corte.-* Notifíquese y Publíquese.-

f.) Dr. Paúl Íñiguez Ríos, Juez Nacional.

f.) Dr. Wilson Merino Sánchez, Juez Nacional.

f.) Dr. Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional.

Certifico,

Dr. Honorato Jara Vicuña, Secretario Relator.

Corte Nacional de Justicia.- Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original.- Quito, 12 septiembre 2012.- Certifico: f.) El Secretario Relator.

<sup>1</sup> Código de Procedimiento Penal ecuatoriano.- Art. 349.

No. 396-2009

PONENTE: Dr. Paúl Ñíguez Ríos.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
SALA PENAL

Quito, 17 de abril 2012, las 10h15.

**VISTOS:** El Consejo de la Judicatura de Transición, posesionó a las Juezas y Jueces Nacionales el 26 de enero de 2012. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión de 30 de enero de 2012, conformó sus ocho Salas Especializadas conforme dispone el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183. La Sala Especializada de lo Penal tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal según los artículos 184.3 de la Constitución de la República del Ecuador, y 186.3 del Código Orgánico de la Función Judicial, habiéndose, mediante sorteo, designado este Tribunal y al juez ponente Dr. Paúl Ñíguez Ríos, de conformidad con los Arts. 185 de la Constitución de la República y 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, por lo que, somos competentes para conocer asuntos de fuero y resolver los recursos de nulidad y apelación planteados por la Fiscalía General del Estado, el Director Nacional de Patrocinio Delegado del Procurador General del Estado y el Servicio de Rentas Internas. Agréguese al proceso el escrito presentado el 2 de abril de 2012 por el Dr. Wilson Yupanguí Carrillo. En lo principal, en virtud de los decretos de 9 de junio del 2011, las 09h0; y, 26 de junio de 2011; las 10h30, dictados por el Presidente de la Primera Sala de lo Penal, Juez sustanciador de la causa, que atendiendo' los escritos presentados por los señores: Doctor Alfredo Alvear Enríquez, Fiscal General del Estado Subrogante, del Abogado Marcos Ortega Valenzuela, Director Nacional de Patrocinio, Delegado del Procurador General del Estado; y, el Econ. Carlos Marx Carrasco, Director General del Servicio de Rentas Internas, conceden los recursos de nulidad y apelación y dispone remitir el expediente a la Sala de Apelación. Constituidos en razón del sorteo, en Tribunal de Apelación para resolver considera lo siguiente:

**PRIMERO.-** En primer lugar, corresponde en este caso, entrar a resolver la nulidad del auto solicitado, a cuyo efecto se anota que el auto del que se recurre y se solicita la nulidad, declara la nulidad de todo lo actuado, inclusive de la instrucción fiscal por no constar del expediente que se haya iniciado el trámite previo que determina el artículo 40 del Código de Procedimiento Penal y el artículo 180 del Código de Procedimiento Civil, argumentando que, por tratarse de una falsedad, debía primero ser declarada la falsedad del documento en la vía civil, como requisito indispensable para dar paso al juicio penal, al no haberse procedido de esa manera, el proceso penal iniciado, es nulo.

**SEGUNDO.- FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS DE NULIDAD Y APELACIÓN PLANTEADOS POR LA FISCALÍA:** El Dr. Alfredo Alvear Enríquez, Fiscal General del Estado subrogante, en su escrito en el que interpone recurso de nulidad y apelación al auto de nulidad, hace un resumen de los hechos manifestando que 09 de enero del 2007 se suscribió un Acta de Mediación de acuerdo total, entre el Econ. Alberto Cárdenas, Director General del SRI y el Dr. Desiderio Wilson Yupanguí Carrillo, Procurador Judicial de los herederos Nuques, por medio del cual el Estado, a través del

SRI, se comprometía pagar la suma de 23 millones de dólares a través de notas de crédito. Dicha Acta de Mediación tenía como antecedente y sustento de fondo, un proceso coactivo, en el que se embargó el "Ingenio Nuques", proceso en el cual por un recurso de nulidad interpuesto por los herederos Nuques, la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, declaró la nulidad del proceso coactivo, dejando a salvo la prescripción de la obligación tributaria. EL 9 de enero del 2003, la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia en un nuevo juicio dispuso que se cumpla con lo previsto en el Art. 64 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativo, es decir, que debe darse curso a los procedimientos necesarios para el cumplimiento de la sentencia y para el cálculo de daños y perjuicios a que hubiere lugar. Como incidente en la ejecución de la sentencia los herederos Nuques, solicitaron se los incluya en virtud de la declaratoria de nulidad del procedimiento coactivo, en esta etapa la Ministra de Sustanciación nombra perito para que liquide daños y perjuicios y, el Tribunal Distrital de lo Fiscal 2 con fecha 11 de junio del 2004 declaró la nulidad del auto que designo perito para que liquide daños y perjuicios, por considerar que ninguna sentencia condena al pago de daños y perjuicios. Los herederos Nuques interponen recurso de casación de este auto de nulidad y la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia el 7 de junio del 2006 resuelve desechar el recurso y dispone que se dé fiel cumplimiento a lo resuelto en sentencia del 09 de enero del 2003, por ello sostiene el recurrente que el pago de daños y perjuicios que reclamen los herederos no tiene ningún sustento; sin embargo, en la Cláusula Segunda del Acta de Acuerdo Total en sus numerales 3 y 4, hace constar que la Corte Suprema de Justicia había aceptado en sentencia el pago de daños y perjuicios en una suma de \$ 43' 300. 236, 62, sirviendo de sustento para llegar al acuerdo referido. Asegura, por tanto que el Director del SRI, el Procurador de los herederos Nuques en confabulación con un funcionario de la Procuraduría General del Estado, inventaron obligaciones de parte del Estado hacia los herederos Nuques, que no existen, lesionando gravemente la fe pública y poniendo en grave peligro las arcas fiscales. Sumado a esto, asegura que para forjar el Acta de Mediación, se hicieron constar hechos inexistentes como es el que se desprende de la certificación conferida por el Director Nacional del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, en la que manifiesta que en el Centro Nacional de Mediación de la Procuraduría General del Estado, no se ha tramitado ninguna petición de mediación relacionado con las controversias surgidas entre el SRI y los herederos Nuques, por tanto, no existe expediente sobre dicho proceso. Por otro lado, la certificación constante al final del Acta de Acuerdo Total, el proceso de mediación y la suscripción del Acta se ha llevado a cabo en el Centro de Mediación de la PGE de la ciudad de Guayaquil es falsa, conforme la Certificación concedida por el Director Nacional del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado y de las versiones de los propios procesados, la suscripción del Acta se realizó en Quito, no en Guayaquil, razones por las cuales la Fiscalía acusó que en la referida Acta de Mediación constan hechos que no han ocurrido, inventando convenciones y obligaciones para perjudicar al Estado en más de 20 millones de dólares. EL documento Acta de Acuerdo Total o Acta de Mediación, de acuerdo al Art. 164

del Código de Procedimiento Civil, es un documento público, por haber sido autorizado con las solemnidades por el competente empleado, es decir, por el Director del SRI y funcionarios de la Procuraduría General del Estado que firmaron el Acta, conducta que se subsume en el tipo penal previsto en el Art. 339 del Código Penal; esto es, la falsedad en un instrumento público por haber inventado convenciones, disposiciones y obligaciones. Por ello, considera el recurrente que el auto de nulidad del que apela y pide la nulidad, incurre en violación del Art. 76 numeral 7, literal i) de la Constitución de la República del Ecuador, garantía que ya era parte de la normativa constitucional del año 1998, que obliga a todo poder público incluidos los Jueces a emitir resolución sustentada en normas que guarden relación con los hechos puestos a su conocimiento, garantía que implica la posibilidad de control legal y constitucional, y se constituye en la demostración de la racionalización de la Función Judicial. En cuanto a la prejudicialidad sustento del auto que impugna dice "que esto se refiere a que no es posible iniciar el juicio penal sin antes haber resuelto en vía civil"; sin embargo, no todos los casos de falsificación debe ejercerse primero en la vía civil, para dar paso a la penal, esta posición constituye una limitación al ejercicio de la acción penal privada de la Fiscalía General del Estado, establecida en los Art. 193 de la Constitución y 33 del Código de Procedimiento Penal; de ser así se estaría dando carta blanca a los delitos de falsificación y dejando un nefasto precedente en la administración de justicia penal. Que como lo ha reseñado, el caso se presenta claramente como una falsificación ideológica cuya prejudicialidad no cabe en la demanda civil presentada por el Dr. Washington Pesantez Muñoz en calidad de Ministro Fiscal Distrital de Pichincha contra el Servicio de Rentas Internas y los herederos Nuques pretenden la nulidad absoluta del Acta, mas no demanda la falsedad del mismo. Y resalta el hecho de que el auto de nulidad dictado dentro del Juicio de ejecución del Acta de Mediación, a más de declarar la nulidad del proceso por violación del trámite, el Juez dispuso remitir copias certificadas a la Fiscalía General del Estado, por presumir el cometimiento de una infracción penal en la suscripción del Acuerdo Total. En cuanto a las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia que sirven de fundamento del auto, existen otras dictadas por la misma Corte que en contrario dicen que la regla de prejudicialidad civil no es para todo caso de falsedad de instrumento público, sino solamente para las falsedades materiales o en lo que se altere un documento público, después de otorgado. Demanda que, la prejudicialidad solo se da cuando existe enjuiciamiento civil que declare la falsedad del documento, de no ser así y para que no quede en la impunidad la falsedad de los instrumentos en pro del interés social y no del particular, en caso de falsedad ideológica opera la prejudicialidad, posición jurisprudencial que se acoge, y que por tanto deja sin sustento el argumento de nulidad impugnado. **TERCERO.- RECURSO DE NULIDAD.-** El recurso de nulidad de conformidad con el Art. 330 del Código de Procedimiento Penal, procede cuando el Juez o Tribunal Penal hubiere actuado sin competencia; cuando la sentencia no reúna los requisitos exigidos en el Art. 309 del mismo Código; y, cuando en la sustanciación del proceso de hubiere violado el trámite previsto en la Ley, siempre que tal violación hubiere influido en la decisión de la causa. Por su parte, el Art. 309 del Código de Procedimiento Penal, dispone que la sentencia deberá contener: **1.** La mención del

tribunal, el lugar y la fecha en que se dicta; nombre y apellidos del acusado y los demás datos que sirven para identificarlo; **2.** La enunciación de las pruebas practicadas y la relación precisa y circunstanciada del hecho punible y de los actos del acusado que el tribunal estime probados; **3.** La decisión de los jueces con la exposición concisa de sus fundamentos de hecho y de derecho; **4.** La parte resolutive, con mención de las disposiciones legales aplicadas; ...". En base de estas normas, revisado el proceso y el auto que motiva este recurso, se advierte que el mismo no prospera; pues, ninguna de estas causas se encuentran evidenciadas en el tramitación de la causa ni en la sentencia, por tanto, se niega dicho recurso. **CUARTO.- RECURSO DE APELACION: 1.- INTERPOSICION DE LOS RECURSOS:** Por lo expuesto, corresponde entrar a conocer, sobre los recursos de apelación interpuestos, tanto por el Doctor Alfredo Alvear Enríquez, Fiscal General del Estado, Subrogante y, por el Doctor Carlos Marx Carrasco Vicuña, Director General del Servicios de Rentas Internas y por el Abogado Marcos Ortega Valenzuela, Director Nacional de Patrocinio, Delegado del Procurador General del Estado, quienes en forma separada presenta recursos de apelación del auto que declara la nulidad procesal. A tal efecto, este Tribunal, revisado los correspondientes escritos que contienen los recursos de apelación señalados, los entiende de la siguiente manera: **A)** El escrito presentado por el Fiscal General del Estado ha sido ya resumido en el considerando Segundo, términos en los cuales se entiende presentado; **B)** En cuanto al recurso presentado por el Servicio de Rentas Internas a través de su patrocinador, refiriéndose al auto de nulidad, manifiesta que este se dicta luego de transcurrido dos años, cinco meses y 24 días luego de haberse llevado a cabo la audiencia preliminar, lo cual viola lo establecido en el artículo 230 del Código de Procedimiento Penal, vigente a la época, nulidad que se declara por no constar del expediente que se haya iniciado el trámite previo que determina el artículo 40 del Código de Procedimiento Penal y 180 del Código de Procedimental Civil, sostiene que se trata de una falsificación ideológica, documento materia de la presente causa, que tiene el carácter de falso de falsedad absoluta; el argumento de la Sala que declara la nulidad de lo actuado en esta causa, un documento legítimo preexistente, en los que es posible cualquier tipo de comparación (núcleo del juicio de falsedad civil), y aquellos casos en los que se inventan cláusulas, palabras, hechos, derechos en un documento para hacerlo aparecer como verdadero; en el caso no se esta en la posibilidad de realizar comparación del original o documento indubitado con algún otro documento dubitado, ya que lo único que existe en el caso es un documento original dubitado, sin que un perito pueda determinar la falsedad del acta de mediación conforme al trámite previsto en el Código de Procedimiento Civil, ya que no existe un original con el cual compararlo, y porque el análisis de la falsedad proviene de los hechos y derechos constantes en el documento, siendo inaplicable el invocado artículo 180 del Código de Procedimiento Civil, así como el artículo 40 del Código de procedimiento Penal; además no se toma en cuenta lo manifestado en el artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, en el sentido de que las Juezas y Jueces resolverán atendiendo los elementos aportados por las partes. Por fin se señala que en el auto de nulidad, no se hace un análisis de los argumentos de la Fiscalía, Procuraduría General del Estado y Servicio de Rentas Internas sobre los puntos controvertidos, careciendo de la

debida motivación, elemento primordial según la Constitución del Ecuador. En virtud de lo que expone, solicita la revocatoria del mencionado auto de nulidad dictado el 5 de abril del 2011 a las 08h30 y además se acogen al recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía; y, C) Por último, la Procuraduría; General del Estado a través del Director Nacional de Patrocinio, aunque recurre en escrito aparte, lo hace en los mismos términos los escritos que presenta tanto la Fiscalía como el Servicio de Rentas Internas. 2.- **ANÁLISIS DEL TRIBUNAL:** A) El Art. 40 Código de Procedimiento Penal es claro al disponer que, *“En los casos expresamente señalados por la ley, si el ejercicio de la acción penal dependiera de cuestiones prejudiciales cuya decisión completa exclusivamente al fuero civil, no podrá iniciarse el proceso penal antes de que haya auto o sentencia firme en la cuestión prejudicial”*; es decir, la prejudicialidad la señala expresamente la ley. El Diccionario Jurídico de Cabanellas, dice que este término (prejudicial) deriva del latín “*prae iudicium*” que significa antes del juicio, y, se entiende aquello “que requiere decisión previa al asunto o sentencia principal. De examen y decisión preliminar, referido a ciertas acciones y excepciones”. De otra parte, el Art. 180 del Código de Procedimiento Civil, sustento jurídico del auto recurrido, dice: *“Si se demandare la falsedad de un instrumento público, el juez procederá a comparar la copia con el original, y a recibir las declaraciones de los testigos instrumentales.- Practicadas estas diligencias y cualesquiera otras que el juez estime convenientes para el esclarecimiento de la verdad, se correrá traslado de la demanda y seguirá el juicio por la vía ordinaria.- En caso de declararse falso un instrumento, en la misma sentencia se ordenará la remisión de copias del enjuiciamiento civil al fiscal competente para que ejerza la acción penal, sin que pueda ejercerla antes de tal declaración”*. A este respecto, el profesor Edmundo Durán Díaz, en su análisis sobre la falta de claridad de esta norma, hace notar que no solamente los jueces civiles tienen competencia para declarar la falsedad de un documento ya que también los jueces penales están obligados a hacerlo en sus propios juicios cuando deban dictar una sentencia condenatoria y toma como ejemplo la sentencia publicada en la Gaceta Judicial No. 7 de la Serie XII, páginas 1386-7, que en su parte pertinente dice: **“PRIMERO: El auto motivado expedido por la Sala de Apelación declara que ha lugar al enjuiciamiento contra Vicente Aquilino Cueva Guamán, por el delito de falsedad tipificado en el Art. 339 del Código Penal. SEGUNDO.- El Tribunal del Crimen da como probados los siguientes hechos: a) Que el reo forjó la sentencia que asoma como expedida por el Juez 1° Provincial de Pichincha, que declara disuelto el matrimonio de Vicente Cueva Guamán con Clara Francisca Maridueña ; b) Que con esa sentencia obtuvo la inscripción en el Registro Civil del falsificado divorcio, y c) Que las firmas del Secretario del Juzgado 1° Provincial de Pichincha, Lcdo. Romeo Falconi, son producto de la imitación por calco. TERCERO.- Son estos hechos los probados; de ahí I que la actividad delictual de Cueva Guamán dio por resultado haberse cometido una verdadera falsedad en instrumento público, como lo es la inscripción del supuesto divorcio en el Registro Civil; fue pues, el reo responsable único de la falsedad constante en el mencionado instrumento público, otorgado por el competente empleado”, criterio que es coherente con una línea de precedente jurisprudencial claramente**

*establecida, en el sentido de que, “si bien las falsedades instrumentales se han contado entre las cuestiones prejudiciales, no todas lo son, sino las que se refieren a la falsedad material o alteración de un instrumento, después de otorgado y solo cuando ellas han sido materia del enjuiciamiento civil”*. (Gaceta Judicial SVII No. 3, pg. 302). Y, que *“no puede decirse en forma genérica y absoluta que el juicio penal en todo caso de falsedad de un instrumento no puede iniciarse sin que preceda la sentencia de fuero civil; pues, una interpretación de tal naturaleza quebrantaría la regla de hermenéutica universal, que rige la aplicación de los casos de excepción”* (Gaceta Judicial S VII No. 15 pg. 1782). Línea que en todo caso deja claro que: A) El Art. 180 del C.P.C. no establece como regla la prejudicialidad civil para todo caso de falsedad de un instrumento; B) La prejudicialidad sólo es aplicable a los asuntos de falsedad material mediante alteración de un documento después de otorgado, puesto que el Art. 180 ordena la comparación de la copia con el original y la recepción de las declaraciones de los testigos instrumentales; y, C) La prejudicialidad es admisible solamente cuando exista un juicio pendiente de falsedad de instrumento en un juzgado civil. De modo que, el fenómeno de la prejudicialidad implica la existencia de un asunto principal, dado que no es prejudicial en sí mismo, sino con relación a otro. Es decir, para que un determinado asunto pueda ser calificado de prejudicial debe haber otra, principal, a la cual vaya referida. Se trata entonces de una cuestión sustancial, diferente pero conexa, que sea indispensable resolver por sentencia en proceso separado. D) Los hechos demostrados en el proceso dan cuenta de la existencia de un documento –“Acta de Acuerdo Total”. cuyo contenido contraria la realidad; esto es, se celebra en razón de un peritaje que carece de valor, o inexistente, dado que, en providencia de 11 de junio del 2004, con voto de mayoría el Tribunal Distrital de lo Fiscal N° 1 de Guayaquil, declara nulo dicho nombramiento, bajo el argumento que ninguna sentencia ordena el pago por daños y perjuicios; y, el recurso de casación presentado contra este auto fue rechazado por la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, de modo que quienes suscribieron dicha Acta comprometieron al Estado con obligaciones falsas e inexistentes inventando el cálculo indemnizatorio; puesto que, si bien existe la obligación de pagar por los daños y perjuicios ocasionados, porque así lo dispone la sentencia de 09 de enero del 2003, dictada por la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, no han sido cuantificados. El Informe pericial al que se refiere el Acta de Mediación, es presentado por un perito cuyo nombramiento fue declarado nulo mediante auto ejecutoriado; y, la nulidad, en **Derecho**, es una situación genérica de invalidez del acto jurídico, que provoca que el acto deje de desplegar sus efectos jurídicos, de tal suerte que un acto inválido no puede generar un acto válido. De manera que, si el nombramiento del perito es nulo, inválido o inexistente, el informe que presenta dicho profesional, en derecho, no existe, resulta por ello, la cuantía que supuestamente suma \$ 43' 300. 236, 62, un invento; pues, en la realidad no existe. Por otra parte, obran de fojas 255 del expediente, memorando N° 35 CNH 2006, suscrito por el Subdirector del Centro Nacional de Mediación de la Procuraduría General del Estado, el 11 de abril del 2007, que contestando al oficio suscrito por el Fiscal General del Estado, manifiesta que el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado a su cargo "no ha

tramitado ninguna petición de mediación, convocatoria o acuerdo alguno de Mediación, relacionado con las controversias surgidas entre el Servicio de Rentas Internas y los señores Julio Nuques Salvador, José Nuques y Elena Nuques, por lo que en el Centro Nacional de Mediación de la Procuraduría General del Estado no existe expediente alguno en donde conste el Acta de Mediación o cualquier otro documento que se relacione con el proceso de mediación señalado...”, razón que deja sin soporte de hecho al Acta de Mediación de Acuerdo Total; puesto que, si no hubo trámite de acuerdo con la ley, no hubo acta de acuerdo con la ley, de manera que dicho documento incurre en la misma circunstancia legal de inexistencia; sin embargo, existe el acta suscrita por dichos funcionarios que comprometen el patrimonio del Estado para el pago de una indemnización que resulta ilegal e ilegítima. Considerase también, que según documento adjunto al Acta, esta fue celebrada en Guayaquil, empero los acusados en sus versiones dicen que fue en Quito. Entendidos como quedan los hechos del caso, está claro que la falsificación de la que se acusa se circunscribe dentro de la falsedad ideológica de documento público, no como erradamente lo considera la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia en el auto que dictó el 5 de abril del 2011; **E) La Falsedad Ideológica**, con palabras del Dr. Jorge Zabala Baquerizo, se presenta, cuando en un documento auténtico se consignan o insertan hechos o declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar; es decir, que es aquella en la que se hace relación maliciosa de hechos o manifestaciones de voluntad o de conocimiento, tomando características diversas, ya que el agente, no altera el instrumento preexistente, porque lo realiza en el momento de la formación del instrumento, como su contenido, incluyendo un hecho, una declaración de voluntad, o de conocimiento, siempre como verdaderos, cuando el agente está consciente de que no lo son. En este tipo de falsedad, el documento en su esencia es genuino, porque quien solemniza su contenido es un funcionario público, en uso de sus atribuciones legales, pero, su contenido es falso. Es por ello, que la falsedad ideológica no atenta contra la forma del instrumento, sino que se refiere al tenor del mismo, a lo que el documento debe decir como manifestación de voluntad, haciendo aparecer actos, pensamientos y hechos distintos a la realidad, hechos falsos. Sobre este mismo tema, Luis Romero Soto, en su obra Falsedad Documental, citando al autor Nelson Hungría, cuando se refiere a la falsedad ideológica dice: ... *“Se habla de falsedad ideológica o intelectual, que es modalidad del “falsum” documental, cuando la genuinidad formal del documento no corresponde a su veracidad intrínseca; el documento es genuino o materialmente verdadero, porque emana realmente de la persona que en él figura como autor o signatario, pero su contenido intelectual no expresa la verdad, porque la falsedad ideológica afecta solamente su ideación, el pensamiento que sus letras encierran.”*. Por su parte Carrara, Carrara Op. Cit. 3659, define la falsedad ideológica diciendo: ... *“Se llama falsedad meramente ideológica, la que se encuentra en un documento, exteriormente verdadero cuando contiene declaraciones mendaces, y precisamente se llama ideológica, porque el documento no es falso en sus condiciones esenciales, pero sí son falsas las ideas que se quiere afirmar en él como verdaderas”*. Lo anterior, deja claro que la falsedad ideológica, no forma parte de los Actos Prejudiciales y consiguientemente para el inicio del proceso penal, no

requiere del pronunciamiento previo de un Juez Civil, que lo declare falso, sino que estableciéndose la existencia del delito de falsedad ideológica, se debe iniciar la acción penal pública, ya que no existe el impedimento superable al ejercicio de la acción, porque la falsedad es respecto de un documento, que contiene expresiones mentirosas y no se puede comparar con ningún instrumento existente, porque es único, es creado con voluntad y conciencia del agente, sin que contenga hechos verdaderos, en cuyo caso, la acción penal pública se encuentra expedita para el inicio del proceso penal. Además, porque el referido Art. 180 del Código Procedimiento Civil, comienza con la expresión: *“Si se demandare la falsedad de un instrumento público...”*, es decir que la prejudicialidad es sólo cuando se demanda la falsedad. En caso contrario no existe el obstáculo; y **F) Por último y sin perjuicio de lo manifestado**, cabe señalar que el auto de nulidad dictado dentro del juicio de ejecución de sentencia, a más de declarar la nulidad del proceso por violación del trámite, el Juez dispuso remitir copias certificadas a la Fiscalía General del Estado, por presumir el cometimiento de una infracción penal en la suscripción del Acuerdo Total, auto con fuerza de cosa juzgada; es decir, hubo un pronunciamiento previo respecto de la presunción del cometimiento de un delito que no tomó en cuenta dicta la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, al dictar el auto que declara la nulidad procesal por la prejudicialidad que sustenta; pues, en este caso, se ha cumplido con la *“prae iudicium”* decisión previa; esto es, con lo que dispone el Art. 180 del Código Civil, ordenar *“...la remisión de copias del enjuiciamiento civil al fiscal competente para que ejerza la acción penal...”*. En la especie, como ha quedado dicho en los considerandos anteriores, los hechos probados no se circunscriben en los supuestos previstos en las normas que la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia aplica, porque el documento no presenta alteración, ni en su forma, ni en su contenido, el documento es genuino y auténtico, pero no veraz, por lo que se trata de falsedad ideológica. La aplicación del Art. 180 del Código de Procedimiento Civil, debe ser debidamente analizada, en base a los principios de razonabilidad; pues, no en todos los casos de falsificación de instrumento, tiene que procederse como lo prescribe esta norma, cuya expresión: **“Si se demandare la falsedad de un instrumento público...”**, deja claro que la prejudicialidad existe sólo cuando se demanda la falsedad, que en el caso sub iudice, no se da; y, cuando dice, *“...el juez procederá a comparar la copia con el original, y a recibir las declaraciones de los testigos instrumentales...”*, parte de un supuesto de existencia de una copia y un original, en contrario, la falsificación que se acusa no se encasilla en esta hipótesis, el instrumento es auténtico, único, pero no veraz, de modo que **NO EXISTE EL OBSTÁCULO PREJUDICIAL** al que se refiere al auto recurrido. Análisis que justifica que el auto recurrido no cumple con el supuesto de *“la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho”*, presupuesto imperativo de esta garantía al debido proceso. En tal virtud, este Tribunal, acepta los recursos de apelación interpuestos y **REVOCA** el auto que declara la nulidad del proceso dictado el 5 de abril del 2011 a las 08h30; disponiendo que se continúe con la tramitación de la causa conforme a ley. Notifíquese y devuélvase.

f.) Dr. Paúl Íñiguez Ríos, Juez Nacional.

f.) Dr. Wilson Merino Sánchez, Juez Nacional.

f.) Dr. Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional.

Certifico.

Dr. Honorato Jara Vicuña, Secretario Relator.

Corte Nacional de Justicia.- Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original.- Quito, 12 septiembre 2012.- Certifico: f.) El Secretario Relator.

---

No. 501-2009

**JUEZ NACIONAL PONENTE:** Dr. Paúl Íñiguez Ríos.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
SALA PENAL**

Quito, 27 de marzo de 2012, a las 09h00.

**VISTOS:** El recurrente Stalin Virgilio Zambrano Zambrano (interpone Recurso de Casación de la sentencia expedida el 12 de diciembre de 2005 por el Tribunal Quinto de lo Penal de Pichincha, en Santo Domingo de los Tsáchilas, que le impone la pena modificada de cuatro años de reclusión mayor ordinaria, por considerarlo autor del delito de peculado, tipificado y sancionado por el artículo 257 del Código Penal. Aceptado a trámite dicho recurso y habiéndose cumplido con la fundamentación del mismo y emitiendo la opinión Fiscal, por parte del Dr. Jorge W. Germán Ramírez, Ministro Fiscal General del Estado, de ese entonces, cumpliéndose con el trámite para esta clase de recursos, al tenor de lo dispuesto en el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal y siendo el estado de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA:** El Consejo de la Judicatura de Transición, posesionó a las Juezas y Jueces Nacionales el 26 de enero de 2012. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión de 30 de enero de 2012, conformó sus ocho Salas Especializadas conforme dispone el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183. La Sala Especializada de lo Penal tiene competencia para conocer los recursos de casación en materia penal según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, éste cuerpo legal en la Segunda Disposición Transitoria dispone que: “en todo lo relativo a la competencia, organización y funcionamiento de la Corte Nacional de Justicia, este Código entrará en vigencia a partir de la fecha en que se posesionen los nuevos jueces nacionales elegidos y nombrados de conformidad con lo establecido en la Constitución y este Código”, habiéndose mediante sorteo designado a este Tribunal y al juez ponente, de conformidad con los Arts. 185 de la Constitución de la República y 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, por lo que los suscritos, al tenor de las normas antes referidas y las del Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, luego del sorteo pertinente, somos

competentes para conocer el recurso de casación penal planteado.- **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL:** Revisado el trámite del presente Recurso de Casación, no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna que pudiera invalidar o acarrear su nulidad, por cuanto fue presentado dentro del plazo establecido en el Art. 350 del Código de Procedimiento Penal, habiéndose celebrado la audiencia que trata el Art. 352 del Código de Procedimiento Penal, donde los recurrentes fundamentaron los recursos, habiendo también comparecido el señor Fiscal General del Estado, por lo que este Tribunal lo declara válido. **TERCERO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO:** El recurrente Stalin Virgilio Zambrano, dentro del término determinado en el art. 352 del código de procedimiento penal, fundamenta su recurso, señalando que se ha violado las siguientes normas legales; Art. 24 numerales 7 y 17 de la Constitución Política del Ecuador; Art. 257 inciso primero del Código Penal; Arts. 86, 143, 144, 162, 309 numerales 2 y 3; 312 del Código de Procedimiento Penal; Arts. 216 numeral 6 y 261 del Código de Procedimiento Civil, normas supletorias a las del Procedimiento Penal, y Art. 86 de la Ley General del Sistema Financiero. **CUARTO: OPINIÓN DEL FISCAL:** El señor Fiscal General del Estado, considera que debe declararse improcedente el recurso de casación interpuesto por el procesado Stalin Virgilio Zambrano; manifestando que el Juzgador a-quo al dictar sentencia ha armonizado los hechos con la realidad histórico procesal y la conducta del infractor, aplicando la sana crítica estableciendo que la conducta del procesado esta previsto y sancionado por el Art. 257 del Código Penal y que la prueba introducida en la etapa del juicio, ha sido valorada en debida forma; y, por otro lado sostiene que el recurso de casación, según lo señala la doctrina y lo confirma la jurisprudencia, permite corregir el error de derecho, cuando se lo ha hecho violando las normas reguladoras para apreciarlo, y procede justamente cuando el hecho debidamente probado, no está relacionado por parte del Juzgador, con la norma entregada por el Legislador, ya que el peculado bancario consiste en el abuso de dineros públicos o privados o de efectos que los representen, que estuvieren en su poder en razón de su cargo, ya sea que se produzca desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante, comprendiéndose en estas conductas punibles a los servidores de los bancos Estatales y Privados. En la especie el propio recurrente reconoce que era cajero principal del banco, que el dinero estaba bajo su responsabilidad y asumió el faltante, por haberse apropiado de tales fondos lo que configura la conducta típica propia del peculado, como lo tipifica el Art 257 del Código Penal. **QUINTO: ASPECTOS JURÍDICOS:** Es pertinente establecer el marco jurídico, jurisprudencial y doctrina luego decidir sobre el fondo del cuestionamiento a la sentencia: **1.- Normativa Constitucional. 1.1.-**La Constitución de la República, en el artículo 6, consagra que todas las ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución. El artículo 10 establece que las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, son titulares y gozan de los derechos garantizados en la Constitución y en los Instrumentos internacionales. El ejercicio de los derechos se regirá por los principios: de exigibilidad en forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; la igualdad y goce de los mismos derechos, deberes y obligaciones; aplicación directa e inmediata; no restricción

de derechos y garantías; aplicación de la norma e interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia; inalienabilidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad, interdependencia e igual jerarquía; no exclusión de los derechos derivados de la dignidad de las personas, pueblos y nacionalidades; progresividad a través de normas, jurisprudencia y políticas públicas; respeto del Estado y hacer respetar los derechos, como lo establece el artículo 11. **1.2.-** La Supremacía Constitucional, consagrado en el artículo 425, coloca a la Carta Magna en la cúspide de la escala de valores a tener en cuenta por el Juzgador, en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, es deber de los Jueces velar porque los Derechos y Garantías de los sujetos procesales se cumplan, haciendo una interpretación interpartes de la Constitución; que no debe entenderse solo dirigida a cuidar los derechos y garantías de los justiciables; sino también, de las víctimas del delito conforme al artículo 78; pues, solo así se garantizara el equilibrio que hace posible el Principio de Universalidad, consagrado en el numeral 2 del Art. 11 *Ibidem*. **1.3.-** El Art. 233, de la Constitución de la República del 2008, establece: Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas. **2.- Normativa sustantiva.-** **2.1.** El Código Penal ecuatoriano, en el Art. 257 establece: Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años, los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que, en beneficio propio o de terceros, hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. Se entenderá por malversación la aplicación de fondos a fines distintos de los previstos en el presupuesto respectivo, cuando este hecho implique, además, abuso en provecho personal o de terceros, con fines extraños al servicio público. **3. Normativa sobre Casación Penal.- 1.-** Al tenor de lo dispuesto en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, el Recurso de Casación, es un medio impugnatorio, que tiene por objeto corregir los errores de derecho que pudiera incurrir el inferior en la sentencia, por lo que constituye un recurso extraordinario de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia, como lo señala el Art. 10 inciso segundo del Código Orgánico de la Función Judicial, sin que esté permitido a los juzgadores de Casación valorar la prueba actuada, que dio lugar a la sentencia que se impugna.- Cabe señalar, que los "errores de derecho", son corregibles mediante casación y que debe limitarse a examinar si en el fallo impugnado se ha aplicado correctamente la ley, fundamentado en las causales que contiene el Art. 349 del adjetivo penal, cuando la sentencia

recurrida ha violado la ley, por **a)** por contravenir expresamente a su texto; **b)** por haberse realizado una falsa aplicación de ella; y, **c)** por haberla interpretado erróneamente. Ya que la primera circunstancia implica contrariar su contenido y al hacerlo sería una violación directa.- La segunda, la falsa aplicación, puede darse aplicándola en un caso que no le corresponde.- La tercera, la interpretación errónea, podría dar lugar a ir más allá del contenido de la norma, contrariando su espíritu, su alcance, originándose un falso raciocinio. Por ello el Tratadista Fabio Calderón Botero, en su obra Casación y Revisión en materia penal, expresa que el recurso de casación... "es un juicio técnico jurídico, de puro derecho sobre la legalidad de la sentencia, también conocido por la doctrina como error in iudicando...", que precisamente es el error de derecho en la sentencia. **4.- Normativa internacional.- Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.- Art. 8.- Garantías Judiciales.-** 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí misma ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el Tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, ni a declararse culpable; y, h) derecho de recurrir del fallo ante Juez o Tribunal superior. 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia. **Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos; 1).** Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. 2). Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática. **SEXTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA:** Este Tribunal de Casación realiza bajo este aspecto un examen de la sentencia impugnada a fin de establecer si existe o no violación de la ley, y la correcta aplicación de las reglas de la sana crítica en la motivación del fallo, verificando si en su fundamentación han observado las reglas de la lógica,

del razonamiento y experiencia o conocimiento. 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. La garantía de motivación consiste, que mientras por un lado se deja al juez la libertad de apreciación, queda en cambio obligado a correlacionar lógicamente los argumentos, evitando de esta forma la arbitrariedad. Evidentemente la fundamentación del casacionista, entregan los elementos concretos en el sentido anotado; y excepcionalmente, el Tribunal de Casación, puede *motu proprio* adoptar la iniciativa correctora dentro de la naturaleza pública del orden jurídico por así disponerlo la última parte del Art.358 del Código de Procedimiento Penal. En este mismo sentido el doctor Luis Cueva Carrión en su obra "PECULADO". Tomo I. Teoría, práctica y jurisprudencia. pág. 81, señala: "Lo esencial del peculado no radica en la sustracción, distracción, malversación o cambio de vínculo de los bienes públicos, sino, sobre todo, en faltar a la fidelidad que todo servidor público tiene para con los bienes que están a su cargo y responsabilidad..." por lo tanto los intereses tutelados son: **el empleo de los fondos públicos conforme lo dispone la ley y la necesidad de contar con funcionarios probos**, esto ya fue señalado por Maggiore. quien manifestó que por esta razón Carrara no vacilaba en clasificar el peculado entre los delitos contra la fe pública; El delito de peculado, tipificado en el artículo 257 del Código Penal, tiene una estructura específica que amerita un detenido análisis: **1)** Según la doctrina, en la configuración del Peculado, debe darse la confluencia de tres elementos esenciales: **Sujeto activo:** la calidad de funcionario público del autor o el estar incluido entre aquellas personas que la ley equipara al agente estatal; **Objeto:** la naturaleza de los bienes (públicos o equiparados); **Relación funcional:** que estos bienes hayan sido confiados a la persona en razón de su cargo o de su tarea. (Delitos propios de los funcionarios públicos. Marco Antonio Terragni. Ediciones Jurídicas CUYO. pág.211 ).- **2)** En el tipo penal previsto en nuestra legislación, en el artículo 257 del Código Penal, **el núcleo o verbo rector es el "haber abusado" por parte del funcionario, de dineros públicos o privados** y en general de efectos que los representen, piezas títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, bien por **desfalco, disposición arbitral o cualquier otra forma semejante;** o sea **que los intereses que se tutelen son**, por un lado, **el empleo de los fondos públicos** destinados a determinados fines y cuya distracción produce serios perjuicios al aparato estatal con la siguiente afectación al bien común y, por otro, los bienes que también pueden ser del dominio de los particulares, sin que la distinción entre bien público y bien privado, sea esencial para la adecuación típica. **3)** Abusar según el Diccionario Real Académico de la lengua Española.- es "usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien". Desfalcar, según el diccionario Cabanellas: "Usar uno o tomar para sí el caudal que está obligado a custodiar", "Sustracción, retención indebida o uso privado de caudales o valores por la persona que tiene la obligación de custodiarlos de devolverlos o de servirse de ellos para fines específicos" en términos sencillos, "el abusar de fondos públicos por desfalco", debe entenderse como el "llevarse consigo los dineros públicos mediante actos volitivos

puestos en ejecución por el agente, con dolo o mala fe; y, precisamente constituye una forma planificada de llevarse los fondos públicos, en perjuicio del Estado". La "Disposición Arbitraria" debe entenderse de conformidad al Diccionario de la Lengua Española como, la facultad de enajenar o gravar los bienes, o como, la colocación o situación de las cosas, procediendo libremente abusando de esta facultad en forma injusta irracional o ilegal, y, por tanto, "la disposición arbitraria de los fondos públicos se entiende que es el uso indebido o impropio que se hace de los caudales públicos que se encuentran bajo su custodia",- De allí que, como sostienen los tratadistas, lo que se pretende en estos casos mediante el establecimiento de un sanción penal, es que los funcionarios y servidores públicos cumplan sus obligaciones jurídicas en el orden patrimonial y no cometan abusos que constituyan perjuicios al Estado en su conjunto. La conducta del peculador consiste en los actos en los cuales, las personas encargadas de los bienes y servicios del Estado, sus Entidades descentralizadas, Empresas del Estado, Instituciones Financieras, entre otras, ejecutan para abusar de la autoridad conferida sobre los mismos, en el ejercicio de su cargo, siendo estos actos, según expresa la norma, la sustracción o distracción de cualquier cosa perteneciente al Estado, de la citadas Instituciones o inclusive de un particular. En ambos casos, la forma de culpabilidad es eminentemente dolosa. Tanto la sustracción como la distracción, deben ser arbitrarias, por lo tanto ilícitas, para constituir el peculado. El término "uso propio o ajeno", a que se refiere la disposición del peculado, va más allá del simple significado del uso precario que una persona de las cualidades expuestas pueda hacer de las cosas que se les confían por razón de su cargo. El "Peculado" es un delito de peligro, por cuanto la acción de agente conlleva a un juicio de probabilidad, que le permite valorar el resultado con la situación concreta en que se encuentra. En el caso en estudio, el Tribunal de Casación considera que en el fallo del inferior hizo una valoración de lo actuado conforme a la sana crítica se advierte que no se violó las normas legales alegadas en el recurso, pues existe la certeza y coherencia al afirmar que se encuentran establecidas la materialidad de la infracción así como el nexo causal con el sentenciado. Fernando de la Rúa en su obra "Teoría General del Proceso", dice: "La motivación consiste en un trabajo intelectual, crítico, valorativo y lógico que lleva a un conjunto de razonamientos sobre los que el Juez basa su fallo", Por lo que las alegaciones del recurrente de que han sido violadas en la sentencia varias normas legales no tiene sustento legal, de manera que la materialidad del delito y la responsabilidad de Stalin Virgilio Zambrano Zambrano, se encuentra justificado con las actuaciones probatorias, valoradas en la audiencia de juzgamiento: a) testimonio del señor Tedy Mauricio Vallejo Avilés, Gerente del Banco Internacional quien respondió al interrogatorio que se le ha formulado de acuerdo con el Art. 288 del Código Penal, afirmando que el acusado Stalin Virgilio Zambrano, cometió la infracción, el 25 de agosto de 2004, en la oficina principal del Banco Internacional, en Santo Domingo de los Tsáchilas, avenida Quito, aproximadamente a las 19 horas, que los auditores encargados, en el transcurso de un proceso rutinario de auditoría del Banco, señores Mario Arenas y Andrés Paredes determinaron el faltante en la bóveda, que el hecho se había hecho conocer inmediatamente a la Jefa Operativa, como jefa inmediata del acusado, que fue quien le hizo conocer el asunto, por lo que acudió en ese momento a

constatar el faltante, que le preguntó al acusado, cajero principal del Banco, quien asumió su responsabilidad, indicando que él había tomado el dinero, y que era de total responsabilidad suya, que habían invertido ese dinero en gastos personales, que las funciones del acusado, eran custodiar el manejo del efectivo que existe en la bóveda del Banco; es decir, la recepción de depósitos por parte de los clientes, receptor dineros entregados por el Banco Central, y custodiar el efectivo que se maneja en el banco, que el acusado firma en la hoja del arqueo general de 25 de agosto del 2004, en el que se determina el faltante que asume y acepta; b) Testimonio de la señora Ivonne Alicia Repetto Dobronski, Auditora Interna del Banco Internacional, indicando que como parte del plan de auditoría anual, envió a los asistentes Mario Arenas y Carlos Paredes, a la realización de la auditoría a la oficina de Santo Domingo, que inicio el 23 de agosto del 2004, y que el 25 del mismo mes y año recibió una llamada de Mario Arenas, en la que se le hizo conocer el faltante, poniéndose en contacto con el Departamento Jurídico del Banco y se inicio el proceso con la detención respectiva; c) Testimonio del señor Mario Fernando Arenas Aizaga, que es concordante con los otros testimonios, y añade que el acusado libre y voluntariamente aceptó firmar el documento en el que constaba el faltante, que lo aceptó y asumió, que firmó y puso su sello de cajero, que pidió tres meses para devolver el dinero; d) Testimonio del señor Ing. Carlos Andrés Paredes Egas, que es concordante con los anteriores; e) Testimonio de la señorita Migdalia Leonora de Jesús Ullauri Zambrano, que es también concordante con los testimonios antes indicados, afirmando que se desempeñaba como Jefe Inmediato del acusado, quien le pidió que realice una transferencia simulada por el valor que faltaba, afín de compensar la diferencia establecida en el arqueo de caja; f) La pericia de descripción de tres CD que determinan en las filmaciones del interior del Banco, la caja de atención a los clientes en la que laboraba el acusado, el hall o pasillo de atención al público, puerta de acceso a la bóveda, oficina del jefe de Operaciones, en todo lo cual se ratifican los peritos en la audiencia; y, g) El certificado emitido por la señora Daniela Ortiz, del Departamento de Recursos Humanos del Banco Internacional, con el que se comprueba que el acusado se ha desempeñado como cajero principal de dicha entidad bancaria. En el asunto en cuestión y remitiéndonos primeramente a las alegaciones relativas a la violación de las normas constitucionales invocadas por el recurrente, debemos señalar que estas no han sido sustentadas conforme a derecho, como era su obligación. Así mismo, se observa que el Tribunal en su fallo no violó las normas citadas por el recurrente; tales como el Art. 24 numerales 7 y 17 de la Constitución Política del Ecuador; Art. 257 inciso primero del Código Penal; Arts. 86, 143, 144, 162, 309 numerales 2 y 3; 312 del Código de Procedimiento Penal; Arts. 216 numeral 6 y 261 del Código de Procedimiento Civil, finalmente luego de un análisis exhaustivo de la sentencia, se advierte que existe coherencia entre la parte considerativa y resolutive de la sentencia impugnada, y que la conclusión lógica desde la perspectiva jurídica es correcta, pues la valoración de la prueba es la adecuada, ya que no existen violaciones a las normas constitucionales y legales como lo sostiene el recurrente, al no existir en la sentencia causales de violación establecidas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal. Este Tribunal de Casación de la Corte Nacional, **“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO**

**DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”**, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el Recurso de Casación interpuesto por el recurrente Stalin Virgilio Zambrano Zambrano, Devuélvase el proceso al inferior para el trámite de ley Notifíquese y Cúmplase.

f. Dr. Paúl Íñiguez Ríos, Juez Nacional.

f.) Dr. Wilson Merino Sánchez, Juez Nacional.

f.) Dr. Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional.

Certifico,

Dr. Honorato Jara Vicuña, Secretario Relator.

Corte Nacional de Justicia.- Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original.- Quito, 12 septiembre 2012.- Certifico: f.) El Secretario Relator.

---

No. 581-2009

PONENTE: Doctor Paúl Íñiguez Ríos.

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

Quito, 27 de marzo de 2012, a las 10h00.

**VISTOS:** El Primer Tribunal Penal de Tungurahua, con fecha 26 de noviembre del 2008, a las 15h04, emite sentencia condenatoria en contra de **FRANKLIN FERNANDO MALLIQUINGA CHANGO**, imponiéndole la pena de CUATRO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA por haber adecuado su conducta en el tipo penal descrito en el primer artículo innumerado del Capítulo II, del Atentado Contra el Pudor, de la Violación y el Estupro, del Código Penal. De la referida sentencia, el sentenciado interpone recurso de revisión conforme se desprende del escrito que obra de fs. 50 a 53 del cuaderno del Tribunal Penal. Siendo el estado procesal el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** El Consejo de la Judicatura de Transición, posesionó a las Juezas y Jueces Nacionales el 26 de enero de 2012. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión de 30 de enero de 2012, conformó sus ocho Salas Especializadas conforme dispone el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183. La Sala Especializada de lo Penal tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, éste cuerpo legal en la Segunda Disposición Transitoria dispone que: “en todo lo relativo a la competencia, organización y funcionamiento de la Corte

Nacional de Justicia, este Código entrará en vigencia a partir de la fecha en que se posesionen los nuevos jueces nacionales elegidos y nombrados de conformidad con lo establecido en la Constitución y este Código”, habiéndose mediante sorteo designado este Tribunal y al juez ponente, de conformidad con los Arts. 185 de la Constitución de la República y 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, por lo que los suscritos, al tenor de las normas antes referidas y las del Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, somos competentes para conocer el recurso de casación planteado. **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL:** Examinado el trámite del presente Recurso de Casación, no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna que pudiera invalidar o acarrear su nulidad, por cuanto fue presentado dentro del plazo establecido en el Art. 350 del Código de Procedimiento Penal, habiéndose fundamentado el recurso por parte del recurrente y emitido dictamen el señor Fiscal General del Estado, por lo que este Tribunal de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, lo declara válido. **TERCERO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE REVISIÓN.-** El recurrente señala que fundamenta su recurso en las causal 6 del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, que es inocente del delito por el que se lo acusa, que por parte de la Fiscalía a violentado el Art. 15 del Código de Procedimiento Penal; añade que el juzgador no ha respetado ni considerado el indubio pro reo y que al no estar de acuerdo con la sentencia interpone el recurso de revisión. **CUARTO: DICTAMEN FISCAL.-** El Dr. Washington Pesántez Muñoz, Fiscal General del Estado, de ese entonces en los considerandos Cuarto y Quinto, señala: “...**CUARTO:** La causal en la que se ampara, se refiere a la no comprobación conforme a derecho de la existencia del delito constante en la sentencia, no a la responsabilidad del sentenciado, y menos aún la violación de la ley en la sentencia, que es materia de otro recurso como el de casación. De la revisión del proceso se establece que la existencia del delito previsto y sancionado en el primer artículo innumerado del Capítulo II del Atentado contra el Pudo, de la Violación y el Estupro del Código Penal, está plenamente justificado con: a) El testimonio rendido por la doctora María Dolores Villagómez Álvarez, quien realizó el examen médico legal el 25 de febrero del 2008 a Diana Alejandra Malliquinga Nasevilla, de 14 años 11 meses de edad; asegura que ésta le refirió que su tío siempre la sabía tocar, le quitaba la ropa, la besaba y que a finales del mes de junio del 2007, cuando regresaba de un paseo por la finalización del curso de catequismo, su tío Franklin Malliquinga la quiso besar en la boca, que le quitó la ropa y él también se desnudó, momentos en que ingresó su tía Martha Malliquinga y le propinó tres cachetadas, que él dijo que no sabía lo que estaba haciendo; que el examen ginecológico la examinaba presentaba genitales de nulípara, eritema moderado, secreción amarillenta en moderada cantidad, presencia de secreción achocolatada proveniente de cavidad uterina, región perineal normal, región anal normal; b) El testimonio del Cabo Kléver Solís Solís, quien manifiesta que realizó la diligencia de reconocimiento del lugar de los hechos, el mismo que esta ubicado en la ciudadela Letalmendi No. 4-15 y Carmen Mora de la ciudad de Ambato; y, que el inmueble está compuesto por tres plantas, que la puerta de ingreso es de metal y en el interior existe un conjunto de gradas que dan acceso a las plantas superiores, detallando el inmueble para concluir que es una escena cerrada

modificada, que es un sitio poblado, con circulación vehicular y peatonal, con alumbrado público y señalización, que es un departamento de vivienda. c) El testimonio del doctor Marco Antonio Mena Freire, perito que practicó el examen psicológico a la menor Diana Alexandra Malliquinga Nasevilla, quien se encontraba temerosa y lloraba, que presentaba conflictos de sexualidad, temor, angustia, conflictos de índole familiar, depresión post traumática, conjunto de características de un daño después de un trauma, concluye que presenta un cuadro de inestabilidad psicológica debido abuso de orden sexual. **QUINTO.-** El recurso de revisión tienen el carácter de extraordinario porque altera la inmutabilidad de la sentencia ejecutoriada que solo puede modificarse en razón de este recurso. En el presente caso, se interpone el recurso de revisión en base numeral 6 del Art. 360 del Código Procesal Penal, que dice: “Cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho, la existencia del delito a que se refiere la sentencia”; es decir, si se le hubiese sentenciado sin haberse probado el delito de atentado al pudor; el error judicial por esta causal, operaría cuando el juzgado sin prueba legal justifique el delito, lo ha declarado demostrado. En la especie consta justificada la existencia material de la infracción, con la pruebas que fueron incorporadas al juicio, todo lo cual ha sido valorado conforme a las reglas de la sana crítica, permitiendo establecer con certeza la existencia de la infracción pesquisada y la responsabilidad del imputado. Concluye considerando que el Tribunal de la Sala debe declarar la improcedencia del recurso de revisión. **QUINTO: APRECIACION DOCTRINARIA SOBRE LA REVISION.-** El Procedimiento Penal tiene como finalidad llegar a la imposición de una pena respetando la verdad procesal, así como la verdad real, si esto es así, resulta razonable la legitimidad de la sanción por un acto adecuadamente típico y antijurídico. Frente a la posibilidad de un error judicial en la apreciación correcta de los hechos, surge la necesidad de la reparación mediante el mecanismo de un recurso de excepción como es la revisión, asumiendo el riesgo de la vulnerabilidad de la cosa juzgada. En virtud de la *cosa juzgada*, la sentencia en firme es generalmente inatacable e impugnable, cuando se han agotado los términos para la interposición de los recursos, o cuando habiendo sido interpuestos, el Tribunal de Alzada ha ratificado la resolución del juez *a- quo*. Para el profesor CLARIA OLMEDO en su obra *Derecho Procesal Penal*, es objetable considerar a la revisión como un recurso en sentido, estricto expresando que: “mejor parece considerarlo como una acción impugnativa que persigue la revocación de una sentencia firme y anulación del proceso en que se pronunció, fundándose en circunstancias nuevas para la causa por ser recién conocidas o haberse presentado con posterioridad”. Nuestra legislación, como característica exclusiva, ha previsto además de los presupuestos universales, una revisión *in iure*, al establecer en la regla 6 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal como una causa más para la procedencia de este recurso, el “no haberse comprobado conforme a derecho la existencia de la infracción”; esto implica que para la imposición de una pena, se ha de establecer formalmente la existencia de todos y cada uno de los elementos que conforman el tripartito penal del tipo objetivo del delito. Además, debe quedar claro que el recurso de revisión es de justicia y lo que trata el legislador es emendar mediante esta acción los vicios de hecho y de derecho en que pudo haber incurrido la

administración de justicia en un momento dado, así como por la inobservancia del debido proceso, que no es patrimonio de una etapa procesal sino que debe observarse durante todo el juzgamiento, como sucede en el presente caso. **SEXTO: ANÁLISIS DE LA SALA Y RESOLUCION.-** 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. El recurrente ha fundamentado su recurso de revisión en la causal 6 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, que se refiere “cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho, la existencia del delito a que se refiere la sentencia. Al efecto, del análisis del proceso con el sinnúmero de pruebas aportadas en la audiencia de juicio, se desprende que se encuentra justificado conforme a derecho al existencia de la infracción y la responsabilidad del imputado, esto es, del delito de atentado contra el pudor, tipificado en el primer artículo innumerado del CAPITULO II, DEL ATENTADO CONTRA EL PUDOR, DE LA VIOLACIÓN Y EL ESTUPRO, del Código Penal. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, en el numeral 18 señala que los derechos humanos de la mujer y del niño son parte inalienable, integrante e indivisible de los Derechos Humanos Universales, y que los delitos de esta índole son incompatibles con la dignidad y la valía de la persona humana por lo que se insta a los gobiernos a intensificar esfuerzos para proteger y promover los derechos humanos de la mujer. En el presente caso en este tipo de infracción, no cabe duda que nadie mejor que la agraviada para identificar al agresor; también se debe tomar en cuenta que en los delitos sexuales, la jurisprudencia y la doctrina admiten que es muy raro la existencia de testigos presenciales del hecho delictivo, ya que se efectúa a solas, con mucha reserva y sobre todo cuidándose de la presencia de personas que puedan testificar. En el Art. 46 numeral 4 de la Constitución de la República se reconoce la “protección y atención en réplica a todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, en contra la negligencia que provoque tales situaciones”. En oposición de los niños, niñas y adolescentes, es el Estado quien garantiza y reconoce la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. **El abuso sexual es toda conducta** o comportamiento que atenta contra los derechos básicos fundamentales de las personas, a la vida, la libertad, la integridad y la dignidad humana. Se manifiesta con conductas agresivas, temporales, o permanentes que buscan lesionar, humillar, degradar, expresar dominio o presión sobre una persona o personas que se encuentran o se colocan en condiciones de inferioridad. El Código de la Niñez y Adolescencia en el Art. 50 el cual indica el Derecho a la integridad personal “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se respete su integridad personal, física, psicológica, cultural, afectiva y sexual”. De allí que el menor tiene el derecho de estar exento y libre de cualquier daño que altere su desarrollo, el que se presenta con carácter de indisponibilidad o irrenunciabilidad, precisamente porque su consentimiento no es válido. En la sentencia a revisión, sobre la responsabilidad se haya plenamente determinada, con el testimonio rendido por la ofendida, la menor de edad (14 años de edad) Diana Alejandra Malliquinga Nasevilla, se determina claramente que ésta fue sometida y obligada por parte del acusado

Franklin Malliquinga, a realizar actos de naturaleza sexual, como es el haber aprovechando que la menor vivía en la misma casa que el acusado y que en ciertas ocasiones pasaba pasaban solos y que en el mes de junio su tío antes referido le metió a la fuerza al cuarto le empezó a sacar toda la ropa, le quiso amarrar las manos y le tapó la boca con una cinta de embalaje, para luego querer meter el pene en su vagina y en su boca, como así lo corrobora con la declaración e informe psicológico practicado por el Perito Marco Mena Freire y con la diligencia de Evaluación Médica Clínica, practicada por perito María Dolores Villagómez. Del examen del expediente a este Tribunal no tiene duda de la comisión del delito de atentado contra el pudor en la persona de la ofendida DIANA ALEJANDRA MALLIQUINGA NASEVILLA es decir, que se encuentra comprobada la existencia de la infracción y de que el autor del mismo es el recurrente, por lo que no existe violación de la causal 6ta del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal. Por estas consideraciones y acogiendo el Dictamen Fiscal, este Tribunal de la Sala penal, **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 Art. 367 del Código de Procedimiento Penal, se declara improcedente el Recurso de Revisión formulado por FRANKLIN FERNANDO MALLIQUINGA CHONGO, y dispone se devuelva el proceso al Tribunal de origen. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. Paúl Íñiguez Ríos, Juez Nacional.

f.) Dr. Wilson Merino Sánchez, Juez Nacional.

f.) Dr. Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional.

Certifico,

Dr. Honorato Jara Vicuña, Secretario Relator.

Corte Nacional de Justicia.- Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original.- Quito, 12 septiembre 2012.- Certifico: f.) El Secretario Relator.

---

**No. 767-2009**

Dr. Paúl Íñiguez Ríos.

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

Quito, 26 de julio de 2012, las 10h36.

**VISTOS:** El sentenciado Alejandro Agustín Ruiz Ruiz, interpone recurso de revisión de la sentencia dictada el 22 de noviembre del año 2007, las 17h45, por el Quinto Tribunal de Garantías Penales del Guayas, que le impone la pena de veinticinco años de reclusión mayor especial, por

considerarlo autor del delito de asesinato, tipificado y sancionado en el artículo 450 del Código Penal con las circunstancias de los numerales 1, 4 y 7 de la indicada disposición, sin que en el caso sub lite proceda la modificación de la pena, por haberse cometido con imperio de las circunstancias agravantes antes señaladas. Concluido el trámite y siendo el estado de resolver, previamente para hacerlo se considera: **PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** Esta Sala Especializada de lo Penal tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal según los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, y 186 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial. Este cuerpo legal en la Segunda Disposición Transitoria dispone que: *“en todo lo relativo a la competencia, organización y funcionamiento de la Corte Nacional de Justicia, este Código entrará en vigencia a partir de la fecha en que se posesionen los nuevos jueces nacionales elegidos y nombrados de conformidad con lo establecido en la Constitución y este Código.”* **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Revisadas las actuaciones en esta instancia de casación, no se encuentran vicios que pudieran generar nulidad procesal, declarándose la validez de lo actuado. **TERCERO: ANTECEDENTES.-** El Juez Décimo Sexto de Garantías Penales del Guayas, con sede en el cantón Daule, dictó auto de llamamiento a juicio contra Alejandro Agustín Ruiz Ruiz, por considerarlo autor del delito tipificado en el artículo 450 numerales 1 y 4 del Código Penal, teniendo como antecedentes los siguientes: 1) El acta y parte del levantamiento del cadáver de Cesar Jacinto Romero Romero; 2) La denuncia presentada por Luis Daniel Romero Romero; 3) El Protocolo de Autopsia efectuado en el cadáver de Cesar Jacinto Romero Romero, suscrito por el Dr. Bolívar Ronquillo Rivas; 4) La actuación de reconocimiento pericial de una bicicleta GT marca Lee Chan, suscrito por el abogado Milton Barahona Villamar; 5) El acta de entrega de la evidencia física; 6) El informe policial de investigación; 7) Los testimonios de: Magali Mariuxi Salazar Vera y Francisca Teodora Vera Cantos, las mismas que son testigos presenciales del hecho; y, 8) El informe pericial, realizado en el Km. 35 de la vía Guayaquil- Daule, suscrito por el Ingeniero Alfredo Zambrano Alcívar. Enviado el proceso a la oficina de sorteos y casilleros judiciales de ese distrito, y, sorteada la causa, se lleva a cabo la audiencia pública de juzgamiento, luego de dos audiencias fallidas, por motivos ajenos al Tribunal según constan de las razones sentadas por la Actuaría del Tribunal. **CUARTO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.-** En el escrito de fundamentación del recurso de revisión, del recurrente Alejandro Agustín Ruiz Ruiz manifiesta, que en mérito de lo establecido en el Capítulo V, Recurso de Revisión, artículo 359 del Código de Procedimiento Penal, el recurso de revisión procede por una de las causas previstas en el artículo 360 ibídem y podrá proponerse en cualquier tiempo, después de ejecutoriada la sentencia condenatoria, las causales en las cuales se sustenta son 3, 4 y 6, que establecen lo siguiente: Si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados; cuando se demostrare que el sentenciado no es responsable del delito por el que se lo condenó; y, cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho, la existencia del delito a que se refiere la sentencia Argumenta, que el Tribunal Penal para resolver no se ha remitido a los hechos conforme a derecho de acuerdo a las

reglas de la sana crítica como así lo dispone el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, omitiendo lo señalado en los artículos 97 y 88 ibídem, que el primero prescribe que las presunciones que el Juez o Tribunal obtengan deben estar basados en indicios probados, graves, precisos, concordantes. Contravienen lo estatuido en el artículo 278, del Código de Procedimiento Penal, con lo que le dejan en la indefensión por cuanto no estuvieron presentes además de las personas indicadas en el artículo anterior el ofendido, los testigos, peritos e intérpretes que hubieren sido notificados para que se presenten a dicha audiencia. Se viola además el debido proceso como es lo señalado en el artículo 282 ibídem, sobre la falta de comunicación de los testigos, por cuanto se encontraban presentes en la Sala de la Audiencia escuchando todo lo que se decía en la misma. **QUINTO: DICTAMEN FISCAL.-** La Fiscalía General del Estado, por intermedio de su máxima Autoridad, en su contestación a la fundamentación del presente recurso de revisión, manifiesta: a) Con la finalidad de que el impugnante pueda cumplir con el mandato de los artículos 360 numeral cuarto y 364 del Código de Procedimiento Penal, aplicable al caso, la Sala a fojas 4 del respectivo cuaderno abre la causa aprueba por diez días, sin que dentro de este plazo se haya practicado ninguna diligencia tendiente a demostrar que no es responsable del delito, motivo por el cual se condenó al justiciable, sin poder justificar como lo exige la norma procesal la existencia de predicha causal. b) Advierte que la revisión no es recurso de instancia ordinaria que permita al Tribunal de Alzada, volver a examinar y evaluar los actos procesales producidos en juicio sino, que demanda la presencia de nuevos datos o indicios que antes no pudieron ser probadas, como en el presente caso no se practicó prueba alguna, no se ha podido demostrar las causales 3 y 4 invocadas por el recurrente en su escrito de fundamentación. En cuanto a la causal sexta, el Tribunal sustenta la existencia de la infracción en la siguiente prueba: 1.- Informe policial de la investigación No. 2006-290-PJ-Daule, elaborado por el cabo policía nacional Kenny Ronald Miño Olaya; 2.- El protocolo de Autopsia realizado por el Dr. Bolívar Javier Ronquillo Rivas, perito médico legista, quien precisa que la causa de muerte de César Jacinto Romero Romero fue por hemorragia intracraneal, lesión del cerebro ocasionado por heridas de disparos de arma de fuego de grueso calibre; 3.- Testimonio del Ing. Manuel Alfonso Zambrano Alcívar, sobre el Reconocimiento del Lugar del Hecho, al que lo describe como un lugar abierto frente al frigorífico Municipal; 4.- Testimonio de Francisca Teodora Vera Cantos y su hija Magali Mariuxi Salazar Vega, testigos presenciales del hecho quienes en compañía de César Jacinto Romero Romero, se trasladaban a casa de su hermano que es abogado a fin de hacerle una consulta profesional, siendo en el camino interceptados por tres individuos con arma de fuego, uno de ellos el acusado Alejandro Ruiz Ruiz, quien disparó varias veces contra Jacinto Romero Romero, causándole la muerte; 5.- testimonio de la policía municipal de Nobol Douglas Heitel Véliz Mestanza, quien vio al acusado amenazar al ahora occiso el 29 de abril del 2006 sin que sea la primera vez que lo hacía. c.- En la especie consta justificada la existencia material de la infracción, con las pruebas, tales como el protocolo de autopsia realizado, así como con lo varios testimonios vertidos por quienes presenciaron el hecho, y que no han sido desvirtuados por el acusado, todo lo cual ha sido valorado conforme a las reglas de la sana crítica

conforme lo dispone el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, permitiendo establecer con certeza la existencia de la infracción pesquisada. **SEXTO: ANÁLISIS DEL TRIBUNAL.- 1.** El recurso de revisión, es extraordinario y especial, se trata de un mecanismo jurídico mediante el cual se busca la invalidación de una sentencia que ha adquirido firmeza y autoridad de cosa juzgada, en procura de reivindicar la justicia material, porque la verdad procesal declarada es disonante con la verdad histórica del acontecer objeto del juzgamiento; esta demostración solo es posible jurídicamente dentro del marco que delimitan las causal es taxativamente señaladas en la ley, lo que se pretende con la revisión es demostrar con nuevas pruebas y ajenas al proceso fenecido, el error de hecho de la sentencia impugnada, que conllevó a la injusticia de la condena (**SE TRATA DE UN JUICIO DEL JUICIO**), las causal es en nuestra legislación penal se encuentran establecidas en el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, y solo la causal sexta prevé una revisión automática, cuando la alegación se da por no haberse comprobado conforme a derecho la existencia del delito, esto implica, que no se establecieron formalmente todos y cada uno de los elementos constitutivos del tipo. **2.** La impugnación constituye el desacuerdo del condenado con la sentencia y el recurso es el medio, camino o vehículo que permite la revisión del fallo de condena; estos presupuestos deben cumplirse de forma simultánea en el acto procesal de impugnación, lo cual no sucede en el caso sub lite, pues en el escrito de fundamentación del recurso de fojas 68 a la 70, sólo se limita a realizar una observación a favor de su derecho de defensa, interponer el recurso y determinar los causales tercero, cuarto y sexto de la norma vigente. **3.** Se debe advertir que, si no se cumple adecuadamente con la interposición del recurso y la fundamentación de las causas de revisión, vuelve improcedente el recurso, ya que se debe aportar nueva prueba sobre los hechos alegados, sin embargo, no se ha aportado prueba alguna en la diligencia de audiencia, y más bien se pretende una nueva revisión de las pruebas actuadas y demás actos procesales practicados en el proceso ordinario, así, como bien lo ha señalado la Representante de la Fiscalía, no se demuestra la configuración de las causales anotadas del artículo 360 de la Ley Adjetiva Penal, alegada por el revisionista. **4.** En lo atinente a la causal sexta, este Tribunal de la Sala Penal, comparte plenamente el criterio de la Fiscalía General del Estado -que lo hace suyo-, por cuanto la existencia del delito ha sido debidamente comprobado conforme a derecho, tal como se desprende de los considerandos de la sentencia recurrida, esto es con prueba material y testimonial suficiente que acredita plenamente la configuración de los elementos constitutivos del tipo penal de asesinato tipificado y reprimido en el artículo 450 del Código de Procedimiento Penal, con las circunstancias numeras 1, 4 y 7. **5.** De acuerdo a lo expuesto en los considerandos tercero y cuarto del presente fallo y analizadas las constancias procesales, se determina la conducta del sentenciado, el grado de violencia y participación, estableciéndose la autoría del delito por el cual fue sentenciado, tan es así que se emite dictamen fiscal acusando al ciudadano Alejandro Agustín Ruíz Ruíz, como autor del ilícito de asesinato, sustentado en las siguientes probatorias: a) El protocolo de Autopsia, realizado por el Dr. Bolívar Javier Ronquillo Rivas; y, b) Testimonios de: Ing. Manuel Alfonso Zambrano Alcívar, Francisca Teodora Vera Cantos, Magali Mariuxi Salazar Vega, César Jacinto

Romero Romero, Nobol Douglas Heitel Véliz Mestanza. **6.** El Juzgador, bajo el convencimiento y certeza, sustentada en prueba eficaz y en la verdad procesal, además aplicando las reglas de la sana crítica, establece la responsabilidad del encausado, precisando de las actuaciones procesales, la justificación de la situación personal del sentenciado en esta causa. En consecuencia, la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Penal Quinto del Guayas se confirma íntegramente, ya que a criterio de este Tribunal, es el resultado de la debida aplicación de la Constitución de la Republica y la Ley, de esta manera haciendo justicia y dotando a la sociedad de seguridad jurídica. **SEXTO: DECISIÓN DEL TRIBUNAL.-** Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, **“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”**, de conformidad con lo establecido en el artículo 367 del Código de Procedimiento Penal, por improcedente se rechaza el recurso de revisión.- Hágase saber.-

f.) Dr. Paúl Íñiguez Ríos, Juez Nacional.

f.) Dr. Jorge M. Blum Carcelén, Juez Nacional.

f.) Dr. Wilson Merino Sánchez, Juez Nacional.

Certifico.

Dra. Sara Jiménez Murillo, Secretaria Relator, encargada.

Corte Nacional de Justicia.- Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original.- Quito, 12 septiembre 2012.- Certifico: f.) El Secretario Relator.

**No. 849-2009**

**PONENTE:** Dr. Paúl Íñiguez Ríos.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
SALA PENAL**

Quito, 28 de marzo 2012, las 09h00.

**VISTOS:** Los sentenciados Walter Humberto Poveda Salazar William Huberto Poveda Salazar, interponen Recurso de Casación de la sentencia expedida el 12 de septiembre del 2007, por el Tribunal Penal Quinto del Guayas, que los condena a veinte y cinco años de reclusión mayor especial a cada uno, como autores del delito de asesinato, tipificado en el artículo 450, numerales 1, 2 y 5; en concordancia con el artículo 451; y lo dispuesto en los casos 3° y 4° del artículo 30 del Código Penal, y, con aplicación del artículo 42, todos del Código Penal vigente al momento de la comisión del delito. Aceptado a trámite el presente recurso, mediante auto dictado el 29 de mayo de 2009 por la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional

de Justicia, dispuso que los recurrentes fundamenten el recurso interpuesto, habiéndolo realizado conforme a ley y constando del cuaderno procesal el Dictamen Fiscal emitido el 26 de agosto de 2009 por el señor Dr. Alfredo Alvear Enríquez Director Nacional de Asesoría Jurídica, Subrogante del Fiscal General del Estado, mediante providencia de sustanciación del 16 de diciembre de 2009 se dispuso que pasen los autos a la Sala para resolver. Habiéndose evacuando la audiencia solicitada por los recurrentes, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal y siendo el estado de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO.- JURISDICCION y COMPETENCIA:** El Consejo de la Judicatura de Transición, posesionó a las Juezas y Jueces Nacionales el 26 de enero de 2012. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión de 30 de enero de 2012, conformó sus ocho Salas Especializadas conforme dispone el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183. La Sala Especializada de lo Penal tiene competencia para conocer los recursos de casación en materia penal según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, éste cuerpo legal en la Segunda Disposición Transitoria dispone que: *“en todo lo relativo a la competencia, organización y funcionamiento de la Corte Nacional de Justicia, este Código entrará en vigencia a partir de la fecha en que se posesionen los nuevos jueces nacionales elegidos y nombrados de conformidad con lo establecido en la Constitución y este Código”*, habiéndose mediante sorteo designado este Tribunal y al juez ponente Dr. Paúl Iñiguez Ríos, de conformidad con los Arts. 185 de la Constitución de la República y 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, por lo que los suscritos, al tenor de las normas antes referidas y lo establecido en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, somos competentes para conocer y resolver el recurso de casación penal planteado. **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL:** Revisado el trámite del presente Recurso de Casación, no se observa omisión de solemnidad alguna que pudiera invalidar o acarrear su nulidad, por cuanto fue presentado dentro del plazo establecido en el Art. 350 del Código de Procedimiento Penal, habiéndose fundamentado el recurso por los recurrentes y emitido dictamen la Fiscalía General del Estado, declarándose su validez. **TERCERO.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO:** **1.-** Los recurrentes fundamentan el recurso de casación en los siguientes términos: Que, de conformidad con el libro segundo, de la Prueba, título 1, La prueba y su Valoración; Capítulo Principios Fundamentales, artículos 79 al 158 inclusive, en estos se establecen los principios fundamentales que deben regir para la producción y la práctica de las pruebas, que van a ser valoradas en la etapa del juicio, y que debieron ser practicadas en la etapa de la Instrucción Fiscal; y de manera taxativa el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal, establece que toda acción pre procesal que vulnere Garantías Constitucionales, carece de valor legal y eficacia jurídica probatoria, es decir que todo acto pre procesal, procesal, que no cumpla con este mandato constitucional legal, no puede ser considerada como elementos de cargo para sustentar una acusación fiscal o motivar una sentencia condenatoria, al efecto señalan que contra la sentencia materia de esta impugnación -un año después del asesinato- el informe mediante el cual se da a conocer las investigaciones realizadas en torno a la aprehensión del ciudadano Poveda Salazar Walter

Humberto, por delito contra las personas, asesinato del Abogado Eddy Escalcin Enríquez Saltos, parte policial falso y doloso el cual constituye una violación a la valoración de las pruebas actuadas dentro de este proceso, entraña violación de los Derechos y Garantías Constitucionales al debido proceso y a la defensa y a la introducción de pruebas y versiones obtenidas bajo tortura y amedrentamiento, físico y psicológico, por lo que no existe sustento legal claro para razonar como se lo ha hecho en ésta írrita sentencia condenatoria. **2.-** Sostienen que se viola en la sentencia, lo establecido en el artículo 91 del Código de Procedimiento Penal, y consecuentemente, se viola también lo establecido en el artículo 309 numeral 2 *ibidem*, no se enuncia en el fallo la prueba material de la infracción, así como tampoco fueron presentados en la etapa del juicio, los vestigios o los instrumentos con los que se dice cometieron la infracción, violándose lo establecido en los artículos 64 y 65 del Código de Procedimiento Civil, contraviniendo de manera taxativa el artículo 250 del Código de Procedimiento Penal, que no habiéndose establecido conforme a derecho la materialidad de la infracción, simple y llanamente, la infracción no existe, tampoco se puede admitir la existencia del nexo causal entre una infracción inexistente jurídicamente y los acusados sentenciados inconstitucionalmente e ilegalmente. **3.-** Se viola en la sentencia los artículos 14 numeral 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 8 numeral 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; el Principio 36.1 del Conjunto de Principios para la Protección de todas personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión adoptada por la Asamblea General en su Resolución 43/173 del 9 de diciembre de 1998, normas de carácter internacional que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico y que son preminentes con respecto de nuestras leyes, así como también se viola la Constitución de 1998 en el artículo 24 numeral 7 (artículo 76 numeral 2 de la Constitución del Ecuador en vigencia). Así el Tribunal funda la sentencia condenatoria en informes policiales contradictorios, en versiones realizadas por miembros de la Policía al margen de la ley, los informes fueron actuados después del plazo improrrogable de duración de la Instrucción Fiscal.- **4.-** Indican, que para determinar la culpabilidad de una persona en el cometimiento de un delito y declarar por ende su responsabilidad penal, precisa que se hayan cumplido con absoluto rigor las distintas exigencias normativas establecidas en el Código de Procedimiento Penal, como el hecho de que las pruebas sean producidas en juicio acorde a lo dispuesto en el artículo 79 y que éstas lleguen a tener valor solamente si han sido pedidas, ordenadas, practicadas e incorporadas conforme a las exigencias legales conforme al artículo 81, debiendo establecerse conforme al artículo 85 la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado, lo cual se reitera en el artículo 250, aquello debe ser consecuencia de la convicción del juzgador luego del análisis y valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica conforme a los artículos 252, 304-A y 86 del Código Adjetivo Penal. **5.-** Se refieren a otras violaciones en la sentencia que no ha sido razonada jurídicamente, reiterando que no consta anunciada la prueba material de la infracción ni reproducida en la audiencia de juzgamiento, que se les acusa de cómplices por parte de la Fiscalía sin que exista indicio de ser los autores, conforme así ha manifestado la viuda Gina Gisella Burgos Cedeño, quien se ratificó en la etapa de juicio., al sentenciarlos como autores se violó la

garantía constitucional al debido proceso y a la defensa, sin dar a las pruebas el valor correspondiente.- **6.-** Señalan que el artículo 80 de manera clara establece que la ineficacia probatoria se extenderá a todas aquellas pruebas que hubiesen sido obtenidas violando las garantías constitucionales, de allí que, sustentar una Instrucción Fiscal en actos procesales al margen de la ley, es un acto nulo, violatoria de la Constitución del estado en el artículo 24, numeral 13 (artículo 76, numeral 7 literal I de la Actual Constitución). **7.-** Los artículos 87 y 88 del Código Adjetivo Penal exige que la presunciones se obtendrán de los indicios, esto es de los hechos reales no imaginarios, que deben estar probados, los que deben ser graves, precisos y concordantes y deben ser varios, relacionados entre los indicios, no existe un solo indicio que haga presumir el nexo de causalidad entre la infracción que se acusa y nuestra responsabilidad, así la esposa del fallecido reconoce que el autor material del delito fue Marvin Francisco González Peñafiel o Dennis Omar Maula Peñafiel (alias Pinina), y el autor intelectual Bolívar Quevedo, sin que exista un solo indicio que haga presumir el nexo de causalidad entre la infracción que se acusa y nuestra responsabilidad; se ha hecho tabla raza de las reglas del debido proceso y del derecho a la defensa. **8.-** El Tribunal Penal, violó el artículo 143 del Código de procedimiento Penal; que siendo como es un medio de defensa y prueba a su favor no se toma en cuenta la declaración instructiva, ni el testimonio en la etapa del juicio; además la sentencia no cumple con lo dispuesto en el artículo 304-A, ni con los requisitos establecidos en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 309 ibídem, así que tanto la materialidad de la infracción como el nexo de causalidad entre la infracción y la responsabilidad o culpabilidad con los imputados o acusados del delito, debe establecerse conforme a derecho, debe cumplirse con el debido proceso. **9.-** El Tribunal al valorar las pruebas se apartó de las reglas de la sana crítica y vulneró los artículos 23 numeral 27 relacionado con el derecho al debido proceso 24 numeral 13, referido a la falta de motivación, de la Constitución de la República vigente al inicio de este proceso y ratificados en los artículos 76 numerales 2, 3 y numeral 7 literal I en su orden; 86, 87, 88, 250, 252, 304-A, 309 numeral 3 del Código de Procedimiento Penal y los artículos 41, 42, 43 y 450 del Código Penal, porque la sentencia en el considerando quinto declara que los acusados como cómplices por el representante del Ministerio público en el dictamen y ratificado en la audiencia de Juzgamiento como condenados en calidad de autores intelectuales del delito, situación inadmisibles desde todo punto de vista jurídico, se nos responsabiliza de un acto ilícito que procesalmente no consta demostrado, ni como cómplices, menos como autores. **10.-** Terminan solicitando se dicte sentencia absolutoria, disponiendo la inmediata libertad. **CUARTO.- DICTAMEN FISCAL: 1.-** La Fiscalía General del Estado, a través del Doctor Alfredo Alvear Enríquez Subrogante del Fiscal General del Estado, en lo principal manifiesta: Que el Quinto Tribunal Penal de Guayas considera que los acusados Walter Humberto Poveda Salar y William Humberto Poveda Salazar coadyuvaron de un modo principal en el acto punible propuesto por Marvin Francisco González Peñafiel o Denis Omar Naula Peñafiel, alias "Pinina", ya que ha través de medios anterior y simultáneos, de manera directa e inmediata, y en forma conjunta atacaron al ciudadano Eddy Escalsin Enríquez, hiriéndolo gravemente con la descarga de tres disparos, que en

definitiva les cegaron la vida, acto injusto al que concurren las circunstancias 1, 2 y 5 del artículo 450 del Código Penal. **2.-** Los argumentos planteados por los recurrentes concentran su atención en el hecho de que los medios de prueba practicados en la audiencia del juicio no han cumplido con su finalidad, la demostración materia de la infracción y la responsabilidad de los acusados. Revisada que ha sido la sentencia, en relación con los cargos expresados por los acusados, se tiene que el primero de los requisitos planteados por la ley procesal penal para la emisión de una sentencia de condena, es acreditado con la declaración rendida en el juicio por parte del doctor Juan Eduardo Montenegro Clavijo, perito médico legista; en lo que tiene que ver con el segundo presupuesto, esto es la responsabilidad de los acusados se encuentra demostrado con las testimoniales de los policías Julio Cesar Quinabanda Quilligana, Luis Marcelo Samaniego Martínez y Carlos Bernardo Latorre Capelo, declaraciones que se relacionan con la propia declaración del acusado Walter Humberto Poveda Salazar que conjuntamente con su hermano William Humberto Poveda Salazar participó del execrable hecho. **3.-** Partiendo del hecho de que el debido proceso es aquel que se inicia, desarrolla y concluye respetando y haciendo efectivos los principios y normas constitucionales, internacionales y legales, se puede expresar que los acusados llegan a juicio en base a la correcta aplicación de las normas imperantes en el país, siendo este el momento procesal en el que las pruebas producidas por los sujetos procesales interrumpen su situación jurídica de inocencia, pues de manera lógica y natural conducen a establecer que William Humberto Poveda Salazar y Walter Humberto Poveda Salazar fueron contratados por Marvin Francisco González Peñafiel o Denis Omar Enríquez Saltos, asunto que se encuentra plasmado en el texto de la sentencia, en el que se aprecian enunciadas las pruebas y las normas relacionadas con la descripción circunstanciada del hecho punible, con la respectiva explicación de la pertinencia de su aplicación en relación con los antecedentes del caso, de manera que no se advierte que los artículos: 23 numeral 27; y 24 numerales 7 y 13 de la Constitución Política del Estado de 1998; así como los artículos 14 numeral 2 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos; y 8 numeral 2 de la Convención Americana de derechos humanos; hayan sido transgredidos por el Juzgador en su sentencia. **4.-** Los artículos 79, 80, 83, 85, 86, 87, 88 y 91 del Código de Procedimiento Penal tienen relación con los principios fundamentales de la prueba y su valoración, refiriéndose de manera específica al momento procesal en que alcanzan dicha finalidad; así como a su finalidad y a la forma en la que deben ser valoradas por los jueces, advirtiéndose que de ninguna manera la sentencia es producto de la apreciación de pruebas meramente transcritas o carentes de eficacia, conforme lo quieren hacer ver los recurrentes. En el presente caso son los testimonios rendidos en la audiencia de juicio, los que forman en el Juzgador la certeza que los presupuestos exigidos por los artículos 250 y 304-A del Código de Procedimiento Penal, se encuentran reunidos en el caso que se juzga, ya que por ellos se establece la existencia material del asesinato, y se llega a la convicción de que los acusados actuaron motivados por la norma prevista en el artículo 450 del Código Penal, a la cual concurren las agravantes propias del tipo, como son haber actuado con alevosía, por promesa remuneratoria, e imposibilitando a la víctima para defenderse. Insiste en que los argumentos propios del recurso de nulidad no pueden

ser atendidos a través del recurso de casación, en el presente caso, los recurrentes invocan la transgresión de los numerales 1, 2 y 3 del artículo 309 del Código de Procedimiento Penal, que objetivamente analizada y sin mayor esfuerzo permite deducir que se trata de un cargo previsto en el artículo 330 numeral 2 del mismo cuerpo normativo. La Fiscalía es del criterio de la no procedencia del recurso de casación. **QUINTO.- ASPECTOS JURIDICOS:** De acuerdo a lo establecido en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, el Recurso de Casación, es un medio impugnatorio, que tiene por objeto corregir los errores de derecho que pudiera incurrir el Tribunal de origen en la sentencia, constituyendo un recurso extraordinario de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia, concordante con lo establecido en el artículo 10, inciso segundo, del Código Orgánico de la Función Judicial, sin que el Tribunal de Casación pueda valorar la prueba actuada, que dio lugar a la sentencia que se impugna.- Es importante señalar, que los *“errores de derecho”*, son corregibles mediante casación, puesto que en esta instancia se examina, si en el fallo impugnado se ha aplicado correctamente la ley. Las causales para que opere la casación se encuentran contenidas en la disposición antes señalada, cuando la sentencia recurrida ha violado la ley: **a)** por contravenir expresamente a su texto; **b)** por haberse realizado una falsa aplicación de ella; y, **c)** por haberla interpretado erróneamente. La primera circunstancia implica contrariar su contenido y al hacerlo sería una violación directa; la segunda, falsa aplicación, puede darse aplicándola en un caso que no le corresponde; la tercera, interpretación errónea, podría dar lugar a ir más allá del contenido de la norma, contrariando su espíritu, su alcance, originándose un falso raciocinio. El tratadista Fabio Calderón Botero, en su obra Casación y Revisión en materia penal, expresa que el recurso de casación... *“es un juicio técnico jurídico, de puro derecho sobre la legalidad de la sentencia, también conocido por la doctrina como error in iudicando...”*, que precisamente es el error de derecho en la sentencia lo que merece un examen, estando vedado revalorar la prueba, que en nuestra legislación esta prohibido por el artículo antes invocado. **SEXTO: ANÁLISIS DEL TRIBUNAL: A.-** En vista de los hechos, los ciudadanos Walter Humberto Poveda Salar y William Humberto Poveda Salazar, son sentenciados por considerárselos autores del delito de asesinato, tipificado en el artículo 450 numerales 1, 2 y 5; en concordancia con el artículo 451; y, lo dispuesto en los cargos 30 y 40 del artículo 30 del Código Penal; y, con la aplicación del artículo 42, todos del Código Penal vigente la momento de la comisión del delito, conforme así consta de la sentencia dictada por el Tribunal Quinto de lo Penal del Guayas, por tal motivo son condenados a la pena de veinte y cinco años de reclusión mayor especial. **B.-** Es necesario dejar claro, que debemos entender por fundamentación, vocablo que viene de fundamento: voz culta, del latín fundamentum, fundamento de un edificio y, en el lenguaje filosófico, de un razonamiento o argumento. Derivado del verbo fundo,-are “fundar, poner los fundamentos”, y éste de fundus, “fondo” o “fundamento” (de un edificio). En este sentido, fundamentación, es establecer el conjunto de motivos, razones, argumentos de hecho y especialmente de derecho en que se apoya quien interpone el recurso, es decir, señala con claridad y pertinencia los fundamentos legales conducentes a establecer la procedencia del recurso, por la violación a la ley, en definitiva debe exponerse las razones

jurídicas en cuyo mérito se aplica el derecho. **C.-** Los recurrentes en la fundamentación se limitan a realizar una narración de los hechos, señalando de manera general las normas supuestamente violadas por el Tribunal, sin que se establezca de manera alguna las causales sobre las cuales se fundan dichas violaciones de conformidad con lo establecido en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, es más, en la audiencia solicitada por los impugnantes, en forma expresa éstos manifiestan que la sustentan en las causales establecidas en la Ley de Casación, normativa aplicable a los casos de índole civil y otras materias conexas, no siendo aplicable para la materia penal, cuyas causales se encuentran establecidas en el Código de Procedimiento Penal, de esta manera, se incumple con las exigencias de la norma de procedimiento antes señalada. **D.-** En vista de lo expuesto en el párrafo anterior, éste Tribunal considera, que no se fundamentó el recurso de casación conforme a lo determinado en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, pues, no se indica de qué modo se impugna la decisión y cuál el motivo que hacía procedente el recurso; no se señala con precisión y claridad cuales son los preceptos legales violados en la sentencia, ya por haberse contravenido expresamente su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación, tres hechos fácticos que requieren ser justificados debidamente y al amparo de las disposiciones legales y constitucionales. La fundamentación realizada por la parte recurrente no satisface las exigencias doctrinarias y legales, porque se reduce a un discurso que dista mucho de la obligación jurídica de fundamentar. En este sentido, no cabe aplicar la parte final del artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto se considera que no existe fundamentación adecuada, de acuerdo a lo expresado anteriormente. **E.-** Por fin es necesario reafirmar, bajo el criterio del profesor español Andrés de la Oliva Santos, que: *“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). **D.-** La sentencia dictada por el Tribunal Penal Quinto del Guayas, el 12 de enero de 2009, cumple con los requisitos de los artículos 304-A agregado por la Ley No. 2003-101 y sustituido por disposición del artículo 82 de la Ley s/n, publicada en el R. O.- S. No. 555 de 24-III-2009 y 309 del Código de Procedimiento Penal, entre ellos principalmente: 1.- El examen de los hechos.- 2.- La determinación de la forma como se ha comprobado la existencia del delito. 3.- La fundamentación sobre la existencia de pruebas que acreditan la responsabilidad de los sentenciados en el cometimiento del delito. 4.- La valoración de los aportes probatorios, lo cual permite al Tribunal Penal Quinto del Guayas, establecer presunciones graves, precisas y concordantes, llevándolos al convencimiento de que los ciudadanos Walter Humberto Poveda Salazar y William Huberto Poveda Salazar son autores del delito de asesinato, tipificado y sancionado en los artículos 450, numerales 1, 2 y 5; 451; 30 numerales 3 y 4, y con aplicación del artículo 42 todas las disposiciones del Código Penal vigente al momento de la comisión del delito. Lo expuesto, permite aseverar que se lleva a la práctica la proclama del artículo 1, inciso primero, de la Constitución de la República, esto es, que el Ecuador es un

Estado constitucional de derechos y justicia; se hace efectiva, la tutela judicial, imparcial y expedita de los derechos e intereses ciudadanos y la aplicación de los principios de inmediación y celeridad, conforme a lo consagrado en el artículo 75 ibídem; se asegura el derecho al debido proceso, por cuanto se han cumplido las garantías básicas que contempla el artículo 76 de la Constitución de la República, así también se brinda seguridad jurídica, que hace posible una convivencia social pacífica. El Tribunal Penal Quinto del Guayas, ha aplicado la pena tomando en cuenta el hecho y todas sus circunstancias y la persona y todas sus condiciones, sin que quepan las alegaciones de los casacionistas. **SEPTIMO:** Este Tribunal de Casación deja constancia, que la presente causa se encontraba en mora del despacho atribuible a los Magistrados que nos antecedieron en la Sala Penal, desde la fecha que ingresó la causa a este órgano jurisdiccional.- Por las consideraciones expuestas, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, de conformidad a lo establecido en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, por improcedente, desecha el recurso de casación interpuesto. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen para los fines pertinentes.- Notifíquese y Cúmplase.-

f.) Dr. Paúl Íñiguez Ríos, Juez Nacional.

f.) Dr. Wilson Merino Sánchez, Juez Nacional.

f.) Dr. Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional.

Corte Nacional de Justicia.- Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original.- Quito, 12 septiembre 2012.- Certifico: f.) El Secretario Relator.

No. 905-2009

**JUEZ PONENTE:** Dr. Paul Íñiguez Ríos.

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

Quito, 26 de junio de 2012, a las 16h30.

**VISTOS:** Avocamos conocimiento de la presente causa en calidad de jueces de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia. En lo principal el recurrente Manuel Bernardo Lucas Zorrilla, interpone recurso de casación de la Sentencia dictada por el Tribunal Segundo de lo Penal de Portoviejo el 24 de Abril del 2009, a las 09h23, en la que absuelve al acusado Ronny Alberto Mero González, de acuerdo al Art. 304-A, 311 del Código de Procedimiento Penal y Art. 77 núm. 10 de la Constitución de la República. Concluido el trámite y encontrándose la

causa en el estado de resolver para hacerlo se considera: **II COMPETENCIA DEL TRIBUNAL** 1.1.-El Consejo de la Judicatura de Transición, por mandato constitucional, nombró y posesionó a los 21 Jueces y Juezas Nacionales el 26 de enero del 2012. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en sesión de 30 de enero del 2012 integro sus ocho Salas Especializadas conforme dispone el Código Orgánico de la Función Judicial, en el artículo 183. La Sala Especializada de lo Penal es competente para conocer y resolver este recurso de casación, en virtud de lo que disponen: el numeral primero del art. 184 de la Constitución de la República que dice: “*Serán Funciones de la Corte Nacional de Justicia: conocer los recursos de casación, revisión y los demás que establezca la ley*” En concordancia con los arts. 38, 172, 173, 178 y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, arts. 349-358 del Código de Procedimiento Penal. Por lo expuesto, corresponde el conocimiento del RECURSO DE CASACION, al Tribunal constituido por los *Drs.: Wilson Merino Sánchez, Jorge Blum Carcelén, y Paul Íñiguez Ríos, Jueces Nacionales*, por sorteo realizado le corresponde al último de los nombrados ser el Ponente, según los artículos 185 inciso segundo de la Constitución de la República del Ecuador y 141 del Código Orgánico de la Función Judicial **II VALIDEZ PROCESAL** 2.2.-En la sustanciación del proceso no se advierte vicios que puedan afectar su validez o acarrear su nulidad, por lo que este Tribunal declara la validez de lo actuado. **III PROCEDENCIA DEL RECURSO** 3.1.- El recurrente Manuel Bernardo Lucas Zorrilla, mediante documento escrito fundamenta el recurso de casación en el artículo 349, 351, 35, 353, 355, 356, 357, 358 del Código de Procedimiento Penal, indicando que el Juzgador en la sentencia ha violado la ley, ha contravenido expresamente su texto, se ha hecho una falsa aplicación, habiéndose aplicado en forma errónea dicha sentencia, ya que dentro de la audiencia pública ha justificado la culpabilidad del imputado Ronny Alberto Mero González. **IV FUNDAMENTACION DEL RECURSO** 4.1.- **FUNDAMENTACION DEL RECURRENTE.**- mediante documento escrito manifiesta: Que dentro de la audiencia de juzgamiento ha justificado hasta la saciedad la responsabilidad penal del acusado, con los testimonios de: Manuel Bernardo Lucas Zorrilla (acusador particular), Monserrate María González Villao, Alfonso Enrique Guillen Catagua, Julia Elizabeth Muñoz Franco, Jorge Elicio Andrade, Bárbara María Lucas Quijije, Dr. Julio Gonzalo Salazar Bozada (médico que ausculto al cadáver cuando fue encontrado), Alejandra Tumbaco Ávila, Jhonny Lorenzo Vera Balón, Jesús Daniel Cedeño Lucas, Alfredo Bernardo Lucas Tumbaco, subf. Macario Peralta Bustamante, Policía Galo Vélez, Policía Jorge Sánchez Orellana (perito acreditado por el Ministerio Fiscal quien practico el reconocimiento del lugar de los hechos), Dr. Winston Pablo Chong (Médico perito que practicó la autopsia del cadáver) quien determina las causas de la muerte. **4.2.-** Que los señores: Manuel Bernardo Lucas Zorrilla (acusador particular), Monserrate María González Villao, Alfonso Enrique Guillen Catagua, Julia Elizabeth Muñoz Franco, Jorge Elicio Andrade, Bárbara María Lucas Quijije, Alejandra Tumbaco Ávila, Jhonny Lorenzo Vera Balón, Jesús Daniel Cedeño Lucas, Alfredo Bernardo Lucas Tumbaco, han narrado con lujo de detalle los hechos ocurridos del asesinato de JAIME ROBERTO LUCAS TUMBACO, limitándose a decir la verdad de los hechos y

que han dado fe de las circunstancias y como sucedió el delito. **4.3.-** Con la autopsia del cadáver practicada por el Dr. Julio Gonzalo Salazar Bozada, determinó la materialidad de la infracción. **4.4.-** Con los testimonios de los señores Policías Subof. Macario Peralta Bustamante y Policía Galo Vélez., quienes fueron los que elaboraron y suscribieron el parte policial y levantamiento del cadáver. **4.5.-** Con el testimonio del señor Policía Jorge Sánchez Orellana, perito de la Fiscalía, quien practicó el reconocimiento del lugar de los hechos, determinando que es un lugar despoblado, sin iluminación y que no podía observarse con claridad el lugar donde lo asesinaron. Con las pruebas aportadas por la defensa de la acusación particular como de la Fiscalía que han sido unívocos, contundentes y directos estableciéndose el nexo causal entre el hecho y la responsabilidad directa del sentenciado (...). Que el Tribunal Segundo de lo Penal de Manabí, ha incurrido en las normas jurídicas del art. 304-A segundo inciso del Código Penal. **4.6- PRUEBAS CONTRADICTORIAS DE LA DEFENSA DEL ACUSADO.-** Con el testimonio de la doctora Sandra Carrión Rodríguez, quien ha hecho la evaluación psicológica del procesado; de Juan Klever Mantuano, que ha indicado que estuvieron juntos en el salón de su propiedad el occiso y el acusado; María Franco Mera, Teresa Mero Lucas, Yury Zambrano Coronel y Pedro Ernesto Cantos Lino, Fátima González Menoscal, quienes dicen haber visto al occiso, pero tratan de desvirtuar que el occiso se fue solo y que el acusado salió en otra dirección. **V CONTESTACION DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO.- 5.1.-** La Fiscalía mediante documento escrito señala que, en el considerando quinto de la sentencia, el Tribunal manifiesta: que se ha comprobado la materialidad de la infracción con el testimonio del doctor Pablo Rafael Chong Murillo, perito médico legista de la Fiscalía, quien en la audiencia de juicio ha reconocido su informe expresando que la causa de la muerte de la víctima, Jaime Lucas Tumbaco, ha sido paro cardíaco respiratorio, por asfixia por estrangulamiento. **5.2.-** Que respecto de la responsabilidad de Ronny Alberto Mero González, refiere el Tribunal que ha receptado las declaraciones de: 1) María Monserrate González, quien ha referido que el 7 de septiembre del 2008 en horas de la tarde estaba caminando cuando se le acercó el acusado y le indicó que allí había un muerto, que poco después ha llegado la Policía y se han llevado detenido al joven, refiere la testigo que Ronny Mero no presentaba lesiones y rasguños, 2) Julio González Salazar Lozada, médico, ha expresado que el día de los hechos lo agentes policiales le pidieron que verificara a una persona que estaba muerta y a continuación le han requerido que observará las manos y uñas del aprehendido Ronny Mero, manifestando el profesional que en ella no se observaba ninguna laceración ni rasguño 3.- El suboficial de Policía Galo Rodríguez Vélez Sánchez, quien ha expresado que al llegar al lugar de los hechos han detenido a un muchacho que trataba de correr y que le han pedido a un médico que observara si las manos y uñas del detenido Ronny Mero presentaba alguna huella, 4) El Suboficial Segundo de Policía Macario Rufino Peralta Bustamante, quien ha manifestado que al llegar al lugar de los hechos han encontrado una persona fallecida, pero no observaron ningún tipo de arma o instrumento que llame la atención, que el joven que fue detenido fue examinado por el Dr. Julio González; 5) El policía Jorge Luis Sánchez Orellana quien ha realizado el reconocimiento del lugar; 6) Alfonso Enrique Guillen Catagua y su cónyuge Julia Elizabeth

Muñoz Franco, quienes han declarado haber visto ese día a dos personas tiradas en el monte pero no ha reconocido al acusado, sin embargo su conyugue si lo ha reconocido; 7) Jhony Lorenzo Vera Balón ha indicado al Tribunal que no estaba seguro si vio pasar al fallecido Roberto Lucas en compañía de Ronny Mero 8) Jesús Daniel Cedeño Lucas, ha manifestado que cogió un flete y transportó a Roberto Lucas y al acusado hasta la Hostería Itapone, pero no es digna de crédito esta declaración por cuanto en la etapa de instrucción fiscal no proporcionó ninguna información, según dice porque tenía temor a las represalias. **5.3.-** Que el Tribunal desestima el relato de los testigos, por cuanto unos no aportan al esclarecimiento de los hechos y otros por caer en contradicciones, sin aportar información, eficiente, objetiva y verosímil que permitan sustentar una sentencia condenatoria, (...) que el acusado no presentaba en sus manos y uñas ningún vestigio de violencia, que el occiso era una persona corpulenta y el procesado no, y el hecho de que el acusado permaneció junto al cuerpo del Roberto Lucas pidiendo a la señora María Monserrate González que le acompañara, no puede calificarse como prueba de responsabilidad. **5.4.-** Que el acusador particular no fundamenta el recurso de casación en norma alguna, limitando su exposición a un recuento de la prueba actuada con lo que a su criterio se ha justificado la responsabilidad penal de Ronny Mero González, como autor del delito de asesinato en contra del occiso. **5.6.-** Que el fallo expedido por el Tribunal de Garantías Penales de Manabí efectúa una amplia reseña de la prueba testimonial practicada durante la audiencia de juicio cumpliendo con lo dispuesto en el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal, que ha observado las garantías constitucionales consagradas en el artículo 76 y 82, que ha apreciado la prueba en ejercicio de las reglas de la sana crítica, que se encuentra garantizada en el art. 86 del Código de Procedimiento Penal y ha resuelto la absolución, con fundamento en el Art. 304-A. Que no se aprecia que el Tribunal haya violado la ley, por lo que la Sala debe declarar improcedente el recurso. **VI CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL 6.1.-** El Derecho a la impugnación está garantizado en: el art. 8, numeral 2, literal h) de la Convención Interamericana sobre derechos Humanos, (Pacto de San José) que dice: “*Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*”; art. 14, numeral 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del año 1966, que establece que “*toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior, conforme lo prescripto por la ley*”: En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se encuentra estatuido en el art. 76, numeral 7, literal m de la Constitución de la República, en tanto que la Casación propiamente dicha, como medio impugnatorio, se encuentra regulada en los arts. 349 al 358 del Código de Procedimiento Penal. La doctrina reconoce que una de las garantías que tiene el procesado, en desarrollo del debido proceso, es la de impugnar la decisión judicial que no comparta y que comprometa su derecho a la defensa, Derecho que en el Ecuador se extiende a todos los sujetos procesales, siendo entonces la casación uno de estos medios impugnatorios, de naturaleza extraordinaria, especial y facultativa, mediante la cual una de las partes que actúan en el juicio, expresamente autorizadas para tal efecto, y por alguna de las causales taxativamente determinadas en la ley

procesal penal, demanda de la Corte Nacional de Justicia un examen jurídico de una sentencia venida en grado que considere violatoria de la ley sustantiva, y en ocasiones de la ley procesal penal.<sup>1</sup> La naturaleza jurídica de la casación consiste en la constatación de la conformidad en derecho de la sentencia<sup>2</sup>, por tanto no constituye de modo alguno instancia y tampoco resulta un nuevo análisis de la prueba actuada y desarrollada en juicio, para aquello existe en nuestro sistema procesal penal otros medios de impugnación de naturaleza específica. **6.2.-** El principio de legalidad adjetiva previsto en el art. 76, numeral 3 de la Constitución de la República dice que: “Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”. En tal sentido, la interposición del recurso de casación así como su fundamentación están sujetas al impulso del sujeto procesal (recurrente) conforme el principio dispositivo consagrado en el numeral 6 del art. 168 de la Constitución de la República. No obstante, la ley procesal penal (art. 358) confiere al órgano judicial la facultad de casar la sentencia aún cuando el recurrente haya equivocado la fundamentación del recurso. **6.3.-** El Recurso de Casación al tener el carácter de extraordinario y especial, se limita únicamente al examen de la sentencia para determinar los errores de derecho, que no pueden ser otros que los determinados en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal. Sin que sea posible realizar una nueva revisión del proceso o de una nueva valoración de la prueba. **6.4.-** El Art. 349, 350 y 351 del Código de Procedimiento Penal contienen el motivo de la casación, su contenido principal supone que la impugnación va dirigida a revisar la correcta aplicación de la ley, por lo que es esencial que el recurrente indique claramente en qué consiste el error y demuestre en el desarrollo de su tesis la ilegalidad del fallo, siendo su obligación fundamentar los cargos que se demanden contra el veredicto, utilizando métodos que orienten a explicar en detalle los términos en que se ha producido la violación de la ley, ya por contravención expresa de su texto, norma aplicable al caso en conflicto que deducen efectos contrarios a su hipótesis; por indebida aplicación, si la norma invocada en la decisión se integra con presupuestos no relacionados al caso que se juzga y consecuentemente se deja de aplicar la norma que jurídicamente correspondía o por errónea interpretación, si resultando que la norma que se utilizó por el juzgador es aplicable al tema de conflicto. Igualmente la fundamentación del recurso debe abarcar la explicación de cuál es la incidencia resultante por el error que ha originado

en la parte dispositiva del fallo que se impugna, de tal forma que se pueda sustentar que, si el juzgador no hubiera entrado en esa exclusiva infracción, otra hubiera sido la decisión judicial, aspectos que en la fundamentación del presente recurso de casación no se explica, limitándose el recurrente a realizar un recuento de la prueba actuada dentro de la etapa del juicio, transcribiendo únicamente los nombres de las personas que rindieron sus testimonios propios o de peritos que realizaron, tanto el examen médico legal, el levantamiento del cadáver, el reconocimiento del lugar de los hechos, con lo que a su criterio se ha justificado la responsabilidad del acusado, cuando en realidad corresponde a la materialidad de la infracción. **6.5.-** De la revisión y análisis a la sentencia recurrida se establece que el juzgador ha desarrollado su pronunciamiento de absolución del procesado en base a las pruebas testimoniales practicadas dentro de la audiencia del juicio, por otra parte se observa que éste ha apreciado las pruebas obtenidas en el desarrollo del proceso conforme a las reglas de la sana crítica, establecidos en el art. 86 del Código de Procedimiento Penal, emitiendo su fallo donde reconoce el principio de inocencia al acusado, con fundamento en el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal que dice: “La sentencia debe ser motivada y concluirá declarando la culpabilidad o confirmando la inocencia del procesado; en el primer caso, cuando el tribunal de garantías penales tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo; y en segundo caso, si no se hubiere comprobado la existencia del delito o la responsabilidad del procesado, o cuando existiere duda sobre tales hechos”. En este contexto el Juez luego de la apreciación y análisis de las pruebas en el considerando quinto de la sentencia acusada consta: “En cuanto a la autoría y responsabilidad del acusado Ronny Alberto Mero González hay que resaltar las siguientes realidades procesales: a) En la declaración rendida en la audiencia de juicio por María Monserrate Villao, ha dado una versión distinta: “ que en el domingo 7 de septiembre del 2008 en horas de la tarde iba caminando cuando de pronto sale ese joven y le dijo señora ahí hay un muerto y efectivamente se percató de ello, el tipo insistió y se interpone en su camino y ahí llega el patrullero y lo , aprendió, que efectivamente fue interceptada entre las tres y treinta y cinco de la tarde por el acusado, que este permaneció ahí, no quería quedarse solo con el muerto, además indica que por el lugar no paso ninguna moto-taxi y que no vio al joven que le interceptó y no tenía lesiones, rasguños, sangre,(...) b) El testimonio del Dr. Julio Salazar Lozada (...) indica que la persona que yacía en el lugar estaba muerta; pero que todavía estaba caliente con el cuerpo flácido, con el calzoncillo descubierto hasta la mitad de las rodillas descubierto los genitales(...) que observó las uñas, las manos, los brazos del aprehendido e indicó que no tenía absolutamente nada, no había ninguna laceración o rasguño c) el suboficial Galo Rodrigo Vélez Sánchez indica que cuando llegaron al lugar de los hechos vieron a un ciudadano que trato de correr y lo aprehendieron (...) como el cadáver tenía rasguños querían ver las manos del aprehendido d) Testimonio del Sub oficial Macario Rufino Peralta Bustamante indicando que al llegar al lugar de los hechos pudieron ver a un ser humano ya fallecido, de sexo masculino, que tenía los pantalones debajo de la rodillas y aprehendieron al sospechoso, agregando que en el lugar donde se encontraba el cadáver no había ningún tipo de arma, garrote algo que llame la atención, que el joven sospechoso

<sup>1</sup> Cfr. Rodríguez Orlando, *La Presunción de Inocencia. Principios Universales*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Segunda Edición, Medellín, 2002, pp. 631, 632. En diverso sentido, Cfr. Lorences Valentín, *Recursos en el Proceso Penal*, Talleres Gráficos Edigraf, Buenos Aires, 2007, p. 25. El autor plantea, dentro del contexto argentino, la posibilidad de analizar, vía casación los errores tanto in iudicando como in procedendo, cuando en Ecuador este examen ha sido exclusivamente orientado a los errores in iudicando.

<sup>2</sup> Cfr. Armenta Deu Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Cuarta Edición, Madrid, 2009, p.278. Su principal función es nomofiláctica, para asegurar la explicación uniforme de la legalidad penal -sustantiva y procesal- en todo el Estado evitando así la disparidad o divergencia de criterios interpretativos entre los tribunales penales diseminados en su territorio.

decía que había encontrado el cadáver y llamó al doctor Julio González que lo examinó e) Testimonio del agente de Policía Jorge Luis Sánchez Orellana quien realizó el reconocimiento del lugar de los hechos en la audiencia de juicio, (...) indicando que presumía la inocencia del joven (...) f) Alfonso Enrique Guillen Catagua y Julia Elizabeth Muñoz Franco, el primero indica que vio a dos personas tiradas en el monte pero lo hizo rápido que después regreso por ahí y estaban los mismos chicos tirados en el suelo y al serle preguntado si conoce a una de las personas en esta audiencia no reconoció a ninguno, en tanto Julia Muñoz Franco indica que estaban dos borrachos, uno estaba durmiendo y el otro lo estaba cuidando y al preguntarle si el chico al que se refiere está presente en la audiencia dijo que sí, en contrario de lo expresado por su esposo. El testimonio de Jorge Elico Andrade el Tribunal ha desestimado porque su declaración se ha notado contradictoria y difusa en los hechos narrados (...) De Bárbara María Lucas Quijije, no aportó nada para el esclarecimiento, la declaración de la madre del occiso es irrelevante g) Jhonny Lorenzo Vera Balón indicó que vio pasar a Roberto Lucas en compañía de Ronny Mero y al serle puesto a la vista por parte de la abogada de la defensa manifestó que no pudo percatarse que iba en compañía de alguien, al ser examinado dijo que si iba acompañado, pero que al momento no se acordaba, pero él iba acompañado y al serle requerido para que explique (...) dijo que a la velocidad de la moto no se puede estar seguro que iba acompañado, al insistirle que indique si iba acompañado indicó que no estaba seguro, lo que le ha restado credibilidad. H) Jesús Daniel Cedeño Lucas, afirma que estaba haciendo fletes, que faltando 10 a 5 minutos para las 3 de la tarde cogió al señor Roberto y al acusado y le indico que solamente le podía llevar hasta la hostería Itapone (..) no aporta datos importantes(...) El Tribunal indica que con las pruebas presentadas por la Fiscalía y la acusación particular y por los argumentos materia de los debates no ha sido posible establecer que el acusado haya sido la persona que estrangulo al hoy occiso Ronny Alberto Mero González y le produjo la muerte," que para lograr la verdad las pruebas deben ser coherentes entre sí y no contrarias, para que el órgano juzgador pueda sustentar su resolución en base a las pruebas pertinentes. Que valorando las pruebas desestima el relato de los testigos de cargo, unos por no aportar nada en el esclarecimiento de los hechos, otros por caer en contradicciones y no entregar una información eficiente, objetivos, verosímil y coordinada, que había una diferencia considerable entre la contextura física del acusado y la víctima, que el Fiscal no ha podido contar con una reconstrucción del escenario del crimen , con rastros o documentos que puedan describirlo y mostrarlo al juzgador ,que toda persona que comete un delito huye del lugar, más aún que era un lugar solitario, (...) se encuentra a un individuo de apenas 18 años de edad y ese mero hecho han sido presentados al Tribunal en la acusación Fiscal y del titular de la acusación particular en el sentido de que este individuo mató a la víctima, concluyendo que el Tribunal no ha podido llegar a la convicción que permita establecer que el acusado Ronny Alberto Mero González sea la persona que ejerciendo violencia y fuerza en la víctima, lo haya estrangulado. Por lo relatado el Juzgador no ha podido sustentar una sentencia condenatoria por lo que bajo el principio de induvio pro-reo determina que la culpabilidad del acusado debe estar más allá de la duda razonable, en consecuencia el fallo es absolutorio. 6.6.-De lo expresado se evidencia que el

juzgador en el desarrollo de todo el proceso ha observado las garantías constitucionales consagradas en el artículo 76 de la Constitución de la República como es el Debido Proceso, derecho a la defensa; la seguridad jurídica establecida en el artículo 82 Ibídem, . Que el Juzgador ha apreciado las pruebas obtenidas en el desarrollo del proceso conforme a las reglas de la sana critica establecidos en el art. 86 del Código de Procedimiento Penal, ha emitido el fallo absolviendo al acusado con fundamento en el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal que dice: " La sentencia debe ser motivada y concluirá declarando la culpabilidad o confirmando la inocencia del procesado; en el primer caso, cuando el Tribunal de Garantías Penales tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo; y en segundo caso si no se hubiere comprobado la existencia del delito o la responsabilidad del procesado, o cuando existiere duda sobre tales hechos". 6.7.- Vale señalar que la sentencia analizada es clara, completa, lógica por cuanto las decisiones no son arbitrarias, tanto que con lo expresado se evidencia que el Juzgador ha justificado su pronunciamiento constante en el fallo recurrido, por lo tanto cumple con la respectiva motivación contemplada en el artículo 76, numeral 7 literal 1 de la Constitución de la República, norma suprema que tiene concordancia con el artículo 309 del Código de Procedimiento Penal. Por lo tanto la sentencia recurrida que absuelve al acusado como autor del delito de homicidio, se respalda en los fundamentos fácticos y jurídicos expuestos en los considerandos contenidos en ella. En conclusión este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, determina que no se evidencia violación de norma alguna que haya afectado a los sujetos procesales. **V RESOLUCION.** Por las consideraciones expresadas este Tribunal de la sala Especializada de lo Penal **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, por unanimidad declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el recurrente MANUEL BERNARDO LUCAS ZORRILLA. Ejecutoriada, devuélvase el expediente al órgano judicial de origen.- NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.-

f.) Dr. Paúl Íñiguez Ríos, Juez Nacional.

f.) Dr. Wilson Merino Sánchez, Juez Nacional.

f.) Dr. Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional.

Certifico.

Dr. Honorato Jara Vicuña, Secretario Relator.

Corte Nacional de Justicia.- Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original.- Quito, 12 septiembre 2012.- Certifico: f.) El Secretario Relator.

No. 1066-2009

JUEZ PONENTE: Dr. Paul Íñiguez Ríos.

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

Quito, 27 de febrero de 2012, las 15h00.

**VISTOS:** Mario Fabricio Estupiñán Medina y Wilson Jhon Huisuma Santi, interponen recurso de casación en contra de la sentencia pronunciada por el Tribunal de Garantías Penales de Pastaza, el 02 de julio del 2009 a las 15h00, en la que se los condena a SEIS AÑOS DE RECLUSIÓN MENOR ORDINARIA por el delito tipificado en el Art. 550 y sancionado por el Art. 552 del Código Sustantivo Penal. 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 Art. 352 del Código de Procedimiento Penal. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera:

**PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** El Consejo de la Judicatura de Transición posesionó a las Juezas y Jueces Nacionales el 26 de enero de 2012. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión de 30 de enero de 2012, conformó sus ocho Salas Especializadas conforme dispone el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183. La Sala Especializada de lo Penal tiene competencia para conocer los recursos de casación en materia penal según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, éste cuerpo legal en la Segunda Disposición Transitoria dispone que: *“en todo lo relativo a la competencia, organización y funcionamiento de la Corte Nacional de Justicia, este Código entrará en vigencia a partir de la fecha en que se posesionen los nuevos jueces nacionales elegidos y nombrados de conformidad con lo establecido en la Constitución y este Código.”* Por lo expuesto, avocamos conocimiento de la causa No.1066-2009 de la ex Primera Sala Penal de la Corte Nacional, en virtud del sorteo realizado el 09 de febrero del 2012. Habiéndose mediante sorteo designado este Tribunal y al Juez Ponente Dr. Paul Íñiguez, de conformidad con los Arts. 185 de la Constitución de la República, 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, con lo que los suscritos, al tenor de las normas antes referidas y las del Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, somos competentes para conocer el recurso de casación planteado.

**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 te Tribunal de Casación declara la validez de esta causa penal.

**TERCERO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.-** Los recurrentes Mario Fabricio Estupiñán Medina y Wilson Jhon Huisuma, En lo principal manifiestan que el Tribunal Juzgador ha incurrido en error de derecho, que debe ser subsanado mediante la casación, al dictar sentencia condenatoria en contra de ellos, discriminándolos, porque el uno es de origen afroecuatoriano, mientras que el otro es de origen indio americano y que son trabajadores de la construcción, de escasos recursos económicos y por esta

causa se denota una marcada parcialidad por parte de los denunciantes y la Fiscalía, y que principalmente la sentencia está fundamentada en su pasado judicial, puesto que, manifiestan haber tenido algunas detenciones por contravenciones, por una sustracción de un teléfono celular, violando de esta manera la norma establecida en el Art. 11, numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador. Además manifiestan se ha violado el debido proceso establecido en el Art. 76 de la Constitución de la República, en sus numerales 2, 3, 4, 5 y 6 puesto que en la sentencia no se ha considerado la presunción de inocencia, ya que se carecen de testigos y de pruebas en general, que demuestren su responsabilidad. Señalan que se ha violado el principio universal del indubio proreo al no considerar lo establecido en el Art. 4 del Código Penal, violando incluso, con la sentencia recurrida, el principio de proporcionalidad establecido en nuestra Carta Magna. Por otro lado, manifiestan que se ha violado el Art. 143 del Código de Procedimiento Penal, ya que pese a las preguntas de la Fiscalía, los recurrentes negaron el haber participado en el hecho delictivo materia de juicio. Finalizan su escrito de fundamentación solicitando se acepte el recurso de casación interpuesto y se emita una sentencia absolutoria.

**CUARTO: DICTAMEN FISCAL.-** El Dr. Washington Pesántez Muñoz, Fiscal General de Estado, de aquel entonces, al responder el recurso de casación interpuesto manifiesta, que el Tribunal Juzgador ha realizado una valoración correcta de los hechos suscitados al subsumir dentro del presupuesto penal contenido en el Art. 550 del Código Sustantivo Penal, la conducta adoptada por los acusados. Señala además que los recurrentes en su recurso no logran determinar ni exponer de manera concreta la naturaleza de los errores en lo que supuestamente ha caído el Tribunal Juzgador, sino que han basado en su inconformidad con la conclusión del Tribunal de Garantías Penales de Pastaza, alegando violaciones a principios constitucionales, sin lograr justificar de manera fehaciente las supuestas irregularidades cometidas por el órgano juzgador. Indica además, que los acusados estuvieron protegidos todo el tiempo por la presunción de inocencia a lo largo del proceso, en el que se les permitió ejercer su derecho a la defensa y no se ha podido establecer que se les haya impedido realizar la contradicción de la prueba, lo que desvirtúa en su totalidad las alegaciones de los recurrentes. Finaliza su intervención recomendando a la Sala, se declare improcedente el recurso de casación interpuesto.

**QUINTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.-** 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 o como señala Fabio Calderón Botero en su obra *“Casación y revisión en materia penal”*, que el recurso de casación *“Es un juicio técnico, de puro derecho, sobre la legalidad de la sentencia (errores in iudicando) o sobre el proceso en su totalidad o en diversos sectores del mismo (errores in procedendo); de ahí que la casación, como un juicio sobre la sentencia que es, no puede entenderse como una instancia adicional, ni como potestad ilimitada para revisar sobre el proceso en su totalidad, en sus diversos aspectos facticos y normativos, sino como una fase extraordinaria, limitada y excepcional del mismo”*. De lo expuesto esta sala está imposibilitada de realizar un reexamen de las pruebas actuadas, ya que la ley le concede

esta facultad al juzgador, quien por su independencia y haciendo uso de la sana crítica que no es otra cosa que el acervo, la capacidad, experiencia, lógica jurídica y convicción personal, es a quien le corresponde la valoración de la prueba, así, el tratadista Luis Cueva Carrión, en su obra "la Casación en materia penal", señala respecto a la valoración de la prueba que esta puede llegar a constituir una violación indirecta de la ley; al respecto hace el siguiente análisis: *"Se la denomina violación indirecta de la ley porque 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. Este tipo de violación denominado falso raciocinio se comete por errores de sana crítica"*, en base a este razonamiento es que el tratadista ecuatoriano, acertadamente, expresa lo siguiente: *"nuestro sistema procesal penal y nuestra jurisprudencia basada en lo prescrito en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, como ya dijimos solo admite la violación directa de la ley"*, que solo llega a existir cuando el juzgador yerra en la aplicación de la norma legal, de la norma pura, independientemente de los errores que pueda cometer en relación a los hechos y con las pruebas. Es así que a esta Sala no le corresponde la valoración de la prueba, ese análisis le corresponde al juzgador, que por su intermediación en el recaudo procesal, tiene la sustentación de todos los elementos de juicio para decidir lo que en derecho corresponda. En el presente caso, corresponde analizar la existencia o no de un error de derecho respecto de la sentencia pronunciada por el Tribunal de Garantías Penales de Pastaza, el mismo que ha basado su sentencia condenatoria en las siguientes piezas procesales: a) Testimonio del Policía Roberto Carlos Lisintuña Lasso, quien manifiesta en lo principal, que el día 14 de febrero de 2009, a eso de las 02h30 se encontraba patrullando en compañía del conductor Policía Ramírez, cuando se ha acercado el Dr. Modesto Basantes pidiendo auxilio, diciendo que había sido asaltado en las calles 27 de febrero y Francisco de Orellana, que se ha montado un operativo, en el que se había detenido a un sospechoso de nombre Mario Estupiñán; que luego fue identificado Wilson Huisuma, y que otro se ha dado a la fuga, que en tales circunstancias se acerca una pareja señalando que también han sido asaltados por dos sujetos, y al ver a Mario Huisuma en el interior del patrullero, como a Estupiñán, los han reconocido como los autores del asalto, que también han procedido a la aprehensión de otro sospechoso identificado como Milton Flores, a quien al requisarlo se le ha encontrado un desarmador plano, color azul y que estos sujetos han participado en el asalto al doctor Basantes y a Mayra Flores. Que con vista a la evidencia consistente en un desarmador color rojo, dice haber sido requisado a Mario Estupiñán b) Testimonio del perito médico Dr. Roberto Euclides De La Torre Andrade, manifiesta haberle realizado un examen médico al paciente Diego Escobar Duche, presenta como diagnóstico: heridas con objeto romo en hombro derecho que le imposibilitan para realizar esfuerzos físicos por cinco días; c) Testimonio de la ofendida Mayra Alexandra Flores Moreano quien en lo principal manifiesta que: el 14 de febrero se reunieron en la casa de una amiga, a eso de las 02h00 se retiraron y que, a la altura de la calle Jacinto Dávila y Bolívar se les acercó, a ella y a su esposo, un sujeto simulando estar ebrio, les pidió un dólar, que su esposo aceptó darle, cuando dos sujetos les atacaron por las espaldas, que a la declarante un tipo moreno que se llama

Jhon Huisuma que estaba cubierto con una gorra, le golpeó la cara, para quitarle la cartera, que la botó al piso y tomó su cartera, se robó dos celulares y treinta dólares que tenía guardados en dicha cartera, mientras a su esposo, lo han imposibilitado mediante el uso de un arma, razón por la que no puedo defenderla, reconoce además en la Audiencia Pública de Juzgamiento a los acusados, como los sujetos que la atacaron; d) El testimonio de Diego Xavier Escobar Duche, quién señala que el día 14 de febrero del 20089 salieron con su esposa a la casa de una amiga llamada Helen Pico, ubicada junto a Registro de la Propiedad, saliendo de dicha celebración a eso de las 03h00 aproximadamente, cuando estaban cerca de su vivienda en la calle Bolívar y Jacinto Dávila de la ciudad de Puyo se les acercó un individuo de tez blanca que ahora conoce se llama Milton Flores para pedirles un dólar, cuando su esposa le iba a entregar el dinero, dice, fue asaltado por detrás por dos sujetos, uno de ellos que conoce se llama Mario Estupiñán, le punzaba con un desarmador por la espalda y el hombro derecho, y el otro también le sujetaba, era Wilson Huisuma, en su defensa se botó al piso y pedía a gritos auxilio, y por el ladrido de perros, los asaltantes se dieron a la fuga. Dentro de la Audiencia de Juzgamiento el ofendido reconoce a los asaltantes como los acusados. Manifiesta haber ido esa madrugada a recibir atención médica por las heridas causadas por el desarmador, además de que les habían robado dos celulares y treinta dólares. De lo anotado, se puede colegir que en ningún momento, los acusados han presentado prueba alguna de descargo o coartada que sirva para desvanecer su participación en los hechos por los cuales se los acusa; y si bien no se ha presentado ante el Tribunal las evidencias, como son los celulares y el dinero, no es menos cierto que tanto el reconocimiento realizado por las víctimas del asalto en el momento mismo de que los autores del hecho fueran detenidos y en la audiencia de juzgamiento, como el reconocimiento médico realizado a Diego Escobar y el peritaje del lugar de los hechos, son suficiente evidencia que conlleva a determinar tanto la materialidad de la infracción, como la responsabilidad de los acusados, en base a las constancias procesales analizadas en acápites anteriores. La fundamentación de los recurrentes señala que no se ha seguido el debido proceso, con lo que esta Sala disiente en cuanto consta del proceso que no se los ha dejado en indefensión, ya que han ejercido de manera efectiva sus derechos constitucionales a la defensa, y a la presunción de inocencia constante en el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, numerales 1, 2, 3, 7, literales: a) c), d), g), h), k) e incluso con la concesión del recurso de casación se pone de manifiesto la voluntad del órgano juzgador de aplicar lo dispuesto por el literal m) del numeral 7, del Art. 76 de la Constitución de la República; así como las disposiciones determinadas en el Art. 143 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto al testimonio, disposiciones que el casacionista menciona en forma generalizada; sin embargo, y en virtud de lo prescrito en el Art. 76 numeral 6 de la Constitución de la República, que establece: **"Art.76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: ... **6.** No existe violación de la Ley en la sentencia, toda vez, que conforme el Art. 304.A del Código de Procedimiento Penal, los jueces inferiores, han llegado a la certeza que esta probado la existencia del delito de robo calificado y que los recurrentes son autores

de dicha infracción en el grado de autores y por ello, han tomado en consideración la prueba practicada en la audiencia de juzgamiento, la que se realizó en cumplimiento de las normas del debido proceso y mediante la intermediación de los jueces y la contradicción de las partes, ejerciendo los acusados su derecho a la defensa, sin que fueran discriminados por su condición, ni pasado judicial, solo por el mérito de la prueba aportada en el juicio; **SEXTO: RESOLUCION.-** Por lo expuesto, este tribunal 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, por improcedente rechaza el recurso de casación planteado por Mario Fabricio Estupiñán Medina y Wilson Jhon Huisuma Santi. Devuélvase el proceso al inferior para el trámite de ley.- Notifíquese y Cúmplase.

f.) Dr. Paúl Íñiguez Ríos, Juez Nacional.

f.) Dr. Wilson Merino Sánchez, Juez Nacional.

f.) Dr. Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional.

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

Corte Nacional de Justicia.- Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original.- Quito, 12 septiembre 2012.- Certifico: f.) El Secretario Relator.

---

**EN EL JUICIO DE IMPUGNACIÓN SEGUIDO POR EL SR. PAUL STROE, REPRESENTANTE LEGAL DE ROMPETROL UPSTREAM INTERNATIONAL LIMITED, EN CONTRA DEL DIRECTOR GENERAL DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS**

**No. 330-2010**

**JUEZ PONENTE:** Dr. José Suing Nagua.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO  
TRIBUTARIO**

Quito, a 31 de Octubre del 2011.- Las 10H30.

**VISTOS:** Paul Stroe, Apoderado General y Representante Legal de la compañía ROMPETROL USTREAM INTERNATIONAL LIMITED, antes LUMBAQUI OIL LTDA., interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada el 23 de abril de 2010 por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1, con sede en la ciudad de Quito, dentro del juicio de impugnación No. 20637-3640, seguido en contra de la Administración Tributaria. Esta Sala acepta el recurso y el representante de la misma lo contesta el 11 de agosto de 2010. Pedidos los autos para resolver, se considera: **-PRIMERO:** La Sala es

competente para conocer y resolver el recurso interpuesto de conformidad con el primer numeral del artículo 184 de la Constitución y artículo 1 de la Codificación de la Ley de Casación.- **SEGUNDO:** El representante de la Empresa actora fundamenta el recurso en las causales primera, tercera y quinta del art. 3 de la Ley de Casación. Considera que se han infringido los siguientes artículos: 279 y 273 del Código Orgánico Tributario, 23.27, 24.13 y 17, 130.6, 147, 257 y 272 de la Constitución Política de 1998; 76.2, letra 1 (SIC, el número 2 no tiene literales) y 82 de la Constitución de 2008; 19,25, 27, 28, 29, 31, 129.2, 130.1,2 y 4 del Código Orgánico de la Función Judicial; 55.1, 65, 67 y 69-A de la Ley de Régimen Tributario Interno y 148 del Reglamento de Aplicación de la LRTI, vigentes a la fecha de presentación del reclamo. Luego de analizar el fallo recurrido, manifiesta que la Sala juzgadora inobserva el criterio jurisprudencial sentado por la Sala de Casación que dice que “*el aludir a casos anteriores similares no es motivar*”, de manera que se ha contravenido de modo flagrante el numeral 23 del art. 24 de la Constitución Política de 1998 que ordena que las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas; que incumplió la obligación de aplicar el art. 273 del Código Tributario, que no es posible que la sentencia no haya tomado en cuenta los informes periciales, la prueba plena que sobre las afirmaciones expuestas en la demanda se incorporaron a los autos para desvirtuar las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad de la resolución impugnada, que no se ha resuelto la litis en base al valor de las pruebas aportadas durante el proceso, ni realiza un análisis del valor probatorio de las mismas, que se limita a transcribir los considerandos de fallos que se han dictado sobre la aplicación del art. 69-A de la LRTI, sin reparar en que aquellos fallos fueron dictados en base a hechos totalmente diferentes a los que se plantearon en el caso con el que no guardan relación; que no pueden ser rehusadas o ignoradas pruebas debidamente actuadas e incorporadas al proceso por el mero hecho de que los jueces ya hayan formado su propia convicción, por cuanto ello podría determinar una peligrosa limitación al derecho de defensa y afectar el pronunciamiento judicial que debe ser corregido por la Sala de Casación; que la sentencia no enuncia las normas o principios jurídicos en que se hayan fundado para expedirla, no realiza una explicación de la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho; que es evidente e incontrastable que la sentencia recurrida, por omisión e inobservancia del texto constante en el inciso segundo del art. 273 del Código Tributario, expidió una sentencia inmotivada que no decide con claridad los puntos sobre los cuales se trabó la litis; que el punto central de la misma radica en que por un lado la Administración Tributaria sostiene que PETROECUADOR al reembolsar a su representada sus inversiones, costos y gastos, incluyó ya en dichos reembolsos el IVA que afecta a su actividad como contratista del Bloque 11, y, por otro, la realidad que ampara a su representada de que el IVA pagado en los meses de octubre y noviembre de 2001 y enero de 2002 no le ha sido devuelto al reembolsar las inversiones, costos y gastos realizados en los referidos meses; que sobre este punto no se ha pronunciado la Sala juzgadora ni ha valorado la prueba aportada que demuestra los aciertos de la parte actora, que se ha limitado a invocar otros pronunciamientos o casos aparentemente similares que no es suficiente para motivar un fallo y que la Sala ha omitido apreciar la prueba aportada en el proceso por lo que, la sentencia no contiene

los requisitos exigidos por la ley, incurriendo en la causal quinta del art. 3 de la Ley de Casación; que en innumerables fallos la Sala de los Fiscal de la Corte Suprema, ahora la Contencioso Tributario de la Corte Nacional, han sentado criterio jurisprudencial obligatorio de que los temas de apreciación de la prueba son ajenos a la casación, resguardando y respetando con esos pronunciamientos, la naturaleza de la casación, por ser un recurso extraordinario y eminentemente formal que se lo ha concebido como único refugio de los litigantes para que la Sala de Casación, especializada en la materia, realice el control de legalidad de las sentencias de única y definitiva instancia de los tribunales distritales; solicita que se case la sentencia, se la anule y se aplique el reenvío tácito.-

**TERCERO:** La representante de la Autoridad Tributaria, en su contestación al recurso, manifiesta que el único argumento expuesto por la parte actora para justificar una presunta infracción a tantas normas jurídicas es que, aparentemente en la sentencia la Sala ha incumplido su obligación de valorar las pruebas aportadas por la actora y de motivar adecuadamente su decisión; que la recurrente no fundamenta por qué considera que la Sala ha incurrido en falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación de cada una de las normas que considera que han sido infringidas; que la petición de devolución del IVA presentada por la compañía, negada por la Administración Tributaria mediante la resolución que es materia del juicio de impugnación, se basó precisamente en el art. 69-A de la LRTI por lo que no cabe una indebida aplicación de esta norma; que tampoco cabe una interpretación errónea de esta norma debido a que, ha sido previamente interpretada por el legislador a través del artículo 69-A de la LTRI cuya aplicación es obligatoria en todas las circunstancias ocurridas desde la vigencia de dicha norma; que en relación con la presunta violación de las normativas legales sobre valoración de la prueba, que en la especie no se ha trabado la litis sobre hechos que deban probarse sino sobre la existencia o no en el ordenamiento jurídico ecuatoriano del derecho a la devolución del IVA pagado en la adquisición de bienes o servicios de los contribuyentes que se dedican a la extracción, transporte y comercialización de petróleo crudo; que la controversia se circunscribe a un asunto de puro derecho que ha sido debidamente analizado por la Segunda Sala tomando en consideración la Ley interpretativa ya referida, cuyo texto cita, además de precedentes jurisprudenciales que refiere.-

**CUARTO:** Uno de los cuestionamientos a la sentencia que esta Sala considera prioritario resolver, dice relación con la presunta falta de motivación de la misma, por los efectos de nulidad previstos en el art. 76, número 7, letra l de la Constitución, imprecisamente citado por el recurrente; para verificar si ello ocurre, la Sala formula las siguientes consideraciones:

**4.1.** Los argumentos que el recurrente esgrime para sostener falta de motivación es que la Sala expidió una sentencia inmotivada, que no decide con claridad los puntos sobre los cuales se trabó la litis, sin establecer cuáles no se deciden con claridad en el fallo; **4.2** La cuestión sobre la que debió pronunciarse la Sala juzgadora está relacionada con la devolución del IVA pagado en la adquisición de bienes y servicios gravados con tarifa 12% empleados en la producción y exportación de petróleo crudo de la compañía actora por los meses de octubre y noviembre de 2001 y enero de 2002, señalados en la demanda, que ha sido negado por la Administración Aduanera en la Resolución impugnada, conforme lo reseña la Sala de instancia en el

considerando Tercero del fallo; **4.3.** Las razones por las que la Sala de instancia considera que fue pertinente negar la devolución del IVA solicitada por la Empresa actora constan expresamente establecidas, con la correspondiente correlación entre los hechos y el derecho, en el considerando Cuarto de la sentencia, del que se desprende con suficiencia el por qué del rechazo a las pretensiones de la Empresa actora, sin que el pronunciamiento esté fundamentado con exclusividad en precedentes jurisprudenciales como sostiene el recurrente, como aparece de los numerales 4.1, 4.2 y 4.3 del referido considerando que hacen relación a la aplicación del art. 69-A de la LRTI, así como a la Ley interpretativa del referido artículo, que establece que el reintegro del IVA no es aplicable a la actividad petrolera; **4.4.** Esta Sala ha establecido en forma reiterada que una sentencia no es inmotivada por el solo hecho de que sea adversa a quien lo alega; en el presente caso no se advierte falta de motivación del fallo ni que se ha dejado de resolver todos los puntos sobre los que se trabó la litis, por lo que el cuestionamiento a la sentencia carece de fundamento.-

**QUINTO:** La impugnación a la sentencia en torno a la valoración de la prueba, que en realidad es sobre lo que gira toda la reiterada argumentación del recurrente, en atención al contenido de la causal tercera del art. 3 de la Ley de Casación, para que sea procedente es menester el señalamiento preciso de por lo menos dos elementos: primero, que se identifique la norma de valoración de la prueba infringida con el señalamiento pleno del vicio que se acusa de indebida aplicación, falta de aplicación o errónea interpretación; y, segundo, la norma de derecho que como consecuencia de haber incurrido en el primer vicio se ha aplicado en forma equivocada o no se haya aplicado. En la interposición del recurso, por una parte, se fundamenta en las causales primera, tercera y quinta; no obstante en el contenido de la argumentación se refiere casi exclusivamente a la causal tercera, vinculada con la valoración de la prueba, sin cumplir a cabalidad con las exigencias expresas de la norma de identificar concretamente por una parte la clase de vicio en que se ha incurrido, indebida aplicación, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de valoración de la prueba; y, como consecuencia de aquello, la norma de derecho que se haya aplicado en forma equivocada o no se haya aplicado. Al no cumplir con esta exigencia legal, al tratarse la casación de un recurso extraordinario y formalista, resulta improcedente, pues lo que pretende el recurrente es que se vuelva a apreciar la prueba, lo cual, como lo ha sentado en forma reiterada esta Sala Especializada, y lo reconoce de manera expresa el propio recurrente, no corresponde hacerlo en casación.-

**SEXTO:-** El tema de fondo que se discute en la controversia, está relacionado con el derecho a la devolución del IVA de la Empresa recurrente, respecto del cual cabe el siguiente análisis: **6.1.-** El artículo 72 de la Ley de Régimen Tributario Interno, que fue incluido en ella el 30 de abril de 1999, por el artículo 37 de la Ley 99-24 "Ley Para la Reforma de las Finanzas Públicas", publicada en el Suplemento del Registro Oficial 181, originalmente como primer agregado a continuación del artículo 69 y al que se lo refería como artículo 69A, establecía el derecho a la devolución del IVA en actividades de exportación, y el procedimiento para devolverlo, pero solamente para los fabricantes de bienes que se exporten, sobre el impuesto al valor agregado pagado en las adquisiciones locales o importaciones de bienes, empleados en ellos. **6.2.-** El artículo 57 de la Ley de Régimen

Tributario Interno Codificada, que fue introducido en ésta, como un artículo innumerado agregado a continuación del artículo 55, por el artículo 16 de la Ley 99-41 de Racionalización Tributaria, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 321 de 18 de noviembre de 1999, siete meses después de la norma referida en el numeral anterior, con el texto vigente en la época ( octubre y noviembre de 2001 y enero de 2002) a la que se refiere el presente caso, a la letra señala: *“Las personas naturales y jurídicas exportadoras que hayan pagado el IVA en la adquisición de bienes que exporten, tienen derecho a crédito tributario por dichos pagos. Igual derecho tendrán por el impuesto pagado en la adquisición de materias primas, insumos y servicios utilizados en los productos elaborados y exportados por el fabricante. Una vez realizada la exportación, el contribuyente solicitará al Servicio de Rentas Internas la devolución correspondiente acompañando copia de los respectivos documentos de exportación. Este derecho puede trasladarse únicamente a los proveedores directos de los exportadores. También tienen derecho al crédito tributario los fabricantes, por el IVA pagado en la adquisición local de materias primas, insumos y servicios destinados a la producción de bienes para la exportación, que se agregan a las materias primas internadas en el país bajo regímenes aduaneros especiales, aunque dichos contribuyentes no exporten directamente el producto terminado, siempre que estos bienes sean adquiridos efectivamente por los exportadores y la transferencia al exportador de los bienes producidos por estos contribuyentes que no hayan sido objeto de nacionalización, están gravados con tarifa cero. La actividad petrolera se regirá por sus leyes específicas”.* (el resaltado es de la Sala). Del texto legal citado deviene el derecho a crédito tributario por el IVA pagado en la adquisición de bienes que se exporten, de quienes simplemente exporten esos bienes y ya no solamente, como lo establecía el artículo 72 (69A) por el IVA pagado por los fabricantes de bienes que a la vez los exporten; disponiendo la norma que en ambos casos, el crédito tributario, una vez verificada la exportación, sea recuperado por devolución del mismo que le haga la Autoridad Tributaria. La norma establece el procedimiento de devolución, otros beneficiarios y finalmente, de manera clara refiere el tratamiento en lo que respecta exclusivamente a la actividad petrolera, que no es el que en ella establece para los exportadores en general, tratamiento del cual expresamente lo excluye. **6.3.-** Con la norma del artículo 57 de la Ley de Régimen Tributario Interno, expresamente el legislador deja establecido el tratamiento, diferente al de los exportadores en general sobre el IVA pagado en la actividad petrolera de exportación, para que sea normado por otros cuerpos legales que lo rijan específicamente; y más aún, se hace necesario dejar sentado que cuando en el país se pretendieron distorsiones sobre el alcance, no del artículo 57 –que es claro con relación a la impertinencia de devolución de IVA de la actividad petrolera- sino del artículo 72 (que se lo conocía como 69A de la Ley de Régimen Tributario Interno, que manda sobre la devolución de IVA a fabricantes de bienes que exporten y sobre el procedimiento de devolución, el legislador dictó la Ley Interpretativa 2004-41, publicada en el Registro Oficial No. 397 del 11 de agosto de 2004, mandando, como para que no quepa duda: *“Art. 1.- Interpretase el artículo 69-A de la Ley de Régimen Tributario Interno introducido por la Ley 99-24, publicada en el Suplemento del Registro*

*Oficial No. 181 del 30 de abril de 1999, en el sentido de que el reintegro del Impuesto al Valor Agregado, IVA, no es aplicable a la actividad petrolera en lo referente a la extracción, transporte y comercialización de petróleo crudo, puesto que el petróleo no se fabrica, sino que se lo extrae de los respectivos yacimientos”*, norma que por ser interpretativa retrotrae su aplicación a la fecha de vigencia de la norma interpretada.- Por lo expuesto, sin que sea necesario realizar otras consideraciones, la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, desecha el recurso interpuesto. Sin costas. Actúe la Abg. Dolores Proaño Zevallos, como Secretaria Relatora Encargada, de conformidad con el art. 64-SCT-CNJ de 18 de mayo de 2011.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. José Suing Nagua, Conjuez Permanente.

f.) Dr. Gustavo Durango Vela, Conjuez Permanente.

f.) Dr. Javier Cordero Ordóñez, Conjuez Permanente.

Certifico.

f.) Abg. Dolores Proaño Zevallos, Secretaria Relatora, encargada.

**RAZÓN:** Las seis copias que anteceden son iguales a su original constantes en el juicio de IMPUGNACIÓN No. 330-2010 que sigue el SR. PAUL STROE, REPRESENTANTE LEGAL DE ROMPETROL UPSTREAM INTERNATIONAL LIMITED, en contra del DIRECTOR GENERAL DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS.- Quito, a 23 de Noviembre del 2011.

f.) Ab. Dolores Proaño Zevallos, Secretaria Relatora, encargada.

---

**EN EL JUICIO DE IMPUGNACIÓN QUE SIGUE LA COMPAÑÍA BIRA BIENES RAICES S.A., CONTRA EL DIRECTOR GENERAL DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS.**

**N° 336-2010**

**JUEZ PONENTE:** Dr. Gustavo Durango Vela.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO  
TRIBUTARIO**

Quito, a 1 de Noviembre del 2011.- Las 10H30.

**VISTOS.-** El Ing. Mec. Oscar Emilio Loor Oporto, Gerente de la Compañía BIRA BIENES RAICES S.A., mediante escrito de 24 de diciembre del 2009, interpone recurso de casación en contra de la sentencia emitida por la Tercera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal N° 2 con sede en la ciudad de Guayaquil, dentro del juicio de impugnación N° 857-09 (6989-4587-06), el 14 de diciembre del 2009, propuesto en contra del Director General del Servicio de Rentas Internas. La Sala Juzgadora concede el recurso en providencia de 18 de enero del 2010, subido el proceso a esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario lo admite a trámite en auto de 5 de agosto del 2010 y pone en conocimiento de las partes para que se dé cumplimiento a lo que establece el art. 13 de la Ley de Casación. La Administración Tributaria lo ha contestado mediante escrito de 12 de agosto del 2010. Siendo el estado de la causa el de dictar sentencia para hacerlo se considera-**PRIMERO.-** Esta Sala es competente para conocer y resolver el presente recurso de conformidad con el primer numeral del artículo 184 de la Constitución Política, 21 del Régimen de Transición y artículo 1 de la Codificación de la Ley de Casación.- **-SEGUNDO.-** La Compañía BIRA BIENES RAICES S.A., fundamenta su recurso en las causales 2da, 3ra y 5ta del art. 3 de la Ley de Casación, manifiesta que la sentencia de la Tercera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal N° 2 se ha dictado con falta de aplicación de las normas tributarias contenidas en la Ley de Minería, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 695 de 31 de mayo de 1991, el art. 72 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, que se ha infringido el art. 76, numeral 7 letra l) y art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador, por la falta o escasa motivación que se ha aplicado erróneamente los artículos 258 y 273 del Código Tributario. Sostiene que la Empresa ha presentado oportunamente las pruebas suficientes para que se declare con lugar la demanda propuesta. Que la Empresa BIRA BIENES RAICES S.A., presentó seis solicitudes de devolución del Impuesto al Valor Agregado pagado en la adquisición de materias primas, insumos y servicios utilizados en la elaboración de productos que se exportan, y que en cada solicitud se demostró el pago de estos valores que se reclaman. El art. 72 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, antes 69-A, regula la devolución o reintegro de estos valores pagados por el contribuyente, en este caso se tratan de BARRRAS BULLIONSA, (oro y plata refinada) que es un proceso distinto a la extracción de petróleo. Que la Sala Juzgadora no ha considerado las pruebas aportadas por la Empresa, como es la número 14 del escrito de prueba de 17 de junio del 2008 en la que, se demuestra el proceso técnico económico para elaborar las BARRRAS BULLIONS, que no se acogen las pruebas 6, 8, 9 y 10, del mismo escrito en las que, se demuestre que la Administración reconoce el derecho que tiene la Empresa para que se le reintegren los valores pagados por Impuesto al Valor Agregado en la adquisición de materias primas, insumos y servicios utilizados en los productos elaborados y exportados por el fabricante. Sostiene que la Administración Tributaria, realiza un juicio errado al comparar su actividad con la petrolera por cuanto la Ley de Régimen Tributario Interno, antes del 29 de diciembre del 2007, tenía su propia normativa que sólo cuando se expidió la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador el 29 de diciembre del 2007, en el Tercer Suplemento del Registro Oficial N°

242, (el art. 127), se modifica el art. 72 de la Ley de Régimen Tributario Interno, al agregar al inciso final lo siguiente “*El reintegro del impuesto al valor agregado IVA, no es aplicable a la actividad petrolera en lo referente a la extracción, transporte y comercialización del petróleo crudo, ni a ninguna otra actividad relacionada con recursos no renovables*”.- **TERCERO.-** Los doctores Oscar Romero Carrión y Juan Carlos Córdova Cáceres procuradores del Director General del Servicio de Rentas Internas, en su escrito de contestación al recurso, manifiestan que en casación no se revisan los hechos, que lo que se verifica, es si se ha infringido una norma de derecho o inaplicado un precepto jurídico. Que la Empresa no determina en su escrito cuales son los requisitos exigidos por ley, de los que adolece la sentencia, tampoco especifica cuáles son las decisiones contradictorias o incompatibles de la parte dispositiva de la sentencia, lo que se observa no es concordante, que no existe una congruencia entre las causales de casación invocadas y la fundamentación en la que se apoya el recurso. Que en virtud del art. 82 del Código Tributario y Art. 68 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que consagran las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad del acto administrativo, le correspondía al actor la carga de la prueba, y también de conformidad con el art. 258 del Código Tributario, la Empresa BIRA BIENES RAICES S.A., no pudo probar que tenía derecho a la devolución del IVA, por cuanto las disposiciones establecidas en los artículos 57 y 72 de la Ley de Régimen Tributario Interno son claras, y también el Congreso Nacional efectuó la interpretación del art. 72, por lo que solicita se declare la validez de la sentencia dictada por la Tercera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal N° 2. **-CUARTO.-** El Tribunal Juzgador sostiene en su fallo que, consta adjunto al escrito de prueba presentado por la Empresa actora, oficios, informes, una acta del Congreso Nacional, memorando, y; más documentos que por haber presentado en copias notariadas de otra copia, esto no tiene valor jurídico alguno, y que se puede observar que en las Resoluciones N°s 107012006RDEV001611, y; 107012006RDEV001610, dicen en sus partes resolutivas que se ordena devolver el Impuesto al Valor Agregado, solicitado por Federico José Loor (al parecer por sus propios derechos y no como Representante Legal de la Compañía BIRA BIENES Y RAICES S.A.) correspondiente al período fiscal de enero (dos ocasiones), febrero, marzo del 2005, contradiciéndose lo resuelto por la Directora Regional de El Oro del Servicio de Rentas Internas en las Resoluciones N°s. 107012005RDEV002003, y; 107012005RDEV002006, donde se niega la devolución del Impuesto al Valor Agregado solicitado por Oscar Emilio Loor Oporto, Representante Legal de la Compañía BIRA BIENES Y RAICES S.A del período fiscal de enero y febrero 2005, que de conformidad con el art. 258 del Código Tributario es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda, y que han sido negados expresamente por la autoridad demandada, que en el presente caso esto no ha ocurrido. Por lo que declara sin lugar la demanda de impugnación.- **QUINTO.-** El primer punto a dilucidar es el que hace relación a la falta de motivación en la sentencia, porque de ser cierto tal aseveración hecha por el recurrente, dicha omisión produciría la nulidad de la sentencia, al tenor de lo señalado en el Art. 76, numeral 7. literal l) de la Constitución de la República del Ecuador, que se acomoda a la causal 5ta.

del Art. 3 de la Ley de Casación, alegada como causal de casación por el representante de la Empresa. Luego de la revisión del fallo dictado por la Sala a quo, esta Sala Especializada encuentra que a lo largo de la sentencia se han enunciado las normas y principios jurídicos en que se funda, y han hecho relación a los antecedentes de hecho constantes en el proceso, en consecuencia, no porque esas consideraciones no sean favorables a una de las partes, puede argumentarse que no ha existido tal motivación, por tanto no es admisible tal impugnación, y se desecha este motivo de casación. **SEXTO.-** En relación a la impugnación que hace el recurrente sobre, lo que a su juicio, es deficiente en la sentencia, es decir la infracción de los principios jurídicos relacionados con la valoración de la prueba, pues una de las causales en que se funda es la Tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, esto es: *“Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto”*. Esta Sala ha sido categórica al afirmar que el “o” es disyuntivo, es decir que las tres causales previstas son contrapuestas y que se excluyen unas a otras, porque efectivamente si hay aplicación indebida, no puede coexistir la falta de aplicación, y si existe una errónea interpretación no puede haber falta de aplicación o aplicación indebida, por tanto el recurrente tiene la obligación de señalar con precisión y exactitud cual de las tres posibilidades señaladas en la causal es en la que se fundamenta su recurso, lo que en el presente caso no ha ocurrido, pues la forma vaga de referir la supuesta infracción de la sentencia alude a artículos como el 258 del Código Tributario que habla en general de la carga de la prueba; porque adicionalmente, la referida causal 3ra., es de aquellas denominada “en cadena”, porque a más de demostrar que la sentencia violentó alguna norma legal explícita sobre la valoración de un medio procesal (por ejemplo cuando le da valor pleno a la fecha y otorgantes en las escrituras públicas), también debe señalarse que tal inobservancia condujo a una equivocada aplicación o a la no aplicación de una norma de carácter sustantivo, lo que en este caso específico no ha ocurrido, pues ni siquiera se menciona qué norma de valoración de prueba ha sido desoída, mucho menos cómo esa omisión produjo una equivocada aplicación de una norma de derecho. En la especie, no se encuentra que la Sala juzgadora haya inobservado estos preceptos en su fallo, pues ha analizado, considerado y revisado las pruebas aportadas por las partes, dentro del más amplio criterio de equidad, lo que sin duda constituye apreciación de la prueba, que le llevan a concluir que se ha demostrado la legitimidad del acto administrativo impugnado, conforme lo ha señalado la jurisprudencia de aplicación obligatoria por reiterada y uniforme, sentada por la ex Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia y por esta Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, entre otros en los recursos 163-2000, R. O. 601 de 20 de junio de 2002, 66-2001, R. O. 637 de 9 de agosto de 2002 y 23-2002, R. O. 167 de 11 de septiembre de 2003.- **SÉPTIMO.-** Corresponde entonces, analizar otra de las tres causales esgrimidas por el recurrente en su escrito contentivo de la solicitud de casación, a respecto de lo cual, esta Sala considera: 7.1. El tema de fondo que se discute en la controversia, está relacionado con la pretendida devolución del IVA y el derecho a reconocerlo en favor de la Empresa por los meses de enero, agosto, septiembre y

octubre del 2002 y enero, febrero y abril del 2005 por un valor total de USD\$ 55.936,76 más los intereses legales; 7.2. De conformidad con lo preceptuado en la Ley de Régimen Tributario Interno, art. 69 A vigente a los períodos reclamados (72 de la actual numeración) cabe el reintegro del IVA pagado en las adquisiciones locales o importaciones de bienes empleados en la fabricación de bienes que se exporten; 7.3. Esta Sala Especializada en casos exactamente iguales al presente, ha sostenido que, el término “*fabricación*”, cuyo alcance es parte de la discusión, no puede ser utilizado extensivamente, como pretende la Empresa actora, en tanto, una actividad extractiva como la minera no puede asimilarse a la “*fabricación de bienes*” cuál es la exigencia legal; así lo ha establecido la Jurisprudencia Fiscal de la Ex Corte Suprema de Justicia y la Ley Interpretativa 2004-01 del Art. 69-A de la Ley de Régimen Tributario Interno, publicada en el Registro Oficial N° 397, de 11 de agosto del 2004, por supuesto respecto de la actividad petrolera, pero cuyo fin es extractivo como la minería que se discute en el presente caso. Consiguientemente, la Administración ha actuado en derecho al negar la devolución solicitada y la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal N° 2 de Guayaquil, al confirmar tal actuación.- Por lo expuesto sin que sea necesario realizar otras consideraciones, la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, rechaza el recurso interpuesto. Sin costas que regular. Actúe la Ab. Dolores Proaño Zevallos, como Secretaria Relatora Encargada, por ausencia de la titular, de conformidad al oficio No. 64-SCT-CNJ de 18 de mayo de 2011.- Notifíquese, publíquese, devuélvase.

f.) Dr. José Suing Nagua, Conjuez Permanente.

f.) Dr. Gustavo Durango Vela, Conjuez Permanente.

f.) Dr. Javier Cordero Ordóñez, Conjuez Permanente, V.S.

Certifico.

f.) Ab. Dolores Proaño Zevallos, Secretaria Relatora, encargada.

N° 336-2010

**VOTO SALVADO DEL SR. DR. JAVIER CORDERO ORDOÑEZ, CONJUEZ PERMANENTE**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO  
TRIBUTARIO**

Quito, a 1 de Noviembre del 2011.- Las 10H30.

**VISTOS.-** El Ing. Mec. Oscar Emilio Loor Oporto, Gerente de la Compañía BIRA BIENES RAICES S.A., mediante escrito de 22 de diciembre de 2009, interpone recurso de casación en contra de la sentencia del 14 de diciembre de 2009, emitida por la Tercera Sala del Tribunal Distrital de

lo Fiscal N° 2 con sede en la ciudad de Guayaquil, dentro del juicio de impugnación N° 857-09 (6989-4587-06), propuesto en contra del Director General del Servicio de Rentas Internas. La Sala Juzgadora concede el recurso en providencia de 18 de enero del 2010, subido el proceso a esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario lo admite a trámite en auto de 5 de agosto del 2010 y pone en conocimiento de las partes para que se dé cumplimiento lo que establece el art. 13 de la Ley de Casación. La Administración Tributaria lo ha contestado mediante escrito de 12 de agosto del 2010. Siendo el estado de la causa el de dictar sentencia para hacerlo se considera: **PRIMERO.-** Esta Sala es competente para conocer y resolver el presente recurso de conformidad con el primer numeral del artículo 184 de la Constitución, artículo 21 del Régimen de Transición y artículo 1 de la Codificación de la Ley de Casación.- **SEGUNDO.-** La Compañía BIRA BIENES RAICES S.A., fundamenta su recurso en las causales 2da, 3ra y 5ta del art. 3 de la Ley de Casación, manifiesta que la sentencia de la Tercera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal N° 2 se ha dictado con falta de aplicación de las normas tributarias contenidas en la Ley de Minería, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 695 de 31 de mayo de 1991, el art. 72 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, que se ha infringido el art. 76, numeral 7 letra l) y art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador, por la falta o escasa motivación, que se ha aplicado erróneamente los artículos 258 y 273 del Código Tributario. Sostiene que la Empresa ha presentado oportunamente las pruebas suficientes para que se declare con lugar la demanda propuesta. Que la Empresa BIRA BIENES RAICES S.A., presentó seis solicitudes de devolución del Impuesto al Valor Agregado pagado en la adquisición de materias primas, insumos y servicios utilizados en la elaboración de productos que se exportan, y que en cada solicitud se demostró el pago de estos valores que se reclaman. El art. 72 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, antes 69-A, regula la devolución o reintegro de estos valores pagados por el contribuyente, en este caso se tratan de BARRAS BULLIONS, (oro y plata refinada) que es un proceso distinto a la extracción de petróleo. Que la Sala Juzgadora no ha considerado las pruebas aportadas por la Empresa, como es la número 14 del escrito de prueba de 17 de junio del 2008 en la que, se demuestra el proceso técnico económico para elaborar las BARRRAS BULLIONS, que no se acogen las pruebas 6, 8, 9 y 10, del mismo escrito en las que, se demuestra que la Administración reconoce el derecho que tiene la Empresa para que se le reintegren los valores pagados por Impuesto al Valor Agregado en la adquisición de materias primas, insumos y servicios utilizados en los productos elaborados y exportados por el fabricante. Sostiene que la Administración Tributaria, realiza un ... en un asunto de puro Derecho respecto del cual cabe el siguiente análisis: **6.1.-** El artículo 57 de la Ley de Régimen Tributario Interno, que fue introducido en ésta, como un artículo innumerado, por el artículo 16 de La Ley 99-41 de Racionalización Tributaria, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 321 de 18 de noviembre de 1999, con el texto vigente en los períodos en cuestión, a la letra señala: "Las personas naturales y jurídicas exportadoras que hayan pagado el IVA en la adquisición de bienes que exporten, tienen derecho a crédito tributario por dichos pagos. Igual derecho tendrán por el impuesto

pagado en la adquisición de materias primas, insumos y servicios utilizados en los productos elaborados y exportados por el fabricante. Una vez realizada la exportación, el contribuyente solicitará al Servicio de Rentas Internas la devolución correspondiente acompañando copia de los respectivos documentos de exportación. Este derecho puede trasladarse únicamente a los proveedores directos de los exportadores. También tienen derecho al crédito tributario los fabricantes, por el IVA pagado en la adquisición local de materias primas, insumos y servicios destinados a la producción de bienes internadas en el país bajo regímenes aduaneros especiales, aunque dichos contribuyentes no exporten directamente el producto terminado, siempre que ...entre las causales de casación invocadas y la fundamentación en la que se apoya el recurso. Que en virtud del art. 82 del Código Tributario y Art. 68 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que consagran las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad del acto administrativo, le correspondía al actor la carga de la prueba, y también de conformidad con el art. 258 del Código Tributario, la Empresa BIRA BIENES RAICES S.A., no pudo probar que tenía derecho a la devolución del IVA, por cuanto las disposiciones establecidas en los artículos 57 y 72 de la Ley de Régimen Tributario Interno son claras, y también el Congreso Nacional efectuó la interpretación del art. 72, por lo que solicita se declare la validez de la sentencia dictada por la Tercera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal N° 2.- **CUARTO.-** El Tribunal Juzgador sostiene en su fallo que, consta adjunto al escrito de prueba presentado por la Empresa actora, oficios, informes, una acta del Congreso Nacional, memorando, y; más documentos que por haber presentado en copias notariadas de otra copia, esto no tiene valor jurídico alguno, y que se puede observar que en las Resoluciones N°s 107012006RDEV001611, y; 107012006RDEV001610, dicen en sus partes resolutivas que se ordena devolver el Impuesto al Valor Agregado, solicitado por Federico José Loor (al parecer por sus propios derechos y no como Representante Legal de la Compañía BIRA BIENES Y RAICES S.A.,) correspondiente al período fiscal de enero (dos ocasiones), febrero, marzo del 2005, contradiciéndose lo resuelto por la Directora Regional de El Oro del Servicio de Rentas Internas en las Resoluciones N°s. 107012005RDEV002003, y; 107012005RDEV002006, donde se niega el Impuesto al Valor Agregado solicitado por Oscar Emilio Loor Oporto, Representante Legal de la Compañía BIRA BIENES Y RAICES S.A del período fiscal de enero y febrero 2005, que de conformidad con el art. 258 del Código Tributario es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda, y que han sido negados expresamente por la autoridad demandada, que en el presente caso esto no ha ocurrido. Por lo que declara sin lugar la demanda de impugnación.- **QUINTO.-** El primer punto a dilucidar es el que hace relación a la falta de motivación en la sentencia, porque de ser cierta tal aseveración hecha por el recurrente, dicha omisión produciría la nulidad de la sentencia, al tenor de lo señalado en el Art. 76, numeral 7. literal l) de la Constitución de la República del Ecuador, que se acomoda a la causal 5ta. del Art. 3 de la Ley de Casación, alegada como causal de casación por el representante de la Empresa. Luego de la revisión del fallo dictado por la Sala A-quo, esta Sala Especializada encuentra que en gran parte del

fallo lo que la Sala A-quo ha hecho es transcribir las actuaciones procesales: demanda, contestación a la demanda, informe pericial, y resolución administrativa impugnada y sus antecedentes, para solamente hacia el final, en el Considerando Octavo, por toda motivación señalar que conforme el artículo 258 del Código Tributario constituye obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y no lo ha hecho, particularmente en lo que tiene que ver con lo establecido en el artículo 57 de la Ley de Régimen Tributario Interno, por lo que declara sin lugar la demanda; en consecuencia, observando que la motivación para resolver, de la Sala Juzgadora es escueta a pesar de la larga e inoficiosa transcripción de textos, existe motivación sobre lo que resuelve, por tanto no es admisible la impugnación por falta de motivación, y se desecha este motivo de casación.-

**SEXTO.-** El tema de fondo que se discute en la controversia, está relacionado con la pretendida devolución del IVA y el derecho a reconocerlo en favor de la Empresa por los meses de enero, agosto, septiembre y octubre del 2002 y enero, febrero y abril del 2005 por un valor total de USD \$ 55.936,76 más los intereses legales. La sentencia impugnada ha dicho que no ha habido debida prueba de lo establecido en el artículo 57 de la Ley de Régimen Tributario Interno, sin embargo constituirse en un asunto de puro Derecho respecto del cual cabe el siguiente análisis:

**6.1.-** El artículo 57 de la Ley de Régimen Tributario Interno, que fue introducido en ésta, como un artículo innumerado, por el artículo 16 de La Ley 99-41 de Racionalización Tributaria, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 321 de 18 de noviembre de 1999, con el texto vigente en los períodos en cuestión, a la letra señala: *“Las personas naturales y jurídicas exportadoras que hayan pagado el IVA en la adquisición de bienes que exporten, tienen derecho a crédito tributario por dichos pagos. Igual derecho tendrán por el impuesto pagado en la adquisición de materias primas, insumos y servicios utilizados en los productos elaborados y exportados por el fabricante. Una vez realizada la exportación, el contribuyente solicitará al Servicio de Rentas Internas la devolución correspondiente acompañando copia de los respectivos documentos de exportación. Este derecho puede trasladarse únicamente a los proveedores directos de los exportadores. También tienen derecho al crédito tributario los fabricantes, por el IVA pagado en la adquisición local de materias primas, insumos y servicios destinados a la producción de bienes para la exportación, que se agregan a las materias primas internadas en el país bajo regímenes aduaneros especiales, aunque dichos contribuyentes no exporten directamente el producto terminado, siempre que estos bienes sean adquiridos efectivamente por los exportadores y la transferencia al exportador de los bienes producidos por estos contribuyentes que no hayan sido objeto de nacionalización, están gravados con tarifa cero. La actividad petrolera se regirá por sus leyes específicas.”* (el resaltado es de la Sala). Del texto legal citado devienen dos casos: a) el derecho a crédito tributario por el IVA pagado en la adquisición de bienes que se exporten, de quienes simplemente los exporten; y, b) el derecho a crédito tributario por el IVA pagado por las materias primas, insumos y servicios utilizados en la producción de bienes que se exporten, por quienes los fabriquen y a la vez los exporten; en ambos casos, dispone la norma, el crédito tributario, una vez verificada la exportación, será recuperado por devolución del mismo que le haga la

Autoridad Tributaria. La norma refiere también la posibilidad de que ese derecho se traslade a los proveedores directos de los exportadores; y que los fabricantes exportadores o fabricantes proveedores directos de exportadores tienen el indicado derecho sobre las materias primas insumos y servicios destinados a la producción de bienes para la exportación, que se agregan a las materias primas internadas en el país bajo regímenes aduaneros especiales, en las circunstancias y con los requisitos que establece la misma. La norma finalmente, de manera clara, refiere el tratamiento en lo que respecta exclusivamente a la actividad petrolera, que no es el que en ella establece para los exportadores en general.

**6.2.-** De los dos casos analizados, previstos en el artículo 57 de la Ley de Régimen Tributario Interno, se colige el derecho al crédito tributario de aquel que adquiere bienes y los exporta, sobre el IVA pagado para adquirirlos, y de aquel que los fabrica y los exporta; son dos los casos y diversos, pues existen bienes que se exportan sin embargo no “fabricarse”, como es el caso, de los vegetales, animales y minerales, entre varios y para cita ejemplificativa simplemente, de los frutos de la tierra: banano, cacao, café, mango, brócoli, etc., o los del mar como, el camarón y el atún; y, otros bienes que sí se fabrican como por ejemplo llantas, vehículos y licores. Los minerales, entre los que se cuenta el oro, son del primer caso citado pues se encuentran en la tierra y para adquirirlos, extrayéndolo de ella, es necesario un proceso más o menos complejo, pero que de ninguna manera constituye uno de “fabricación”.

**6.3.-** Quien realiza la exportación de bienes debe previamente adquirirlos, y para ello incurre en costos y gastos, ya sobre los bienes mismos, ya en los procesos para adquirirlos. En tratándose del oro, quien lo vaya a exportar puede adquirirlo de aquel que lo extrajo de la tierra o puede extraerlo directamente mediante los procedimientos adecuados incurriendo en los gastos y costos de ello, gastos y costos que sin lugar a dudas obedecen a la adquisición de ese bien que finalmente se exporte y que obedeciendo a bienes y servicios gravados con IVA generan derecho a crédito tributario y la devolución correspondiente al producirse la exportación respectiva.

**6.4.-** Hasta antes de la entrada en vigencia del artículo 57 de la Ley de Régimen Tributario Interno, al que se ha hecho alusión, sobre la devolución de IVA a exportadores de bienes, solamente se mantenía en la Ley de Régimen Tributario Interno, la norma de su artículo 72, que fue agregado originalmente como primer agregado a continuación del artículo 69, pocos meses atrás de aquella, el 30 de abril de 1999, por el artículo 37 de la Ley 99-24 “Ley Para la Reforma de las Finanzas Públicas”, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 181, en el que se establecía el derecho a la devolución del IVA en actividades de exportación, en el plazo de noventa días y sin intereses, para quienes hubiesen pagado el impuesto al valor agregado en las adquisiciones locales o importaciones de bienes, empleados en la fabricación de bienes que se exporten; norma de la que se tiene el procedimiento para la devolución en el caso en el que refiere, de fabricantes de bienes que exporten, y en el de exportadores de bienes en general, al que se aplicaría por analogía, al no evidenciarse para estos otro procedimiento en la Ley que difiera.

**6.5.-** La Corte Suprema de Justicia, en la sentencia dictada en el Recurso de Casación 4-2003, publicada en el Registro Oficial 436 de 6 de octubre de 2004, ha dicho: *“...la razón última para disponer la devolución del IVA a los exportadores radica en que tal gravamen, de modo general,*

se aplica en destino y no en origen y en que los países, igualmente de modo general, no suelen exportar bienes y servicios con el IVA incluido. Proceder en contrario sería atentar contra la competitividad de las exportaciones nacionales.”. **SEPTIMO.-** Habiéndose alegado, que para la época a la que se refieren las solicitudes de devolución de IVA de la especie, se encontraba en vigencia el artículo 165 de la Ley de Minería “Ley 126” publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 695 de 31 de mayo de 1991, que establecía la exención del IVA en la comercialización de sustancias minerales, es necesario advertir que con la promulgación de la Ley 99-24 “Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas (Registro Oficial Suplemento No.181 de 30 de abril de 1999), se produjo la derogatoria de esa exención, por cuanto en su artículo 33, en el que manda la sustitución del artículo 54 de la Ley de Régimen Tributario Interno (hoy art. 55) luego de enlistar los bienes por cuya transferencia se genera IVA con tarifa cero, entre los que no constan las sustancias minerales, expresamente manda: “...En las adquisiciones locales e importaciones no serán aplicables las exenciones previstas en el artículo 34 (hoy 35) del Código Tributario, ni las previstas en otras leyes generales o especiales...”; y, más aún, en la Disposición Final Cuarta, reitera la derogatoria, cuando ordena: “Esta ley deroga toda norma especial o general que se le oponga y solamente podrá ser reformada o derogada de manera expresa...”.- **OCTAVO.-** Con relación a la similitud de la devolución de IVA por exportación de petróleo con la de oro, que se pretende por parte de la Administración Tributaria y que refiere en su recurso la empresa actora, se advierte que constituyen casos enteramente diferentes puesto que, como se ha indicado en el Considerando Sexto de esta sentencia, con la cita del artículo 57 de la Ley de Régimen Tributario Interno, expresamente el legislador, en la Ley de Régimen Tributario Interno, dejó claramente establecido el tratamiento diferente sobre el IVA pagado en la actividad petrolera, para que sea normado por otros cuerpos legales que lo rijan específicamente; y más aún, cuando en el país se pretendieron distorsiones sobre el alcance, no del artículo 57 –que es claro con relación a la devolución de IVA de la actividad petrolera- sino del artículo 72 (que se lo conocía como 69A) de la Ley de Régimen Tributario Interno que manda sobre la devolución de IVA a fabricantes de bienes que exporten y sobre el procedimiento de devolución, se dictó la Ley Interpretativa dictada por el Congreso Nacional del Ecuador, 2004-41, publicada en el Registro Oficial No. 397 del 11 de agosto de 2004, lo aclaró como para que no quepa duda, interpretándolo, así: “Art. 1.- Interpretase el artículo 69-A de la Ley de Régimen Tributario Interno introducido por la Ley 99-24, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 181 del 30 de abril de 1999, en el sentido de que el reintegro del Impuesto al Valor Agregado, IVA, no es aplicable a la actividad petrolera en lo referente a la extracción, transporte y comercialización de petróleo crudo, puesto que el petróleo no se fabrica, sino que se lo extrae de los respectivos yacimientos.”. Es recién, cuando se dicta la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial 242 de 29 de diciembre de 2007, en la que el artículo 127 que sustituye al artículo 72 de la Ley de Régimen Tributario Interno, refiriendo ya no solo a los fabricantes, como lo hacía el artículo sustituido, sino también a los exportadores de bienes en general, que el legislador establece que el reintegro del IVA

no es aplicable, como a la actividad petrolera, a las actividades relacionadas con recursos no renovables, como ocurre con los minerales entre los que se cuenta el oro. Antes de la promulgación de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, como son los casos de la especie, la devolución de IVA por exportación de oro era procedente y legal. - Por lo expuesto sin que sea necesario realizar otras consideraciones, la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** acepta el recurso interpuesto y dejando sin efecto los actos administrativos impugnados, dispone que la Autoridad Tributaria demandada devuelva a la recurrente BIRA, BIENES RAICES S.A. el Impuesto al Valor Agregado IVA pagado en los meses de agosto, septiembre y octubre del 2002 y enero, febrero y abril del 2005 por un valor total de USD \$ 50.185,73 con los intereses calculados desde la fecha de las resoluciones que negaron su devolución, esto es las resoluciones de 2 de agosto de 2005, números: 107012005RDEV002184, 107012005RDEV002183, 107012005RDEV002185, 107012005RDEV002203, 107012005RDEV002205, y 107012005RDEV002206. No se dispone la devolución del IVA del mes de enero de 2002 que ha sido demandada, por cuanto de autos no consta que haya sido objeto de insinuación del Recurso de Revisión la resolución administrativa que lo habría negado. Sin costas que regular, Sin costas que regular. Actúe la Ab. Dolores Proaño Zevallos, como Secretaria Relatora Encargada, por ausencia de la titular, de conformidad al oficio No. 64-SCT-CNJ de 18 de mayo de 2011.- Notifíquese, publíquese, devuélvase

f.) Dr. José Suing Nagua, Conjuez Permanente.

f.) Dr. Gustavo Durango Vela, Conjuez Permanente.

f.) Dr. Javier Cordero Ordóñez, Conjuez Permanente, V.S.

Certifico.

f.) Ab. Dolores Proaño Zevallos, Secretaria Relatora, encargada.

En Quito, a primero de noviembre del dos mil once, a partir de las quince horas, notifico la Sentencia y Voto Salvado que antecede a la COMPAÑIA BIRA BIENES RAICES S.A., en el casillero judicial No. 1816 del Dr. Mauricio Murillo y al DIRECTOR GENERAL DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS en el casillero judicial No. 2424.-Certifico.

f.) Ab. Dolores Proaño Zevallos, Secretaria Relatora, encargada.

## CORTE CONSTITUCIONAL

*Juez Ponente: Dr. Hernando Morales Vinueza.*

**CORTE CONSTITUCIONAL,  
PARA EL PERIODO DE TRANSICION.-  
SALA DE ADMISION**

Quito D.M., 09 de enero de 2012, las 15H36.-Vistos.- De conformidad con las normas de la Constitución de la República aplicables al caso, el Art. 197 y la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 127 de 10 de febrero de 2010 y el sorteo efectuado por el Pleno de la Corte Constitucional en sesión extraordinaria de diciembre 08 de 2011, la Sala de Admisión conformada por los doctores Roberto Bhrunis Lemarie, Ruth Seni Pinoargote y Hernando Morales Vinueza, jueces constitucionales, en ejercicio de su competencia **AVOCA** conocimiento de la **causa No. 2093-11-EP, acción extraordinaria de protección** presentada por Oscar Loor Oporto, en su calidad de Gerente de la Compañía de actividad minera BIRA BIENES RAICES S.A., en contra de la sentencia de 1 de noviembre del 2011, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, dentro del juicio de impugnación No. 336-2010, 857-2009, mediante la cual se resolvió rechazar el recurso de casación, interpuesto respecto de la sentencia emitida por la Tercera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2 de Guayaquil, juicio propuesto en contra del Director del Servicio de Rentas Internas, en la cual solicitaba se le devuelva el impuesto a la valor agregado IV A, pagado en los meses de agosto, septiembre y octubre del 2002 y enero, febrero y abril del 2005, por el valor de USD. 50.185.73 dólares, más los intereses de ley, entre otros. Manifiesta el accionante que la sentencia de la Corte Nacional de Justicia, de la cual interpone Acción Extraordinaria de Protección, en el considerando tercero puede verificarse que únicamente se narra que la carga de la prueba la tiene el actor (BIRA BIENES RAICES S.A.), y dejando en ventaja a la Administración Tributaria, olvidando así, que la Administración Tributaria también es parte procesal, y por ende tenía la obligación legal de presentar pruebas que justifiquen los hechos, pero solamente el Dr. Carlos Ordeñana Carrión, Procurador del Director del Servicio de Rentas Internas, en su escrito de prueba de fecha 18 de junio de 2008, no justifica la actuación de la administración, y se remite a presentar pruebas que trataban únicamente sobre puntos de derecho. Que la violación se da cuando la sentencia dispone el enriquecimiento injusto del Estado al no devolver el valor del Impuesto al Valor Agregado que la Contribuyente pagó oportunamente para su ulterior devolución. Que la Administración Tributaria ha aceptado que se trata de dos actividades distintas, tanto la minera como la petrolera, en cambio la Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Tributario, en la Resolución de fecha 1 de noviembre de 2011, a las 10H30, en el considerando Séptimo textualmente dice: "7.1 El tema de fondo que se discute en la controversia, está relacionado

con la pretendida devolución del IV A y el derecho a reconocerlo a favor de la Empresa por los meses de enero, agosto, septiembre y octubre de 2002, y enero, febrero y abril del 2005 por un valor total de USD\$55,936.76 más los intereses legales; 7.2 De conformidad con lo preceptuado en la Ley de Régimen Tributario Interno, arto 69<sup>a</sup> vigente a los periodos reclamados (72 de la actual numeración) cabe el reintegro del IVA pagado en las adquisiciones locales e importaciones de bienes empleados en la fabricación de bienes que se exporten; 7.3 Esta Sala Especializada en casos exactamente iguales al presente ha sostenido que, el término "fabricación", cuyo alcance es parte de la discusión, no puede ser utilizado extensivamente, como pretende la Empresa actora, en tanto, una actividad extractiva como la minera no puede asimilarse a la fabricación de bienes...". Que con ésta inconstitucional actuación de la Sala de lo Contencioso Tributario, se confirma que han sido vulnerados los derechos subjetivos de su representada, ya que en otros casos similares la Administración Tributaria si devolvió el Impuesto al Valor agregado en la adquisición de bienes, insumos y utilización de servicios; entonces, el Director Regional del Servicio de Rentas Internas de El Oro, y Director General del Servicio de Rentas Internas, contradicen sus pretensiones con sus resoluciones administrativas, cuando ya han dictado resoluciones administrativas en sentido contrario a sus escritos de contestación a la demanda y de prueba en este juicio. Que se han violado las siguientes garantías básicas consagradas en la Constitución como son: la del debido proceso Art. 76, numerales 1 y 7, letras h) y 1), ya que al dictar la resolución de fecha 1 de noviembre de 2011, las 10h30 vulneró sus derechos; Art. 82, con la emisión de dicha sentencia de casación violenta el principio de Seguridad Jurídica; y, Art. 11, números 3 y 9 de la Constitución de la República del Ecuador, al tratar de asimilar o aplicar la analogía en dos ramas de la producción ecuatoriana sumamente distintas, como es en su caso la actividad petrolera, extractiva, refinadora, fundidora, comercializadora y exportadora de sustancias minerales con la extracción de crudo. Pretende que la Corte Constitucional, "declare con lugar esta demanda por la inconstitucional resolución dictada por los señores Conjueces Permanentes de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, que violó derechos constitucionales de BIRA BIENES. RAICES S.A., y ordene la reparación integral a la Compañía; por ende, conceda el recurso de casación interpuesto por la demandante". En lo principal, se considera: **PRIMERO.-** De conformidad con lo dispuesto en el Art. 17 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, la Secretaría General de la Corte ha certificado que no se ha presentado otra demanda con identidad de objeto y acción. **SEGUNDO.-** El Art. 10 de la Constitución establece que "*las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales*". El numeral 1 del Art. 86 *ibidem* señala que "*Las garantías jurisdiccionales se registrarán, en general, por las siguientes disposiciones 1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución*", adicionalmente, en el Art. 437 del texto constitucional se determina que la acción extraordinaria de protección podrá presentarse "*contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de*

este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados. 2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución". **TERCERO.-** El Art. 94 de la Constitución determina que "La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional.". **CUARTO.-** Para la procedencia de la acción extraordinaria de protección se debe cumplir los requisitos de forma establecidos en el artículo 61 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, pero además, de manera simultánea se debe observar los requisitos o presupuestos de admisibilidad señalados en el Art. 62 de la Ley ibídem. Del estudio de la demanda y la revisión del proceso, la Sala de Admisión estima que el legitimado activo confunde el objeto de la acción extraordinaria de protección al pretender que la Corte Constitucional actúe como una instancia más dentro del proceso en la justicia ordinaria al pretender que ésta Corte "declare con lugar esta demanda por la inconstitucionalidad resolución dictada por los señores Conjuces Permanentes de la Sala Especializada de lo contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, que violó derechos constitucionales de BIRA BIENES RAÍCES S.A., Y ordene la reparación integral a la Compañía; por ende, conceda el recurso de casación interpuesto por la demandante" (Las negrillas son nuestras), lo que en definitiva comporta conocer temas de legalidad ajenos por completo a la naturaleza de la acción extraordinaria de protección. Adicionalmente, se hace presente que la demanda incumple los presupuestos de admisibilidad previstos en el Art. 62.1.2.8 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, puesto que: (i) la demanda no contiene argumentos claros sobre el derecho violado y la relación directa e inmediata, por acción u omisión atribuible a los jueces cuestionados, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso; (ii) no se expresan argumentos que justifiquen la relevancia constitucional del problema jurídico, ni de la pretensión; y, (iii) la demanda carece de argumentos en tomo a que su admisión permitiría solventar una violación grave de derechos, establecer precedentes judiciales, corregir la inobservancia de precedentes establecidos por esta Corte y sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional. Por las razones anteriormente expuestas, en aplicación de lo dispuesto en los artículo 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, esta Sala **INADMITE** a trámite la acción extraordinaria de protección No. 2093-11-EP. De esta decisión no cabe recurso alguno y la misma causará ejecutoria, de conformidad con lo dispuesto en el último inciso del Art.12 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional. Devuélvase el proceso al Juez de origen.- **NOTIFÍQUESE**

f.) Dr. Roberto Bhrunis Lemaire, Juez Constitucional.

f.) Dra. Ruth Seni Pinoargote, Jueza Constitucional.

f.) Dr. Hernando Morales Vinueza, Juez Constitucional.

**LO CERTIFICO.-** Quito D.M., 09 de enero del 2012.- Las 15h36.

f.) Dr. Jaime Pozo Chamorro, SECRETARIO (E), SALA DE ADMISIÓN

**CORTE CONSTITUCIONAL.-** Es fiel copia del original.- Revisado por f.) Ilegible.- Quito, a 2012-02-22.- f.) Secretario General.

**RAZON:** Las dieciséis copias que anteceden son iguales a sus originales constantes en el juicio de IMPUGNACIÓN No. 336-2010 seguido por la COMPAÑÍA BIRA BIENES RAICES S.A., contra el DIRECTOR GENERAL DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS.- Quito, a 29 de Febrero del 2012.- Certifico.

f.) Abg. Dolores Proaño Zevallos, Secretaria Relatora, encargada.

---

**EN EL JUICIO DE IMPUGNACIÓN seguido por el SR. WALTER W. CEDEÑO GRACIA REPRESENTANTE LEGAL DE LA COMPAÑÍA SOCIEDAD PREDIAL Y MERCANTIL MILATEX S.A., en contra del GERENTE GENERAL DE LA CORPORACIÓN ADUANERA ECUATORIANA.**

**No. 337-2010**

**JUEZ PONENTE:** Dr. José Suing Nagua.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO  
TRIBUTARIO**

Quito, a 23 de Noviembre del 2011. Las 14H10.

**VISTOS:** El abogado Bolívar Vergara Solís, Procurador Fiscal de la Gerencia General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada el 19 de abril de 2009 por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2 con sede en la ciudad de Guayaquil, dentro del juicio de impugnación No. 5809-2007-04, que sigue la compañía SOCIEDAD PREDIAL Y MERCANTIL MILATEX S.A., en contra de la Corporación Aduanera Ecuatoriana. Aceptado el recurso, la Empresa actora no lo contesta. Pedidos los autos para resolver, se considera: **PRIMERO:** La Sala es competente para conocer y resolver el recurso interpuesto, de conformidad con el primer numeral del artículo 184 de la Constitución y artículo 1 de la Codificación de la Ley de Casación.- **SEGUNDO:** El representante de la Admi-

nistración Tributaria Aduanera fundamenta el recurso en la primera causal del artículo 3 de la Ley de Casación; considera que se han infringido las siguientes disposiciones: arts. 163, 272, 273, 274 y 256 de la Constitución Política de 1998; arts. 122 y 306 del Código Tributario; art. 15 de la Ley Orgánica de Aduanas; arts. 90 y 98 del Acuerdo de Cartagena; y, art. 5 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Manifiesta que al momento de la presentación de las declaraciones de importación a consumo, se encontraba plenamente en vigencia la cláusula de salvaguardia creada mediante Decreto Ejecutivo No. 609, publicado en el Registro Oficial No. 140 de 3 de marzo de 1999 que se aplicaba sobre el universo de importaciones, a excepción de aquellas amparadas en la Ley de Inmidades, Privilegios y Franquicias Diplomáticas; que la actora al momento de pagar los tributos por las importaciones e incluir en dicho pago las tarifas por cláusula de salvaguardia, cumplió con la normativa jurídica vigente a la época; que en ese sentido el art. 15 de la Ley Orgánica de Aduanas establece que los impuestos al comercio exterior aplicables para el cumplimiento de la obligación tributaria aduanera son los que se encontraban vigentes a la fecha de presentación de la declaración a consumo; que el concepto de pago indebido permite colegir que no hay tal pago indebido cuando ha sido efectuado por concepto de un tributo establecido legalmente; que existe jurisprudencia al respecto que refiere; que los arts. 90 y 98 del Acuerdo de Cartagena, 5 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y los arts. 256, 272, 273, 163 y 274 de la Constitución Política del Ecuador no son aplicables.-

**TERCERO:** La sentencia declara con lugar la demanda propuesta por el representante de la Empresa actora y declara inválida, improcedente, inaplicable e ilegítima la Resolución de 25 de marzo de 2003 del Recurso de Revisión al Reclamo Administrativo de Pago Indebido No. 4141-2002, reconociéndose al actor el derecho al reintegro por pago indebido de US \$ 27.268,65.- **CUARTO:** El cuestionamiento a la sentencia gira en torno a la pertinencia o no de aplicar el Decreto Ejecutivo No. 609, que establecía tarifas por cláusula de salvaguardia, vigentes a la fecha de la presentación de la declaración a consumo. Para resolver el asunto, la Sala formula las siguientes consideraciones: a) El Presidente de la República por el Decreto Ejecutivo referido, publicado en el Registro Oficial No. 140 de 3 de marzo de 1999, estableció la tarifa por cláusula de salvaguardia a las importaciones; b) En aplicación de este Decreto, la Administración Aduanera procedió a la determinación de obligaciones tributarias a cargo de la Empresa actora, las cuales fueron canceladas por ésta; c) La sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, como lo reconoce la propia Empresa actora en su demanda, dispone "*derogar las medidas de orden interno que signifiquen alteraciones a los niveles de tarifas del Arancel Externo Común*", de lo que se desprende con suficiente claridad que en ningún momento deroga las salvaguardias establecidas por el Decreto Ejecutivo No. 609, por el contrario, correspondía al Estado hacerlo, lo cual fue cumplido con la expedición del Decreto Ejecutivo No 1040 de 15 de diciembre de 2000. Consiguientemente, las tarifas de salvaguardia canceladas cuando estaba en vigencia el Decreto Ejecutivo en referencia son válidas, conforme así lo ha establecido esta Sala en casos similares. Este particular no es advertido por la Sala de instancia, que en forma equívoca, sin analizar previamente la pertinencia o no del

recurso de revisión, procede a declarar inválidos actos firmes y ejecutoriados, produciéndose la errónea interpretación alegada por el recurrente.- Por lo expuesto, sin que sea necesario realizar otras consideraciones, la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, casa la sentencia y declara válida la Resolución impugnada. Actúe la Abg. Dolores Proaño Zevallos, como Secretaria Relatora Encargada, por ausencia de la titular, según Oficio No. 64-2011-SCT-CNJ de 18 de Mayo de 2011.- Notifíquese, publíquese y devuélvase

f.) Dr. José Suing Nagua, Conjuez Permanente.

f.) Dr. Gustavo Durango Vela, Conjuez Permanente.

f.) Dr. Wilson Muñoz Burgos, Conjuez.

Certifico.

f.) Abg. Dolores Proaño Zevallos, Secretaria Relatora, encargada.

En Quito, a veintiocho de Noviembre del dos mil once, a partir de las quince horas, notifico mediante boleta la sentencia que antecede al señor **GERENTE GENERAL DE LA CORPORACIÓN ADUANERA ECUATORIANA** en el casillero judicial No. 1346 del Ab. Bolívar Vergara Solís. No se notifica al señor **WALTER CEDEÑO GRACIA REPRESENTANTE LEGAL DE LA SOCIEDAD PREDIAL Y MERCANTIL MILATEX S.A** por no haber señalado casillero judicial en esta ciudad de Quito para el efecto.

Certifico.

f.) Ab. Dolores Proaño Zevallos, Secretaria Relatora, encargada.

**RAZÓN:** Las tres copias que anteceden son iguales a su original constantes en el juicio de IMPUGNACIÓN No. 337-2010 que sigue el SR. WALTER W. CEDEÑO GRACIA REPRESENTANTE LEGAL DE LA COMPAÑÍA SOCIEDAD PREDIAL Y MERCANTIL MILATEX S.A., en contra del GERENTE GENERAL DE LA CORPORACIÓN ADUANERA ECUATORIANA. Quito, a 13 de Diciembre del 2011.

f.) Ab. Dolores Proaño Zevallos, Secretaria Relatora, encargada.

**EN EL JUICIO DE IMPUGNACIÓN SEGUIDO POR EL SR. JAIME FAGGIONI ALZEN, REP. LEGAL DE LA CÍA EL ROSARIO (ERSA) S.A. en contra del DIRECTOR REGIONAL DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS DEL LITORAL SUR.**

**No. 339-2010**

**JUEZ PONENTE:** Dr. José Suing Nagua.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO  
TRIBUTARIO**

Quito, a 29 de Septiembre del 2011. Las 16H50.

**VISTOS: JAIME FAGGIONI ALZEN**, Presidente y representante legal de la Compañía EL ROSARIO (ERSA) S.A. interpone recurso de casación en contra de la sentencia de 8 de febrero de 2010, dictada por la Segunda Sala Temporal del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2 con sede en la ciudad de Guayaquil, dentro del juicio de impugnación No. 500-2009 seguido en contra de la Administración Tributaria. Calificado el recurso, la Autoridad Tributaria lo contesta el 16 de agosto de 2010. Pedidos los autos para resolver, se considera: **PRIMERO:** La Sala es competente para conocer y resolver el recurso interpuesto de conformidad con el número uno del artículo 184 de la Constitución y artículo 1 de la Codificación de Ley de Casación.- **SEGUNDO:** El representante de la Empresa actora fundamenta el recurso en las causales primera, segunda, tercera y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación; considera infringidos los siguientes artículos: 72 (ex 69A), 66 (ex 63) y 57 (ex 55.1) de la Ley de Régimen Tributario Interno; 10, 69, 81, 103, 133 y 220.3; 255, 256, 257, 258, 260 y 261 del Código Tributario; y, 76 numerales 1 y 7 letra i) de la Constitución. En lo principal, la Compañía actora, respecto de la causal Ira., sostiene que no se ha aplicado el Art. 258 (ex 273) del Código Tributario pues, que en cumplimiento del artículo citado presentó la documentación probatoria, pero que la Sala de instancia en sentencia, realiza una errónea interpretación de las normas procesales ya que, se menciona nuevamente la prueba del acto administrativo impugnado, sin tomar en cuenta la presentada ante dicho Tribunal; que éste, al no mencionar dichas pruebas incurre en falta de aplicación de los Arts. 217 y 220.3 del Código Tributario influyendo en la decisión de la causa en perjuicio de la actora; sostiene que ha habido errónea interpretación del Art. 231.4 del Código Tributario, pues en sentencia, el Tribunal de Instancia señala que se demanda al CPA Raúl Villafuerte Burbano, sin haber fungido esa Autoridad como Director Regional del SRI Litoral Sur, existiendo por ello, ilegitimidad de personería de la Autoridad demandada; que existe errónea interpretación del Art. 82 del Código Tributario que trata sobre la presunción del acto administrativo, que las resoluciones impugnadas no gozan de legitimidad como se sostiene en la sentencia, por no encontrarse firmes ni ejecutoriadas; y, que ha habido errónea interpretación del Art. 273 del referido Código Tributario ya que en la sentencia, se hace referencia a que las resoluciones impugnadas son válidas y legítimas, sin considerar la devolución del IVA-EXPORTADORES por los períodos señalados, con lo cual se inobserva también la amplia jurisprudencia existente sobre el tema. Respecto del

punto 3.2 que ha habido aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas procesales en la sentencia emitida, que en la resolución impugnada se transcribe el objeto social de la Empresa actora y los fundamentos de hecho y de derecho, cita para ello normas de la Ley de Régimen Tributario Interno; sin embargo, al momento de dictar sentencia no son aplicados por el Tribunal, no se toman en cuenta las pruebas presentadas oportunamente situación que, han influido en la decisión de la causa en perjuicio del actor, que al no haber sido consideradas las pruebas presentadas de conformidad con los Arts. 257, 258, 260, 261, y 263 del Código Tributario, se violenta el numeral primero del Art. 76 en concordancia con el Art. 169 de la Constitución, ya que no se han dado las garantías básicas que contempla el debido proceso. Respecto del punto 3.3 que existe aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, que presentó impugnaciones a las Resoluciones emitidas por el SRI a nombre de su representada, que los juicios acumulados por el Tribunal Distrital Fiscal No. 2 como lo manda el Art. 255 (ex 270) y 256 (ex 271) del Código Tributario guardan relación entre sí; que la Empresa actora rechaza el informe pericial pues se limita únicamente a repetir lo señalado en el acto administrativo impugnado sin que se aporte o aclare la verdad de los hechos, en tanto que ERSa si probó los que propuso afirmativamente. Que al emitirse la Sentencia, la Segunda Sala del Tribunal juzgador debió examinar los vicios de nulidad de que pudieran adolecer, tanto las resoluciones impugnadas como el procedimiento contencioso, sin que esto se diera, incumpliendo así lo ha dispuesto en el Art. 272 del Código Tributario. Por último, en el punto 3.4 que hace relación a la resolución en la sentencia de lo que no fuera materia del litigio, que encuentra incongruencia en la sentencia, pues dice que en ella se resuelven temas que no fueron materia del litigio, incurriendo en "extra petita" cuando declara sin lugar las demandas acumuladas de impugnación propuestas por el representante legal de ERSa S.A. contra los actos administrativos del Director Regional del Servicio de Rentas Internas del Litoral Sur, produciéndose la consiguiente indefensión.- **TERCERO:** Por su parte el Director Regional del Servicio de Rentas Internas del Litoral Sur, manifiesta que la sentencia emitida por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2 ha sido dictada dando cumplimiento a todos los requisitos obligatorios que deben observarse y que se expresan tanto en el Art. 273 del Código Tributario, como en los Arts. 274, 275, 276 y 280 del Código de Procedimiento Civil; que encuentra que el acto impugnado que motivó este juicio de impugnación con las resoluciones citadas y que dieron lugar a que se trabase la litis, fue emitido en forma correcta y debidamente motivado, que no trastoca de modo alguno el requisito constitucional y legal de la motivación, pues existe una parte considerativa en la cual se explica y hace referencia a los fundamentos de hecho que antecedieron a su emisión y las normas jurídicas que sustentaron la parte resolutoria; en concordancia, la presunción de legitimidad de los actos administrativos tributarios conlleva la obligación de cumplirlos en los términos que determinen los mismos mientras no se desvirtúe su legitimidad, sin que se suponga discrecionalidad en su cumplimiento por los administrados; que al actor correspondía probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la autoridad demandada; en el caso, a pesar de las pruebas

presentadas por la parte actora, ella nunca justificó su pretensión; cita varias sentencias respecto de la carga de la prueba, sobre acciones similares a las presentadas en este proceso, y concluye insistiendo en que en el presente caso no se ha configurado ninguna de las causales establecidas en el Art. 3 de la Ley de la materia sobre las cuales puede fundamentarse un recurso de casación, que, por el contrario, la sentencia cumple con todos los requisitos que exige la Ley.- **CUARTO:** Varios son los cuestionamientos que el recurrente formula en contra de la sentencia impugnada, todos ellos con absoluta falta de oficio en su enunciación, lo que torna difícil discernir cuáles son, en concreto, los vicios de los que presuntamente adolece la sentencia, ya que no los menciona de manera específica, incurriendo en una larga referencia de normas presuntamente vulneradas y en la enumeración de supuestos errores, sin puntualizarlos. Así, respecto a la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación, identificada con el número 2.1., alega falta de aplicación del art. 258 del Código Tributario que establece la obligación del actor de probar los hechos propuestos afirmativamente, para luego señalar que la Sala juzgadora realiza una errónea interpretación de las normas procesales, por no hacer mención a la prueba presentada ante el Tribunal, lo que conduce a preguntar ¿cuál es el yerro, la falta de aplicación o la errónea interpretación?, errores que, tratándose de una misma norma, resultan incompatibles entre sí. Luego, refiere a la falta de aplicación de los arts. 217 y 220 número 3 (debe entenderse que son del Código Tributario) y los enlaza con la supuesta no aceptación de las pruebas presentadas. La causal invocada refiere a que, en este caso, la falta de aplicación de normas de derecho hayan sido determinantes de la parte dispositiva de la sentencia. El recurrente, confunde la argumentación de falta de aplicación de normas de derecho de la causal primera invocada, con la falta de aplicación de normas procesales, prevista en la causal segunda. Estos errores en el cuestionamiento a la sentencia por parte del recurrente, no pueden ser suplidos por el juzgador, ya que tratándose la casación de un recurso excepcional, especialísimo, debe quien lo propone, fundamentarlo adecuada y suficientemente, puesto que el examen a la sentencia por parte de esta Sala debe concretarse al análisis de los errores identificados y alegados, que en este caso resulta imposible hacerlo. Lo mismo ocurre con los cuestionamientos identificados con los números 2.2 causal segunda, 2.3 causal tercera y 2.4 causal cuarta del art. 3 de la Ley de Casación. A modo de ejemplo, respecto de la causal segunda, por una parte, refiere a que la sentencia transcribe el objeto social de la Empresa actora, la transcripción de los fundamentos de hecho y de derecho y que al momento de resolver existe una total falta de aplicación de los artículos transcritos (55.1, 65 y 69 A, hoy 72 de la Ley de Régimen Tributario Interno), "...por cuanto la sentencia carece de motivación y además no se hace una clara exposición sobre los documentos probatorios..." presentados por la actora. La causal segunda del art. 3 de la Ley de Casación refiere a errores en las normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión. En el caso, el recurrente no explica cómo la presunta falta de motivación y la falta de exposición sobre los documentos probatorios, vician de nulidad o haya provocado indefensión, amén de que tampoco los supuestos vicios refieren a normas procesales sino a las pruebas, término para presentarlas, la carga o presunción de validez, por lo que resulta imposible

identificar los errores en la sentencia con base en la causal segunda del art. 3 de la Ley de Casación alegada por el recurrente. Situación similar se presenta con las causales tercera y cuarta de referido artículo, por lo que esta Sala Especializada se encuentra imposibilitada de evacuar los cuestionamientos erróneamente formulados por el recurrente porque atañen al fondo y no a la forma. Un recurso así propuesto no puede prosperar ni puede ser atendido, so pena de resentir la naturaleza misma del recurso de casación.- Por lo expuesto, sin que sea necesario realizar otras consideraciones, la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, desecha el recurso interpuesto. Actúe la Abg. Dolores Proaño Zevallos, como Secretaria Relatora Encargada, por ausencia de la Titular, de conformidad al Art. 64-SCT-CNJ-de 18 de Mayo de 2011.- Notifíquese publíquese y devuélvase.

f.) Dr. José Suing Nagua, Conjuez Permanente.

f.) Dr. Gustavo Durango Vela, Conjuez Permanente.

f.) Dr. Javier Cordero Ordóñez, Conjuez Permanente.

Certifico.

f.) Abg. Dolores Proaño Zevallos, Secretaria Relatora, encargada.

En Quito, a treinta de Septiembre del dos mil once, a partir de las quince horas, notifico mediante boleta la sentencia que antecede al señor. **JAIME FAGGIONI ALZEN, REPRESENTANTE LEGAL DE LA CÍA EL ROSARIO (ERSA) S.A.** en el casillero judicial No. 707 del Dr. Fernando Pinto Vinuesa y al señor **DIRECTOR REGIONAL DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS LITORAL SUR.** en el casillero judicial No. 2424 Dr. Juan Jiménez Guartán.

Certifico.

f.) Ab. Dolores Proaño Zevallos, Secretaria Relatora, encargada.

**RAZÓN:** Las cinco copias que anteceden son iguales a su original constantes en el juicio de IMPUGNACIÓN No. 339-2010 que sigue el SR. JAIME FAGGIONI ALZEN, REP. LEGAL DE LA CÍA EL ROSARIO (ERSA) S.A. en contra del DIRECTOR REGIONAL DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS DEL LITORAL SUR.- Quito, a 26 de Octubre del 2011.

f.) Ab. Dolores Proaño Zevallos, Secretaria Relatora, encargada.

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