



REGISTRO OFICIAL

ÓRGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

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

EDICIÓN ESPECIAL

Año III - Nº 480

**Quito, jueves 28 de
enero del 2016**

Valor: US\$ 1.25 + IVA

ING. HUGO DEL POZO BARREZUETA
DIRECTOR

Quito: Avenida 12 de Octubre
N23-99 y Wilson

Edificio 12 de Octubre
Segundo Piso
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

48 páginas

www.registroficial.gob.ec

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

SUMARIO:

Págs.

FUNCIÓN JUDICIAL Y JUSTICIA INDÍGENA

RESOLUCIONES:

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA:

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO:

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

192-2010 CONELSA Conductores Eléctricos S. A. en contra del Director General del Servicio de Rentas Internas del Litoral Sur	2
203-2010AH Hugo Fernando Estrada Bravo en contra del Director General y Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas	4
206-2010 Productos Alimenticios PROALCO en contra del Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana	5
210-2010 REYBANPAC en contra del Director Regional del Servicio de Rentas Internas Litoral Sur	6
227-2010 Perforadora del Litoral PERLISA S. A. en contra del Director General del Servicio de Rentas Internas	9

SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA:

Recursos de casación de los juicios interpuestos
por las siguientes personas:

100-2012 Señor Nestor Olmedo Poveda Gancino en contra de la señora Hermelinda Chughilan Gancino ...	10
102-2012 Señor Walter Gerardo Valverde Galarza en contra de la señora Erika Cristina Reyes Torres .	11

	Págs.
103-2012 Señor Diego Ormaza Andrade en contra de la señora Bertha Ávila Córdova.	14
104-2012 Señor Richar Acaro Chamba en contra de la señora Rubia Betancourt Ojeda	15
105-2012 Señor Segundo Vicente Chávez Pusay en contra de la señora Luz Célida Chávez Zumba	17
106-2012 Señora Rita Elizabeth Izurieta Meneses en contra del señor Nelson Alfredo Robalino Pérez	18
107-2012 Señora Gloria Cecibel Quimi Donoso en contra del señor Williams Ramiro Ayo Molina	19
111-2012 Señor Pedro Ruiz Correa en contra de la señora Eulalia Vintimilla Zea	22
112-2012 Señora Sara Oviedo Fierro, Secretaria Ejecutiva Nacional del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia en contra de la señora Catalina Pérez Camargo	23
113-2012 Señor Sergio de Jesús Farez en contra de la señora Rosa Elena Valladares Sinchi.	27

PRIMERA SALA DE LO PENAL:

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

13-07 Señor Jhon Jairo Velásquez Chingue en contra del señor Freddy Fernando Fernández Bravo	28
212-2008 Señora Rosa Torres Portilla en contra del señor José Francisco Torres Coello	31
200-2009 Señor Segundo Asitimbay Asitimbay en contra del señor Ranulfo Izurieta Brito ...	33
253-09 Señor Alex Shiguango en contra del señor Polico Jorge Shiguango	34
356-09 Filanbanco en Liquidación en contra del señor Pablo Yumiseva Marín	38
555-2009 Señora Judith Yanchapanta Laguna en contra del señor Juan Rivera Guamán	41
564-2009 Y.T. Señor Stálin Feijo Jaramillo en contra del señor Tarquino Carpio Ortega..	42
670-2009 Y.T. Señor Luis Oña y otro en contra del señor Pedro Gallardo	46

EN EL JUICIO DE IMPUGNACIÓN QUE SIGUE LA EMPRESA CONELSA S.A. contra EL DIRECTOR GENERAL DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS DEL LITORAL SUR.

No. 192-2010

JUEZ PONENTE: Dr. José Suing Nagua.

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

Quito, a 7 de Mayo del 2012.- Las 09H30.

VISTOS: Avocamos conocimiento del presente juicio, conforme la Resolución No. 004-2012 de 25 de Enero de 2012 emitida por el Consejo de la Judicatura, y por la Resolución de conformación de Salas de 30 de enero de 2012, dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia. En lo principal, el Dr. Patricio Salazar Pazmiño, Procurador Fiscal del Servicio de Rentas Internas, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada el 16 de marzo de 2010, por la Segunda Sala del Tribunal Distrital Fiscal No. 1 con sede en la ciudad de Quito, dentro del juicio de Impugnación No. 23937-3607 seguido por la empresa CONELSA Conductores Eléctricos S.A., en contra de la Administración Tributaria. Calificado el recurso, la empresa actora lo contesta el 26 de mayo de 2010. Pedidos los autos para resolver, se considera: **PRIMERO:** La Sala es competente para conocer y resolver el recurso de conformidad con el primer numeral del artículo 184 de la Constitución y artículo 1 de la Codificación de Ley de Casación. **SEGUNDO:** El representante de la Administración Tributaria fundamenta su recurso en las causales primera y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación; considera infringidas las siguientes disposiciones: arts. 31, inciso primero, y 121 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno y sus reformas; art. 20 de la Codificación de la Ley de Régimen Tributario Interno, art. 8 del Reglamento del Comprobante de Venta y Retención y art. 19 de la Ley de Casación; manifiesta que es evidente que la Administración Tributaria no puede arribar a conclusiones unívocas sobre la existencia del gasto, debe aplicar las reglas generales de interpretación, particularmente la interpretación literal y obvia y por ende la aplicación de disposiciones normativas vigentes, que para que el gasto sea reconocido por la Administración Tributaria, debe existir certezas en las conclusiones, sustentando sus costos y gastos con comprobantes de venta autorizados y que éstos cumplan con las normas legales y reglamentarias; que en el caso de no ser así o no presentarlos, dichos desembolsos son considerados como no deducibles; que la declaración presentada por todo contribuyente debe estar respaldada en su contabilidad y ésta, estar sujeta al cumplimiento de las normas que rigen la manera en que debe llevarse la misma; que si no se presentó los comprobantes de compras de bienes y servicios válidos, la administración tributaria no puede considerar, a más de los gastos respaldados de acuerdo con los requisitos exigidos, más gastos deducibles; que el cumplimiento de deberes formales y de las disposiciones del Código Tributario, Ley de Régimen Tributario Interno y los Reglamentos tributarios, son de aplicación obligatoria, tanto para el contribuyente como para la Administración, no

siendo potestativo para el contribuyente cumplir o no con sus obligaciones; que la existencia del gasto no constituye de por sí una garantía para el contribuyente, que en todos los casos está obligado a cumplir con las disposiciones tributarias vigentes, que el reconocimiento del gasto como tal, procede únicamente dentro de procedimientos de determinación tributaria, en los que se pueda verificar sin lugar a dudas, la existencia de la transacción; que la sentencia recurrida infringe los precedentes jurisprudenciales de obligatoria aplicación, relativos al principio de congruencia de las sentencias, propio del derecho procesal. Que la sentencia incurrió en falta de aplicación del art. 258 del Código Tributario, pues relevó a la compañía de la obligación de justificar o señalar que el procedimiento realizado por la administración estuvo erróneo y que no fue directa, concluyendo por parte de la Sala que, la Administración no tuvo información, pese a que el propio acto administrativo impugnado consta que el Servicio de Rentas Internas utilizó información de la propia compañía y que por tanto no debía efectuar una determinación presuntiva, que correspondía a la compañía, ante la negativa de la parte demandada, demostrar que la Administración no tenía información o que el procedimiento de forma legal no era el adecuado; que la Administración realizó una determinación directa en base a las propias declaraciones de la compañía y se fundamentó en la información solicitada a la propia compañía cuando se le realizó los requerimientos de información, que la Administración no ha presumido con meras suposiciones hechos económicos sino que, se fundamentó en informaciones y documentos entregados por la actora; que en la sentencia no se considera los informes periciales en materia contable realizados dentro del juicio, en donde se indican que existen comprobantes que no cumplen con ciertos requisitos y formalidades. **TERCERO:** El representante de la Empresa actora en la contestación al recurso, en lo principal manifiesta que, la sentencia fue dictada en el marco de la más austera y sabia aplicación e interpretación de las normas de derecho relacionadas con la materia principal del litigio; que la empresa al presentar la demanda en contra del SRI lo hizo con el fin de demostrar que todas sus actividades de producción de sus bienes acabados y su comercialización se hallan sujetos a las disposiciones legales y reglamentarias que le rigen, para lo cual sustenta su trabajo en las Normas Ecuatorianas de Contabilidad y en parámetros contables, generalmente aceptados por la administración tributaria; que las actas y las glosas que originaron la demanda y que causaron el conflicto contuvieron una interpretación disparatada tanto desde el punto de vista formal como del punto de vista real de la contabilidad correspondiente al año 2001; que el SRI desconoció y no aceptó todas las facturas por venta de producto terminado, al cambiar el tipo de unidad de medida utilizado por la empresa, para la venta y distribución de sus productos y cuantificar los ingresos reales de la misma mediante un procedimiento presuntivo; que reconociendo que el hecho económico ocurrió, no se lo puede soslayar o dejar a un lado a pretexto de un supuesto incumplimiento de requisitos formales, o en base a una interpretación extensiva de la ley; que la Sala de instancia no encuentra que, ni en la actuación realizada en el SRI ni en las aportaciones que ha cumplido en el juicio, se haya justificado que el sujeto pasivo no haya declarado su impuesto a la renta y menos aunque no lo haya declarado debidamente o que, los documentos y la contabilidad en los que respaldó su

declaración, no sean aceptables por cualquier motivo y peor aún que encontró alguna razón fundamental para dudar de la consistencia que debe existir entre los registros y sus respaldos documentales; que las facturas que respaldan las compras efectuadas por la empresa se encuentran detalladas en rollos de alambre y no en kilogramos como pretende transformarlos el SRI. **CUARTO:** Uno de los cuestionamientos que formula el representante de la Administración Tributaria es la falta de aplicación de normas de derecho, concretamente, el art. 20 de la Codificación de la Ley de Régimen Tributario Interno, arts. 26, número 7 y 31 el Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, así como el art. 8 del Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención. Para verificar si ello ocurre, la Sala Especializada formula las siguientes consideraciones: **4.1.** La glosa impugnada sobre impuesto a la renta del ejercicio 2001 obedece al cálculo utilizado por la Administración Tributaria para convertir los rollos a kilogramos y tomar como referencia los precios de venta final de los conductores tanto de cobre como de aluminio, todo lo cual es analizado en forma pormenorizada en el considerando Quinto del fallo de instancia, por lo que las razones para establecer la glosa por parte de la Administración, no obedecen a la falta de cumplimiento de los requisitos previstos en el Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención, a los que aluden las normas presuntamente no aplicadas que han sido esgrimidas por el recurrente; **4.2.** Es más, la Sala juzgadora ratifica la glosa por US \$ 14.145,84 (considerando 5.2) porque estima que no se ha justificado debida y legalmente los movimientos contables hechos con la utilización de estos instrumentos defectuosos, en definitiva porque las notas de crédito no cumplen con los requisitos previstos para los comprobantes de venta, que son las disposiciones que según el recurrente no fue observado por la Sala juzgadora; **4.3.** Al formular los cuestionamientos en contra de la sentencia el representante de la Administración Tributaria, al amparo de la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación, omite identificar qué glosa explícitamente es a la que, no se ha aplicado las disposiciones que refiere, limitándose a formular declaraciones generales, lo cual resta eficacia al cuestionamiento, habida cuenta que son varias las glosas establecidas, algunas de las cuales son ratificadas por la Sala de instancia. Tales deficiencias impiden atender los cuestionamientos formulados. **QUINTO:** Respecto al cuestionamiento fundado en la causal tercera del art. 3 de la Ley de Casación, el recurrente esgrime argumentos y fallos de esta Sala relacionados con la carga de la prueba, mas no con la valoración de la misma; omite considerar que para que esta causal proceda, es menester identificar la norma de valoración de la prueba que se infringe, el vicio en el que se incurre y la norma de derecho que como consecuencia de lo primero se aplica en forma equivocada o no se haya aplicado. La inobservancia de estos requisitos obligatorios, que no pueden ser subsanados por la Sala, vuelve improcedente el cuestionamiento. Por las consideraciones expuestas, 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 Dra. Carmen Dávila Yépez, como Secretaria Relatora Encargada, por ausencia de la titular, de acuerdo al oficio s/n de 30 de abril de 2012, dirigido por el Dr. José Suing Nagua, Presidente

de la Sala de lo Contencioso Tributario.- Sin costas. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. José Suing Nagua, Juez Nacional, Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, Jueza Nacional y Dr. Gustavo Durango Vela, Conjuez.

Certifico:

f.) Dra. Carmen Dávila Yépez, Secretaria Relatora encargada.

En Quito, a siete de mayo del dos mil doce, a partir de las quince horas, notifico la Sentencia que antecede a la COMPAÑÍA CONELSA CONDUCTORES ELECTRICOS S.A., en el casillero judicial No. 1169 del Dr. Manuel Badillo y otros; y al DIRECTOR GENERAL DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS, en el casillero judicial No. 568; y al PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO en el casillero judicial No. 1200.

Certifico:

f.) Dra. Carmen Dávila Yépez, Secretaria Relatora encargada.

RAZÓN: Las cinco copias que anteceden son iguales a sus originales constantes en el juicio de IMPUGNACIÓN No. 192-2010, seguido por LA EMPRESA CONELSA CONDUCTORES ELECTRICOS S.A., contra EL DIRECTOR GENERAL DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS.- Quito, a 18 de Mayo del 2012.

Certifico:

f.) Dra. Carmen Dávila Yépez, Secretaria Relatora encargada.

EN EL JUICIO DE IMPUGNACIÓN QUE SIGUE HUGO FERNANDO ESTRADA BRAVO, EN CONTRA DEL DIRECTOR GENERAL Y DIRECTOR REGIONAL NORTE DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS.

No. 203-2010AH

JUEZ PONENTE: Gustavo Durango Vela.

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

Quito, a 28 de Junio del 2012. Las 16H20.

Vistos: Atento el desistimiento presentado por el señor HUGO FERNANDO ESTRADA BRAVO, que obra a fs. 17 del expediente, se considera: 1) HUGO FERNANDO ESTRADA BRAVO, con fecha 28 de febrero de 2012, presenta desistimiento de la acción presentada en contra de los DIRECTORES GENERAL Y REGIONAL NORTE DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS. En dicho desistimiento señala que por haber llegado a un arreglo satisfactorio entre las partes litigantes, en forma libre y voluntaria **DESISTE** expresamente de la acción presentada

en contra del DIRECTOR GENERAL DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS y el DIRECTOR REGIONAL NORTE DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS, porque el mismo se encuentra enmarcado dentro de la Constitución y las Leyes de la República; y se compromete a NO iniciar ninguna acción de carácter Civil y/o Penal, que por este motivo pudiera dar lugar en lo posterior en contra de los accionados. 2. Se ha corrido traslado a las Autoridades Tributarias demandadas, los Directores General y Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, quienes no han contestado. 3. El señor Hugo Fernando Estrada Bravo presentó la demanda de impugnación que motivó el presente recurso, por sus propios derechos, y por tanto, está facultado para desistir según lo prevé el inciso segundo del art. 265 del Código Tributario. 3. La diligencia de reconocimiento de firma y rúbrica en el escrito de desistimiento se ha llevado a cabo el 20 de junio de 2012, ante el Dr. Gustavo Durango Vela, Conjuez Ponente en el presente proceso y la Dra. Carmen Elena Dávila Yépez, Secretaria Relatora encargada. 4. El desistimiento de la especie es voluntario, ha sido hecho por persona capaz – quien además ha reconocido su firma y rúbrica-, no es condicional, y se ha presentado antes de dictar autos para sentencia, por lo que se ha cumplido con todos los requisitos previstos en los arts. 265 del Código Tributario y 374 del Código de Procedimiento Civil, norma supletoria aplicable al caso, por lo que se lo acepta, con los efectos previstos en el art. 266 del Código de la materia, y se ordena su devolución al Tribunal de origen, para los fines consiguientes. Con costas. Notifíquese. Devuélvase.

f.) Dr. José Suing Nagua, Juez Nacional, Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, Jueza Nacional y Dr. Gustavo Durango Vela, Conjuez.

Certifico:

f.) Dra. Carmen Dávila Yépez, Secretaria Relatora encargada.

En Quito, a veintinueve de Junio de dos mil doce, a partir de las quince horas notifico mediante boleta el auto que antecede al señor **HUGO FERNANDO ESTRADA BRAVO**, en el casillero judicial No. 2560 del Dr. Franklin Tito Figueroa; a los señores **DIRECTOR GENERAL Y DIRECTOR REGIONAL NORTE DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS**, en el casillero judicial No. 568 del Dr. Fabricio Miguel Batallas Mariño; y al señor **PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO**, en el casillero judicial No. 1200 de la Dra. Martha Escobar Koziel.

Certifico:

f.) Dra. Carmen Dávila Yépez, Secretaria Relatora encargada.

RAZÓN: Las dos copias que anteceden son iguales a su original constante en el juicio de IMPUGNACIÓN No. 203-2010 que sigue HUGO FERNANDO ESTRADA BRAVO, EN CONTRA DEL DIRECTOR GENERAL Y DIRECTOR REGIONAL NORTE DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS.. Quito, a 10 de Julio del 2012.

Certifico:

f.) Dra. Carmen Dávila Yépez, Secretaria Relatora encargada.

**EN EL JUICIO DE IMPUGNACIÓN QUE SIGUE LA
COMPAÑÍA PRODUCTOS ALIMENTICIOS
PROALCO. contra EL GERENTE GENERAL CORP.
ADUANERA ECUATORIANA.**

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

No. 206-2010

JUEZA PONENTE: Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia.

DEMANDADO: GERENTE GENERAL DE LA
CORPORACIÓN ADUANERA ECUATORIANA.

RECURRENTE

ACTORA: Ing. Axel Reich, Representante Legal de Cía.
Productos Alimenticios y Licores PROALCO CÍA. LTDA.

Quito, a 18 de Junio del 2012.- Las 10H30.

VISTOS: La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y pronunciarse sobre el recurso de casación en virtud de lo establecido en el artículo 184, numeral 1 de la Constitución de la República, artículo 185, segundo inciso, numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 1 de la Ley de Casación, la Resolución N° 004-2012 de 25 de enero de 2012 emitida por el Consejo de la Judicatura y la Resolución de 30 de enero de 2012, dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

ANTECEDENTES: 1.1.- La Procuradora Fiscal de la Gerencia General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana (hoy SENA), interpone recurso de casación en contra de la sentencia del 25 de febrero de 2010, 11H48, expedida por la Segunda Sala Temporal del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2 con sede en Guayaquil, dentro del juicio de Impugnación No 565-09, propuesto por el Ing. Miguel Peña Valle, representante legal de la compañía PRODUCTOS ALIMENTICIOS Y LICORES PROALCO CÍA. LTDA. Concedido el recurso, contesta la Actora en forma oportuna el 16 de junio de 2010. **1.2.-** La recurrente se fundamenta en las causales 1° y 3° del Art. 3 de la Ley de Casación y alega que al expedirse la sentencia impugnada se han infringido las siguientes normas de derecho: falta de aplicación de los artículos 68 del Código Tributario, 44 y 53 de la Ley Orgánica de Aduanas, 7 y 10 del Régimen General de Origen de la ALADI –Texto Consolidado y ordenado-, aprobado por la Resolución 252 del Comité de Representantes, 115 y 117 del Código de Procedimiento Civil y falta de aplicación de las Normas de la Decisión 416 de la CAN. Fundamenta su recurso expresando que el punto de controversia radica en la falta de presentación física del certificado de origen entre los documentos anexos a la declaración aduanera DUI No. 1380071, Refrendo No. 028-01-10070370-6 por parte de la importadora compañía Productos Alimenticios y Licores PROALCO CÍA. LTDA. Además alega que, la sentencia recurrida yerra al considerar que los productos amparados en la declaración aduanera DUI No. 1380071, Refrendo No. 028-01-10070370-6 gozan de preferencias arancelarias, por el simple hecho de que en la factura comercial y el certificado de verificación constan que las mercancías tienen nacionalidad chilena; y, siendo así se añade que no tendría razón la existencia de las

Normas del Régimen General del Origen de la ALADI. Que su representada impugnó, tachó y rechazó en su legitimidad todas y cada una de las pruebas presentadas por el actor, incluido el certificado de origen. **1.3.-** La Actora al contestar el traslado del recurso, manifiesta: a) Que su representada al realizar la importación adjuntó los requisitos de forma y de fondo determinados en el Art. 44 de la Ley Orgánica de Aduanas; b) Que la propia Administración Aduanera confirmó dentro del proceso de impugnación, que la misma Aduana aceptó la documentación al momento de desaduanizar la mercadería reconociendo que se había cumplido con el Art. 44 de la Ley Orgánica de Aduanas; c) Que si no se hubiera presentado el certificado de origen al momento de la nacionalización de las mercaderías, la Administración Aduanera debió aplicar la Decisión 293 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, sección B del capítulo II artículo 13; d) Que su representada dentro de la etapa probatoria presentó el certificado de origen de 19 de noviembre del 2001; que dentro del reclamo administrativo también consta copia certificada del mencionado documento, con lo que se demuestra que el certificado fue presentado oportunamente y la exención arancelaria fue correctamente aplicada; y, e) Que no existe duda del origen de la mercadería puesto que el certificado y todos los documentos acompañantes a la declaración aduanera demuestran que tiene procedencia chilena y que la Aduana en ningún momento ha cuestionado la legitimidad de los mismos y que se debe respetar la preferencia arancelaria otorgada. Pedidos los autos, para resolver se considera: **II.- ARGUMENTOS QUE CONSIDERA LA SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA: 2.1.- Validez:** En la tramitación de este recurso extraordinario de casación, se han observado las solemnidades inherentes a esta clase de impugnaciones, y no existe nulidad alguna que declarar. **2.2.- Determinación del problema jurídico a resolver:** La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia examinará si la sentencia sujeta al análisis casacional por el recurrente, tiene sustento legal y para ello es necesario determinar cuál es el fundamento que se plantea dentro del recurso: **a)** ¿La sentencia del Tribunal A quo, incurre en las causales las causales 1° y 3° del Art. 3 de la Ley de Casación, y si al expedirse la sentencia impugnada se han infringido las siguientes normas de derecho: arts. 68 del Código Tributario, 44 y 53 de la Ley Orgánica de Aduanas, 7 y 10 del Régimen General de Origen de la ALADI –Texto Consolidado y ordenado-, aprobado por la Resolución 252 del Comité de Representantes, 115 y 117 del Código de Procedimiento Civil y falta de aplicación de las Normas de la Decisión 416 de la CAN. Existe falta de presentación física del certificado de origen entre los documentos que debía adjuntarse a la declaración aduanera DUI No. 1380071, Refrendo No. 028-01-10070370-6 por parte de la compañía Productos Alimenticios y Licores PROALCO CÍA. LTDA.; y si al considerar que los productos amparados en la declaración aduanera DUI No. 1380071, Refrendo No. 028-01-10070370-6 gozan de preferencias arancelarias, por el simple hecho de que en la factura comercial y el certificado de verificación constan que, las mercancías tienen nacionalidad chilena; se inaplica las Normas del Régimen General del Origen de la ALADI. Por lo que se cuestiona en fin, qué efecto produce la no presentación del certificado de origen por parte del importador al momento de la

declaración aduanera? **III.- MOTIVACIÓN Y RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO: 3.1.-** En primer lugar, hay que señalar que la casación es un recurso extraordinario que tiene como objetivo la correcta aplicación e interpretación de las normas de derecho sustanciales como procesales dentro de la sentencia del inferior, teniendo como impedimento la revalorización de la prueba, criterio que ha sido puesto de manifiesto por varios fallos de la Sala. **3.2.-** El punto principal a dilucidar en el presente caso es el referente a la problemática planteada, esta Sala considera que: a) Analizada la sentencia, la Sala observa que no existe falta de aplicación de los artículos 68 del Código Tributario, 44 y 53 de la Ley Orgánica de Aduanas, ni séptimo ni décimo del Texto Consolidado del Régimen General de Origen de la ALADI, pues la falta de documentos como el certificado de origen al momento de la declaración aduanera, no convierte en debido el pago realizado por un tributo sobre el que existe expreso reconocimiento de exoneración del cien por ciento; aseveración que encuentra su asidero en que, el ejercicio de la facultad determinadora de la Autoridad Aduanera prevista en el art. 53 de la Ley Orgánica de Aduanas procede siempre que, existan errores en la liquidación y no en la falta de documentos o de los requisitos de éstos; criterio que ya ha sido vertido por la Sala y por tanto, no se advierte la existencia de falta de aplicación de las normas de la Decisión 416 de la CAN; por tanto, la presentación del certificado de origen tiene relación con documentos que se deben adjuntar a la declaración de importación, la falta de presentación produce que la autoridad aduanera del país importador otorgue un plazo de quince días calendario a partir de la fecha de despacho a consumo o levante de la mercancía, para la debida presentación de dicho documento; vencido el plazo, se harán efectivas las garantías o se cobrarán los gravámenes correspondientes; b) En cuanto a la alegación que hace el recurrente referente a la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, esto es, la falta de aplicación de los artículos 115 y 117 del Código de Procedimiento Civil, al respecto cabe señalar, que esta causal no se encuentra debidamente configurada, pues únicamente menciona normas procesales pero no determina con claridad cuáles fueron las normas de derecho que se dejaron de aplicar o que se aplicaron equivocadamente por la falta de aplicación de los mencionados artículos, lo cual torna inviable su análisis y decisión. Así la Ley de Casación en su Art. 6 dispone que: *“en el escrito de interposición del recurso de casación deberá constar en forma obligatoria lo siguiente: ... 2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido”*. **IV.- DECISIÓN:** Por las consideraciones expuestas, la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA**, expide la siguiente: **SENTENCIA. 1.-** Desecha el recurso de casación interpuesto. Actúe como Secretaria Relatora Encargada la Dra. Carmen Elena Dávila Yépez, de conformidad al Oficio de 30 de abril de 2012 y oficio No. 40-2012-PSCT-CNJ de 21 de mayo de 2012. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. José Suing Nagua, Juez Nacional, Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, Jueza Nacional y Dr. Gustavo Durango Vela, Juez Nacional.

Certifico:

f.) Dra. Carmen Dávila Yépez, Secretaria Relatora encargada.

En Quito, a dieciocho de junio del dos mil doce, a partir de las quince horas, notifico la Sentencia que antecede a la COMPAÑÍA PRODUCTOS ALIMENTICIOS Y LICORES PROALCO CIA LTDA., en el casillero judicial No. 2645 de los Dres. Armando Serrano y Marcela Rodríguez; y al GERENTE GENERAL DE LA CORPORACION ADUANERA ECUATORIANA, en el casillero judicial No. 1346 de los Dres. Gerardo Vallejo y Dora Vega.

Certifico:

f.) Dra. Carmen Dávila Yépez, Secretaria Relatora encargada.

RAZÓN: Las cuatro copias que anteceden son iguales a sus originales constantes en el juicio de IMPUGNACIÓN No. 206-2010, seguido por LA COMPAÑÍA PRODUCTOS ALIMENTICIOS Y LICORES PROALCO., contra EL GERENTE GENERAL DE LA CORPORACION ADUANERA ECUATORIANA.- Quito, a 2 de Julio del 2012.

Certifico:

f.) Dra. Carmen Dávila Yépez, Secretaria Relatora encargada.

EN EL JUICIO DE IMPUGNACIÓN QUE SIGUE LA COMPAÑÍA REYBANPAC. contra EL DIRECTOR REGIONAL DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS LITORAL SUR.

No. 210-2010

JUEZ PONENTE: Dr. José Suing Nagua.

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

Quito, a 17 de Mayo del 2012.- Las 10H30.

VISTOS: Avocamos conocimiento del presente juicio, con forme la Resolución No. 004-2012 de 25 de enero de 2012 emitida por el Consejo de la Judicatura; y por la Resolución de conformación de Salas de 30 de enero de 2012, dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia. En lo principal, el economista Elvis Raúl Rovayo Nieto, Director Regional Encargado del Servicio de Rentas Internas del Litoral Sur, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada el 8 de marzo de 2010 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. 1001-09 (7716-5128-09) seguido por la compañía Rey Banano del Pacífico, REYBANPAC S.A. Esta Sala califica el recurso y 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 del Servicio de Rentas Internas fundamenta el recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación; considera que existe falta de aplicación de los artículos 57 y 72 de la Ley de Régimen Tributario Interno y 13 del Código Orgánico Tributario, así como falta de aplicación de los precedentes jurisprudenciales establecidos por la Ex Corte Suprema de Justicia en los fallos 180-2003, 67-2003 y 144-2004. Manifiesta que la sentencia de instancia declara con lugar la demanda de impugnación interpuesta por la Empresa actora y declara la invalidez de las Resoluciones 109012008RDEV002544, 109012008RDEV002569, 109012008RDEV002625, 109012008RDEV002764, 109012008RDEV002687 y 109012008RDEV003022, emitidas por el Director Regional del SRI, ordenando que la Administración Tributaria emita la correspondiente nota de crédito por la cantidad de US\$ 746,084.11 por los valores del IVA pagado, más los respectivos intereses, sin considerar lo prescrito en los referidos artículos 57 y 72 de la Ley de Régimen Tributario Interno, que rigen la devolución del IVA y el derecho al crédito tributario. Señala que la ley es clara en cuanto a su contenido, por lo que no cabe desatender su tenor literal, pues el legislador ha sido contundente al limitar el derecho a devolución por concepto de IVA pagado a la fabricación de bienes, por lo que mal podría acudirse a su espíritu para ampliar el alcance de la norma; que puede colegirse que el rubro por el que los exportadores pueden solicitar la devolución del IVA es el correspondiente al “*Impuesto al valor agregado en las adquisiciones locales o importaciones de bienes empleados en la fabricación de bienes que se exporten*” y no a la devolución en la adquisición de servicios, puesto que la ley no contempla dicha situación. Cita los fallos que cree pertinentes alegando que al no ser considerados, se incumple lo establecido en el segundo inciso del artículo 19 de la Ley de Casación.- **TERCERO:** La sentencia recurrida acepta la demanda de impugnación propuesta por la Compañía REYBANPAC, Rey Banano del Pacifico C.A., “...*declara la invalidez de las Resoluciones No. 109012008RDEV002544, 109012008RDEV002569, 109012008RDEV002625, 109012008RDEV002764, 109012008RDEV002687 y 109012008RDEV003022 emitidas por el Director Regional del Servicio de Rentas Internas Litoral Sur, y ordena que la Administración Tributaria demandada emita la correspondiente Nota de Crédito por la cantidad de US\$ 746.084,11...*”. **CUARTO:** La impugnación que el representante de la Administración formula en contra de la sentencia está relacionada con la presunta falta de aplicación de los arts. 72 y 57 de la Ley de Régimen Tributario Interno. Para resolver, la Sala Especializada formula las siguientes consideraciones: **4.1.** El contribuyente, con los argumentos que obran de la demanda, solicita la devolución de la totalidad del IVA pagado correspondiente a los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio y agosto de 2007, no reconocidos por la Administración Tributaria en las Resoluciones que impugna, emitidas por el Director Regional del Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas; **4.2.** Analizada la sentencia cuestionada, se observa que las razones en las que la Sala juzgadora fundamenta su fallo constan en el considerando Cuarto, puesto que los argumentos que constan en los otros considerandos hacen referencia, de modo general, a la validez del proceso y carga de la prueba (Tercero) y a la

motivación del fallo (Quinto), con referencias a las normas que regulan cada aspecto, pero sin una aplicación específica al caso que juzgan; el contenido del considerando Cuarto gravita en torno al contenido de la Resolución No. 588 del Director General del Servicio de Rentas Internas, que determina que no se incorpore el IVA pagado por el proveedor en sus propias adquisiciones y en consecuencia no se exporte el impuesto, que esta Sala Especializada considera inaplicable a los temas que se discuten y que dicen relación a la pertinencia o no de la aceptación de los comprobantes que respaldan los pedidos de devolución de IVA y las razones de rechazo esgrimidas por la Administración. **4.3.** Las Resoluciones impugnadas contienen dos conceptos en los que agrupa comprobantes que no acepta, a saber: 8.1. **COMPROBANTES DE COMPRAS CON IVA, NO CONSIDERADOS EN LA LIQUIDACION;** los criterios por los que no los incluye son: NCP No costo de producción y/o gastos de comercialización; A. F. Activos fijos presentados y no depreciados; y, S Servicios no considerados; y, 8.2. **COMPROBANTES DE COMPRA CON IVA, RECHAZADOS;** las razones por las que la Administración rechaza los comprobantes de compra con IVA son: 116 Comprobante de venta ilegible; 182 Comprobante de venta fuera del período de validez (autorización de imprenta caducada); 218 Comprobante de venta sin fecha de emisión; 242 Comprobante de venta mal informado en anexo o ficha técnica; 469 Comprobante de venta con fecha anterior al período solicitado; y, 479 Comprobante de venta sin número de impresión o autorización de impresión incorrecta, todo lo cual se desprende de las resoluciones impugnadas; de lo expuesto se determina que las mismas especifican las razones y fundamentos por los que los comprobantes con IVA no son considerados en la liquidación, por lo que correspondía a la Empresa actora demostrar en el proceso la pertinencia de los justificativos rechazados por la Administración Tributaria; nada de esto es considerado por la Sala de instancia en su sentencia; **4.4.** En lo que tiene que ver con la pertinencia o no de la devolución del IVA, debe observarse lo que establece el Art. 72 de la LRTI, que en la parte que interesa al caso, a la letra dice: “*Las personas naturales y las sociedades que hubiesen pagado el impuesto al valor agregado en las adquisiciones locales o importaciones de bienes, empleados en la fabricación de bienes que se exporten, tienen derecho a que ese impuesto les sea reintegrado, sin intereses, en un tiempo no mayor a noventa (90) días, a través de la emisión de la respectiva nota de crédito, cheque u otro medio de pago...*” (el subrayado es de la Sala). **4.5.** Del contenido de las Resoluciones impugnadas, en el número 8.1., se desprende que los comprobantes de venta no considerados son porque no constituyen gastos relacionados con la fabricación de bienes que se exporten, lo cual no ha sido desvirtuado por la Empresa actora en el proceso, pues no consta que haya demostrado que los comprobantes no aceptados, correspondan a adquisiciones locales o importaciones de bienes empleados en la fabricación de bienes que se exporten, cual es la exigencia de la norma, que no ha sido aplicada por la Sala juzgadora; **4.6.** En lo que tiene que ver con los rubros identificados con el número 8.2. de las Resoluciones en referencia, consta que las causas de rechazo son “*Comprobante de venta ilegible*”, “*Comprobante de venta fuera del periodo de validez (autorización de imprenta caducada)*”, “*Comprobante de venta sin fecha de emisión*”, “*Comprobante de venta mal*

informado en anexo o ficha técnica”, “*Comprobante de venta con fecha anterior al período solicitado*” y, “*Comprobante de venta sin número de impresión o autorización de impresión incorrecta*”, de los cuales, únicamente los que están identificados como “*comprobante de venta mal informado en anexo o ficha técnica*”, esta Sala no considera razón suficiente para rechazarlos, ya que, *contrario sensu*, la Administración no cuestiona la validez de los comprobantes. De los demás, es pertinente su rechazo en tanto no cumplen con los requisitos contenidos en el Reglamento de Facturación y en el Reglamento de Comprobantes de Venta. Por lo expuesto, 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 recurrida y declara la validez parcial de las resoluciones impugnadas, en los términos consignados en el considerando Cuarto de este fallo. Actúe la Dra. Carmen Dávila Yépez, como Secretaria Relatora Encargada, por ausencia de la titular, de conformidad con el Oficio s/n de 30 de abril de 2012, dirigido por el Dr. José Suing Nagua, Presidente de la Sala de lo Contencioso Tributario.- Sin Costas.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. José Suing Nagua, Juez Nacional, Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, Jueza Nacional y Dr. Gustavo Durango Vela, Conjuez.

Certifico:

f.) Dra. Carmen Dávila Yépez, Secretaria Relatora encargada.

En Quito, a diecisiete de mayo del dos mil doce, a partir de las quince horas, notifico la Sentencia que antecede a la COMPAÑÍA REYBANPAC, REY BANANO DEL PACIFICO C.A., en el casillero judicial No. 2645 de la Dra. Marcela Rodríguez y otros; y al DIRECTOR REGIONAL DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS LITORAL SUR, en los casilleros judiciales No. 2424 y 568 de la Dra. Nidia Medranda Cevallos.

Certifico.- Dra. Carmen Elena Dávila Yépez. Secretaria Relatora (e).

210-2010 / AMPLIACIÓN

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

Quito, a 11 de Junio del 2012.- Las 11H00.

VISTOS: El Ab. LEONARDO VITERI ANDRADE, por los derechos que representa de la compañía REYBANPAC, REY BANANO DE PACIFICO C.A., mediante escrito de 22 de mayo de 2012, solicita ampliación de la sentencia dictada por esta Sala el 17 de mayo del mismo año, dentro del recurso de casación 210-2010, por considerar que a su criterio sobre el rubro que la sentencia reconoce un crédito a favor de su representada, no menciona si cabe intereses o no tal como fuera solicitado; además pide ampliar la sentencia en aquellos criterios que no están vinculados con la “aceptación de los comprobantes que respaldan los pedidos de devolución de IVA y las razones de rechazo esgrimidos por la administración”, que el tribunal de instancia se pronunció sobre la materia, reconociendo la aplicación del

art. 57 de la Ley de Régimen Tributario Interno, que es la única norma que reconoce el derecho a favor del fabricante que a su vez exporta, tema que considera no ha merecido pronunciamiento alguno en la sentencia, que al aplicarse el art. 72 excluye totalmente su tratamiento. El Art. 274 del Código Tributario, norma aplicable a la aclaración y ampliación en materia contencioso-tributaria, establece que la ampliación, que es lo peticionado por la empresa actora, procede cuando se hubiere omitido resolver sobre algún punto de la litis o sobre multas, intereses o costas. En el presente caso, al no constar en forma expresa en la parte resolutive de la sentencia, se amplía la misma señalando que los valores rechazados por la Administración que se aceptan, identificados con el número 8.2 bajo la denominación “comprobante de venta mal informado en anexo o ficha técnica” en las resoluciones impugnadas, deberán ser devueltos con intereses de conformidad con lo previsto en el art. 22 del Código Tributario y art. 72 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno. En lo que tiene que ver con el reconocimiento de la aplicación del art. 57 de la Ley de Régimen Tributario Interno, que según el actor, es la única norma que reconoce el derecho a favor del fabricante que a su vez exporta, esta Sala considera que aquello no es parte del tema que se cuestiona a la sentencia, por lo que se considera que no es procedente la ampliación solicitada. En los términos expuestos esta Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, atiende el pedido de ampliación solicitado y ordena la devolución del proceso al Tribunal de origen para los fines consiguientes. Actúe la Dra. Carmen Dávila Yépez, en calidad de Secretaria Relatora encargada, por comisión de servicios de la titular, conforme oficio No. 40-SCT-CNJ, fecha 21 de mayo de 2012 Notifíquese y devuélvase.

f.) Dr. José Suing Nagua, Juez Nacional, Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, Jueza Nacional y Dr. Gustavo Durango Vela, Conjuez.

Certifico:

f.) Dra. Carmen Dávila Yépez, Secretaria Relatora encargada.

En Quito, a once de junio del dos mil doce, a partir de las quince horas, notifico la Providencia que antecede a la COMPAÑÍA REYBANPAC, REY BANANO DE PACIFICO C.A., en el casillero judicial No. 2645 de la Dra. Marcela Rodríguez y otros; y al DIRECTOR REGIONAL DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS LITORAL SUR, en los casilleros judiciales No. 2424 y 568 de la Dra. Nidia Medranda Cevallos.

Certifico:

f.) Dra. Carmen Dávila Yépez, Secretaria Relatora encargada.

RAZÓN: Las seis copias que anteceden son iguales a sus originales constantes en el juicio de IMPUGNACIÓN No. 210-2010, seguido por LA COMPAÑÍA REYBANPAC, REY BANANO DE PACIFICO C.A., contra EL DIRECTOR REGIONAL DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS LITORAL SUR.- Quito, a 2 de Julio del 2012.

Certifico:

f.) Dra. Carmen Dávila Yépez, Secretaria Relatora encargada.

EN EL JUICIO DE IMPUGNACIÓN QUE SIGUE EL AB. THOMAS PELLEHN DEY, REPRESENTANTE LEGAL DE LA COMPAÑÍA PERFORADORA DEL LITORAL PERLISA S.A., EN CONTRA DEL DIRECTOR GENERAL DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS.

No. 227-2010

JUEZ PONENTE: Dr. Gustavo Durango Vela.

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

Quito, a 7 de Mayo del 2012. Las 16H00.

VISTOS:- Avocamos conocimiento del presente juicio, conforme la Resolución No. 004-2012 de 25 de Enero de 2012 emitida por el Consejo de la Judicatura; y por la Resolución de conformación de Salas de 30 de enero de 2012, dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia. En lo principal, mediante sentencia dictada el 23 de abril del 2010, la Cuarta Sala Temporal del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2 con sede en Guayaquil, declara con lugar la demanda presentada por el señor Lcdo. Thomas Pellehn Drey, en su calidad de Vicepresidente Ejecutivo y como tal representante legal de la compañía PERFORADORA DEL LITORAL S.A. (PERLISA), y declara la invalidez jurídica de la Resolución N° 5355 del 25 de noviembre del 1996 emitida por la Dirección General de Rentas y por ende la Resolución N° 004299 del 16 de mayo de ese mismo año.- Dentro del término concedido en el art. 5 de la Ley de Casación, el Econ. Carlos Marx Carrasco, Director General del Servicio de Rentas Internas, presenta recurso de casación, el que ha sido aceptado por la Sala Juzgadora en auto de 17 de mayo del 2010, en tales circunstancias esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia ha confirmado tal aceptación, aceptado a trámite en auto de 5 de julio del 2010 y se ha corrido traslado a la Empresa actora, para que se pronuncie conforme lo señala el art. 13 de la Ley de la materia, sin que lo haya hecho ni ha señalado casillero donde recibir sus notificaciones.- Concluida la tramitación de la causa y siendo su estado el de dictar sentencia para hacerlo se considera: **PRIMERO:-** Esta Sala es competente para conocer del presente recurso, en virtud de lo dispuesto en el numeral 1 del art. 184 de la Constitución de la República vigente en concordancia con el art. 1 de la Ley de Casación y numeral 1 del Art. 185 del Código Orgánico de la Función Judicial. **SEGUNDO:-** El Director General del Servicio de Rentas Internas, fundamenta su recurso en la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación, sostiene que la Cuarta Sala Temporal del Tribunal Distrital No. 2 en la sentencia ha incurrido en “errónea interpretación” del numeral 10 del art. 54 de la Ley de Régimen Tributario Interno, vigente a la época de la importación.- En síntesis manifiesta que, la declaración de importación N° 01811574, amparó la importación de bienes de “uso múltiple”, como tolvas, compresores, ventiladores, succionadores, etc. que sirven a un proceso de tratamiento del arroz que no constituyen de modo alguno una actividad agrícola, sino industrial, la que no se halla contemplado en la referida norma de la Ley de Régimen Tributario Interno, que grava “tarifa cero” a tales importaciones; en conclusión, estima que la resolución impugnada se halla debidamente fundamentada y por ello

solicita a la Sala Especializada de lo Corte Nacional de Justicia, case la sentencia dictada y ratifique en sentencia las resolución 05355 de 25 de noviembre de 1996. **TERCERO:-** El Tribunal A-quo ha declarado la invalidez jurídica de la últimamente mencionada Resolución, emitida por el Director General de Rentas, fundamentada en que la Empresa actora ha adjuntado la autorización previa para importación N° 966329 del Banco Central del Ecuador y certificada por la Subsecretaría de Agricultura y Ganadería del Litoral Sur, en que se establece que “el producto descrito si es de uso agropecuario”, y por tanto sometidos a “tarifa cero”, conforme al numeral 10 del Art. 54 de la Ley de Régimen Tributario Interno, además hace hincapié en la Resolución N° 4676 de 23 de abril de 1997 del Subdirector General Técnico de Reclamaciones de la Dirección General de Rentas en que resuelve gravar con “tarifa cero” la importación de máquina y partes para el tratamiento de arroz. **CUARTO:-** Planteada así la controversia, y siendo el recurso de casación una verdadera impugnación a la validez jurídica de la sentencia, conforme lo sostiene la doctrina y los Arts. 1 y 2 de la Ley de Casación, para resolver, esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, hace las siguientes consideraciones: **1.)** El numeral 10 del Art. 54 de la Ley de Régimen Tributario Interno, vigente a la época de la importación, y agregado por el literal a del Art. 25 de la Ley 72 publicado en el Registro Oficial N° 441 del 21 de mayo de 1990, textualmente dice: “Transferencias e importaciones con tarifa cero.- Tendrán tarifa cero las transferencias e importaciones de los siguientes bienes:... 10.-... Maquinaria, equipos, implementos y herramientas de uso agrícola y pecuario, así como llantas y repuestos para maquinaria agrícola;” **2.)** Siendo la producción agrícola, de esencial y primordial preocupación del Estado en general, es evidente que el legislador pretende con este tipo de normativa, no sólo exonerar la transferencia y la importación de productos que directamente se usan en ella, sino también de maquinaria e insumos que van a propender a una masificación en la producción de alimentos con el ánimo de favorecer a la población de menores recursos, más en el caso del arroz que indudablemente es el primer producto de consumo en el Ecuador; **3.)** Del Documento Único de Importación N° 0181572 (fs. 3 de los autos) se desprende en la descripción arancelaria que se trata de “máquinas para el tratamiento de arroz” y “motores y generadores eléctricos”, ésta última podría dar lugar a dudas, pero quedan saldadas cuando la Subsecretaría de Agricultura y Ganadería mediante Autorización previa a la importación certifica, que todas son partes para tratamiento de arroz (fs. 2), y más todavía cuando en Resolución N° 4676 de 23 de abril de 1997 del Subdirector General Técnico de Reclamaciones de la Dirección General de Rentas, ratificada en Resolución N° 4674 de la misma fecha, en importaciones similares (fs. 23 y 24) certifican la “tarifa cero de IVA”; **4.)** Ha sido criterio reiterativo de esta Sala Especializada, que los diferentes organismos y entidades del Estado, deben guardar armonía y coherencia en sus decisiones, aunque sus competencias sean diferentes, porque no cabe que para un mismo hecho o acto, se den tratamientos distintos, pues ello rompe el principio de igualdad y equidad consagrado en las diferentes Constituciones de la República la de 1979, la siguiente de 1998 y la vigente del 2008. Consideraciones sobre cuya base la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA**

CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, considerando que la Sala Juzgadora ha aplicado correctamente el numeral 10 del Art. 54 de la Ley de Régimen Tributario Interno, rechaza el recurso de casación interpuesto por el Director General del Servicio de Rentas Internas.- Sin costas. Actúe la Dra. Carmen Dávila Yépez, como Secretaria Relatora Encargada, por ausencia de la titular, de acuerdo al oficio s/n de 30 de Abril de 2012, dirigido por el Dr. José Suing Nagua, Presidente de la Sala de lo Contencioso Tributario.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. José Suing Nagua, Juez Nacional, Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, Jueza Nacional y Dr. Gustavo Durango Vela, Conjuez.

Certifico:

f.) Dra. Carmen Dávila Yépez, Secretaria Relatora encargada.

Quito, a ocho de Mayo de dos mil doce, a partir de las quince horas notifico mediante boleta la sentencia que antecede al señor **DIRECTOR GENERAL DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS**, en los casilleros judiciales Nros. 568 y 2424 de la Ab. Paola Álvarez Narea. No se notifica al **AB THOMAS PELLEHN DEY, REPRESENTANTE LEGAL DE LA COMPAÑÍA PERFORADORA DEL LITORAL PERLISA S.A.** por no haber señalado casillero judicial en esta ciudad de Quito para el efecto.

Certifico:

f.) Dra. Carmen Dávila Yépez, Secretaria Relatora encargada.

RAZÓN: Las cuatro copias que anteceden son iguales a su original constante en el juicio de IMPUGNACIÓN No. 227-2010 que sigue el **AB THOMAS PELLEHN DEY, REPRESENTANTE LEGAL DE LA COMPAÑÍA PERFORADORA DEL LITORAL PERLISA S.A.**, en contra del **DIRECTOR GENERAL DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS**. Quito, a 5 de junio del 2012.

Certifico:

f.) Dra. Carmen Dávila Yépez, Secretaria Relatora encargada.

No. 100-2012

ACTOR: Néstor Poveda Gancino.
DEMANDADA: Hermelinda Chugchilán Gancino.
JUICIO No. : 77-2012 JBP.
JUEZ PONENTE: Dr. Eduardo Bermúdez Coronel.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Quito, a 02 de mayo de 2012, las 08h30.

VISTOS: (JUICIO No. 77-2012 JBP) 1.
COMPETENCIA: En virtud de que los Jueces y Jueza

Nacionales que suscribimos hemos sido debidamente designados y posesionados por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 004-2012 de 25 de enero de 2012 y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución de 30 de enero de 2012, nos designó para integrar esta Sala Especializada, y conforme el acta de sorteo que obra del expediente de casación, somos competentes y avocamos conocimiento de esta causa, conforme el Art. 184.1 de la Constitución de la República, Art. 189.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y Art. 1 de la Ley de Casación. **2. ANTECEDENTES:** Conoce la Sala este proceso en mérito del recurso de casación que oportunamente interpone la demandada Hermelinda Chugchilán Gancino contra la sentencia proferida por la Primera Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 8 de marzo de 2010, las 09h47, misma que confirma la sentencia subida en grado dictada por el señor Juez Cuarto de lo Civil de Pichincha el 07 de abril del 2009, las 16H43, que acepta la demanda de divorcio propuesta por Néstor Olmedo Poveda Gancino contra la ahora recurrente **3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** La casacionista afirma que en la sentencia impugnada se ha infringido el Art. 124 inciso tercero del Código Civil. La causal en la que sustenta el recurso es la primera del Art. 3 de la Ley de Casación. Respecto de la causal primera, señala por "falta de aplicación". Fijados así los términos objeto del recurso, queda determinado el ámbito de análisis y decisión de este Tribunal de Casación, en mérito del principio dispositivo consagrado en el Art. 168.6 de la Constitución de la República del Ecuador y normado por el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial. **4. CONSIDERACIONES RESPECTO DEL RECURSO DE CASACIÓN:** **4.1.** La casación es un medio de impugnación extraordinario y supremo cuyo objetivo fundamental es atacar la sentencia para invalidarla o anularla por los vicios de fondo y forma de los que puede adolecer, proceso que se verifica a través de un cotejamiento riguroso y técnico de la sentencia con el ordenamiento jurídico vigente, para encontrar la procedencia o no de las causales invocadas, actividad jurisdiccional confiada al más alto Tribunal de Justicia ordinaria que, en el ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad, lo que busca es garantizar la defensa del derecho objetivo en bien de la seguridad jurídica, pilar fundamental en el que se sustenta el Estado constitucional de derechos y justicia, la igualdad de los ciudadanos ante la ley y la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración, que coadyuvan el desarrollo progresivo de los derechos, acorde con los fines y principios que animan y orientan la administración de justicia. **4.2.** En el proceso de casación, las normas de derecho sustancial o procesal que pretende el casacionista han sido transgredidas en el fallo impugnado son los fundamentos de hecho o cargos, las causales contempladas en la Ley de Casación son los fundamentos de derecho, por lo que se debe explicar la pertinencia de la aplicación de esas causales con las invocadas por el recurrente al hecho de la transgresión de las normas de derecho que se han dado en el fallo. **5. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LA IMPUGNACIÓN PRESENTADA:** **5.1.** La recurrente sustenta el cargo que denuncia con fundamento en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, diciendo que en el

fallo impugnado se ha incurrido en “falta de aplicación del Art. 124 inciso 3ro del Código Civil, ya que el actor en su demanda dice ‘Es el caso Señor Juez que desde hace aproximadamente unos cinco años, mi cónyuge Hermelinda Chugchilan Gancino, viene haciéndome víctima de continuas y permanentes injurias, amenazas graves y una actitud hostil, que demuestran claramente una total falta de armonía de las dos voluntades de la vida conyugal, y es así como el día seis de octubre del año dos mil cuatro a las once horas, fui injuriado...’.- Este juicio se lo presenta en la oficina de sorteos y casilleros judiciales de la Función Judicial el 29 de Marzo del 2006, a las 15H50 minutos, es decir para esta fecha ya se encontraba prescrita la acción de divorcio por la causal tercera del Art. 110 del Código Civil.- A la demandada Hermelinda Chugchilan Gancino se le cita con el contenido de la demanda, con la tercera boleta en forma personal el día 5 de noviembre del 2008, para esta fecha ya habían pasado 4 años y un mes desde que supuestamente la demandada había cometido la injuria, contraviniendo una vez mas el Art. 124 del Código Civil ya que la acción de divorcio se encontraba prescrita.”(sic). **5.2.** El Art. 124 del Código Civil dispone: “La acción de divorcio prescribe en el plazo de un año contado: por las causales puntualizadas en los numerales 1, 5 y 7 del artículo 110, desde que el cónyuge perjudicado tuvo conocimiento de la causa de que se trate.- Por la del numeral 2, desde que se realizó el hecho.- Por las de los numerales 3, 4, 8 y 9, desde que cesó el hecho constitutivo de la causa; y por las de los numerales 6 y 10, desde que se ejecutorió la sentencia respectiva.”. En el caso que nos ocupa, el actor funda su demanda de divorcio en la causal tercera del Art. 110, pues menciona que “...desde hace aproximadamente unos cinco años, mi cónyuge Hermelinda Chugchilan Gancino, viene haciéndome víctima de continuas y permanentes injurias, amenazas graves y actitud hostil, que demuestran claramente una total falta de armonía en las dos voluntades en la vida conyugal, y es así como el día seis de octubre del dos mil cuatro a las once horas, fui injuriado (...), actitud hostil que sigue manteniendo en forma permanente y consecutiva hasta la fecha, pues pese a todos mis esfuerzos no ha cambiado en lo más mínimo”. **5.3.** La prescripción de la acción de divorcio a la que alude el citado artículo 124 opera una vez que ha transcurrido un año “desde que cesó el hecho constitutivo de la causa”, lo que no sucede en la especie, en la que el demandante, si bien refiere un hecho ocurrido hace aproximadamente cinco años, en el que las desavenencias conyugales llegaron incluso a la agresión física, sostiene que la actitud hostil mantenida por su cónyuge es “permanente y consecutiva”, lo que ha sido demostrado con las declaraciones de los testigos José Adriano Colorado, Jorge Polivio Lliguicota Bermejo y Eduardo Vinicio Bastidas, delatando con ellas un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades, situación que impide que el matrimonio existente entre los litigantes cumpla con los fines para los cuales fue celebrado, que son vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente. Corrobora lo dicho, el hecho de que la demandada no niega que el episodio relatado por el actor haya sucedido, lo que afirma es que la acción que podría derivarse de aquel se encuentra prescrita. Lo aseverado halla fundamento también en las copias de la denuncia presentada por la demandada ante la Comisaría Nacional de la Mujer y la Familia del Cantón Quito, en la que dice: “Es el caso que mi cónyuge NESTOR POVEDA GANCINO en cualquier circunstancia me arremete de

palabra y obra, me insulta, siempre ha tenido un proceder grotesco y atrevido para conmigo, inclusive delante de nuestros hijos (...) Yo le he pedido de buena manera que se salga del hogar si no nos quiere o ya no desea verme o vivir con nosotros pero él mismo insiste y se place en hostigarme mentalmente...” y cuenta un suceso acaecido el 10 de julio de 2006 en el que afirma haber sido víctima de injurias y agresiones físicas de parte de su cónyuge. Consecuentemente bien hizo el Tribunal de Instancia al confirmar la sentencia dictada en primera instancia y con ello inadmitir la excepción de prescripción de la acción.- **6. DECISIÓN EN SENTENCIA:** Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia 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**, no casa la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha el 8 de marzo del 2010, las 09H47. Sin costas ni multas. Actúe la Dra. Patricia Velasco Mesías, como Secretaria Relatora encargada en virtud de la Acción de Personal No. 384 DNP de 8 de febrero de 2012.- Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Eduardo Bermúdez Coronel, Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia y María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Jueces Nacionales y Dra. Patricia Velasco Mesías, Secretaria Relatora (E), que certifica.

f.) Dra. Patricia Velasco Mesías, Secretaria Relatora (E).

CERTIFICO: Que las dos (2) fotocopias que anteceden, son tomadas de su actuación original, constante en el juicio verbal sumario No. 077-2012 JBP (Recurso de Casación), que sigue Néstor Poveda Gancino contra Hermelinda Chugchilan Gancino. (Resolución No. 100-2012).- Quito, 14 de mayo de 2012.

f.) Dra. Patricia Velasco Mesías, Secretaria Relatora (E).

No. 102-2012

ACTOR: Walter Valverde.
DEMANDADA: Erika Reyes.
JUICIO No. : 30-2012 PVM.
JUEZA PONENTE: Dra. Rocío Salgado Carpio.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Quito, 03 de mayo de 2012, las 09h30’.

VISTOS: (JUICIO No. 30-2012PVM). Practicado el resorteo de causas e integrado legalmente este Tribunal, conocemos del proceso en nuestra calidad de Jueces de la

Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia y de conformidad con el Art. 8 de la Resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia a los quince y veintidós días del mes de febrero del dos mil doce, que dice: “Art. 8. Todas las causas que se encontraban en conocimiento de Conjuces de la Corte Nacional de Justicia, sea por excusa o recusación, pasarán a los Jueces Nacionales titulares a quienes corresponda, por sorteo, de acuerdo a la naturaleza de la causa”. **1.- ANTECEDENTES.-** Sube el proceso en virtud del recurso de casación que interpone la parte demandada contra la sentencia dictada por la Segunda Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Guayas el 4 de marzo de 2009, las 11H59, misma que revoca la dictada por el Juez Noveno de lo Civil del Guayas el 1 de octubre de 2008, las 08H51, y declara con lugar la demanda de divorcio propuesta por Walter Gerardo Valverde Galarza en contra de Erika Cristina Reyes Torres. **2.- COMPETENCIA.-** La competencia de esta Sala está asegurada en virtud de lo dispuesto en los Arts. 184.1 de la Constitución de la República, 172 en relación con el 189 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1 de la Ley de Casación. **3.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO.-** La casacionista alega como infringida en la sentencia la norma de derecho contenida en el artículo 110 numeral 11 del Código Civil. Fundamenta su recurso en la causal primera, por “errónea interpretación”. **4.- CONSIDERACIONES ACERCA DEL RECURSO DE CASACIÓN.-** La casación es un medio de impugnación extraordinario, público y supremo, cuyo objetivo es atacar la sentencia para invalidarla o anularla por los vicios de fondo o forma de los que puede adolecer; proceso que se verifica a través de un cotejamiento riguroso y técnico de la sentencia con el ordenamiento jurídico vigente, para encontrar la procedencia o no de las causales invocadas. Actividad jurisdiccional confiada al más alto Tribunal de la Justicia Ordinaria, que en el ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad, lo que busca es garantizar la defensa del derecho objetivo, en aras de la seguridad jurídica, pilar fundamental en el que se cimienta el Estado Constitucional de derechos y justicia, la igualdad de las y los ciudadanos ante la ley, así como la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración. **5.- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LA IMPUGNACIÓN PRESENTADA.- CAUSAL PRIMERA.-** La causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación configura el vicio de violación directa de la norma sustantiva, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que tiene lugar cuando el juzgador no ha realizado una correcta subsunción de los hechos en la norma, en otras palabras cuando no se realiza un enlace correcto y lógico de la situación particular materia de la litis con la o las normas generales y abstractas dictadas por el legislador, lo que puede darse por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas de derecho, siempre que el yerro haya sido determinante de la parte dispositiva del fallo impugnado. En la especie, la recurrente alega errónea interpretación del “...artículo 110 numeral 11 e inciso siguiente...” del Código Civil, que dice: “Son causas de divorcio: 11. El abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge, por más de un año ininterrumpidamente.- Sin embargo, si el abandono a que se refiere el inciso anterior, hubiere durado más de tres años, el divorcio podrá ser demandado

por cualquiera de los cónyuges.”, por cuanto afirma que el Tribunal de Instancia considera en la sentencia materia del recurso que “...el abandono y la separación son lo mismo, sin que dentro del proceso el actor del mismo haya establecido que existió ‘ABANDONO VOLUNTARIO E INJUSTIFICADO’, tal como lo prevé la norma legal que invoca para sustentar su demanda...”; al respecto, se observa que el actor al proponer la demanda textualmente dice: “Que durante la vida matrimonial, mi cónyuge fue cambiando constantemente de carácter, hasta que nos separamos, situación en la que estamos en la actualidad, por más de cuatro años, produciéndose la causal 11 inciso segundo del artículo 110 del Código Civil...”, sustenta su pretensión en el caso previsto por el inciso segundo del numeral 11 del Art. 110 del Código Civil, mismo que faculta a cualquiera de los cónyuges, ya se trate del que actúa como sujeto activo como al que tiene la calidad de sujeto pasivo o agraviado, para demandar el divorcio siempre que haya operado el abandono “voluntario, injustificado e ininterrumpido” por un tiempo superior a tres años. Con la prueba actuada dentro del proceso el Juez Ad quem ha llegado a la convicción de que se ha configurado la causal de divorcio alegada, en razón de que aquella, según afirma: “...deja entrever claramente la separación en que viven los cónyuges; así, el actor vive y ha constituido hogar extramatrimonial en el que ha procreado hijos, en tanto que la demandada habita en otro lugar con sus hijas, éstas circunstancias hacen imposible el cumplimiento de los derechos y obligaciones conyugales... (R. O. No. 958 de 3 de junio de 1996)”, sin que el uso de la noción separación pueda desnaturalizar el sentido de la causal invocada que prevé para ella el término abandono, que en definitiva no es otra cosa que el antecedente del estado de separación en el que se encuentran los cónyuges, tanto así que revisados los antecedentes que tuvo el legislador para contemplar el caso como causal de divorcio encontramos que: “La Comisión Legislativa Permanente que introdujo esta causal, manifestó lo siguiente: ‘que no es posible establecer las verdaderas causas morales y de hecho que motivaron la separación, para decidir sobre la culpabilidad del cónyuge que abandonó el hogar y que cuando se prolonga durante muchos años la separación de los cónyuges, manteniendo el vínculo jurídico, se producen situaciones de hecho que traen verdadera complicación, por los derechos que surgen de la conducta posterior de uno o de ambos cónyuges separados, todo lo cual debe ser apreciado y resuelto previsiva y equitativamente por el Legislador’.” (GARCÍA FALCONÍ, José, “El Juicio de Divorcio por Causales”, Editorial Jurídica Ecuador, Quito, 1989, pág. 81) (las negrillas nos corresponden). Consecuentemente, el abandono ha dado lugar a que actor y demandada se encuentren separados, durante un tiempo que, de acuerdo a las pruebas que obran de autos, supera los tres años, lo cual no ha sido desvirtuado por la accionada que no ha enervado el hecho de que abandonó el hogar, conforme se desprende de la prueba que obra a fs. 49 del cuaderno de primera instancia, y que ha sido debida y oportunamente actuada por ella dentro del proceso, manteniéndose el estado de separación por un prolongado lapso de tiempo en forma ininterrumpida, injustificada y voluntaria, puesto que si bien éste tuvo como antecedente la orden dada por el actor de que se fuera del hogar, tampoco ha demostrado su intención de reanudar la vida conyugal, ni ha dicho cuáles han sido los motivos que le han impedido hacerlo, puesto que es deber de ambos cónyuges cumplir con los fines del

matrimonio, esto es, vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, perdiéndose de esta manera la voluntad de mantener el vínculo matrimonial y todo lo que este implica. No existiendo dicha voluntad esta separación prolongada por un período mayor a tres años, que tuvo como antecedente una discusión conyugal, se ha tornado en abandono. Al respecto la jurisprudencia dice: “...*El numeral undécimo del artículo 109 del Código Civil, cuya errónea interpretación se alega, dice: ‘11. El abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge, por más de un año ininterrumpidamente. /Sin embargo, si el abandono a que se refiere el inciso anterior, hubiere durado más de tres años, el divorcio podrá ser demandado por cualquiera de los cónyuges.’. Esta disposición vigente desde el 18 de agosto de 1989, fecha de la publicación de la Ley No. 43 reformativa del Código Civil (Registro Oficial No. 256. Suplemento), sustituyó a la siguiente: ‘La separación de los cónyuges con inexistencia de relaciones conyugales, por más de un año ininterrumpidamente./ Sin embargo, si la separación a que se refiere el inciso anterior, hubiere durado por más de cuatro años, el divorcio podrá ser demandado por cualquiera de los cónyuges.’. Al respecto, se observa lo siguiente: a) Si bien la reforma, en principio, sustituye la palabra ‘separación’ por el vocablo ‘abandono’, la disposición reformada establecía como causa para el divorcio la separación de los cónyuges con inexistencia de las relaciones conyugales, mientras que la norma vigente no incluye esta condición, sin duda, porque considera que el abandono, siempre que sea voluntario e injustificado, comporta la separación con inexistencia de relaciones conyugales y comprende dentro de él todo lo que abarcaría la separación; b) Además, como el abandono voluntario e injustificado, es el que depende solamente de la decisión personal de uno de los cónyuges, cuando este se produce quien puede demandar el divorcio es el cónyuge abandonado por más de un año; pero si el abandono supera los tres años la demanda de divorcio puede proponerla cualquiera de los cónyuges, no solamente aquel que fue abandonado; c) Por otra parte, aunque las normas sustantivas en uno y otro caso no son idénticas, la jurisprudencia española se orienta por la falta del ‘affectio conjugalis’ o ‘affectio maritalis’ y sostiene lo siguiente: ‘89. AP Málaga, S 06-10-2000 (2000-61741).... Considera la AP que el art. 82 CC debe interpretarse de manera flexible y amplia, de ahí que tanto la doctrina como la jurisprudencia admitan como motivo de separación matrimonial el genérico constituido por la quiebra de la convivencia conyugal y en definitiva por la desaparición de la affectio ‘conjugalis’, principio básico en el matrimonio, sin necesidad de imputar a la parte demandada hechos o conductas concretas constitutivas de separación matrimonial, pues ello por sí mismo acredita la existencia de ruptura matrimonial y de violación grave de los deberes conyugales...’; y, ‘112.AP Orense, S 29-06-2000 (2000511336)... No se puede obligar a dos personas a vivir juntas cuando al menos una de ellas es contraria a tal posibilidad, siendo la mera presentación de la demanda de separación indicativa de ese contrario deseo; por otra parte la presentación de la demanda de separación pone de manifiesto la ruptura de la affectio maritalis, fundamento del matrimonio y sin la que éste carece de sentido;...’ (Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10. Página 3138. Quito, 13 de septiembre de 2002). Sin pretender aplicar los criterios expuestos en la citada jurisprudencia española, en consideración a que la Ley está para proteger*

la institución del matrimonio, así como para velar por los derechos de cada uno de los cónyuges, preservando su autonomía, teniendo en perspectiva, la “nueva” familia que emerge de una nueva visión, entendiéndola, como lugar privilegiado de afirmación y realización de la personalidad de los individuos, y de responsabilidad y cuidado de la prole, creemos que el afecto conyugal si bien es un elemento importante en la relación, existen otros que confluyen para mantener el vínculo, sin embargo, el incumplimiento de los deberes conyugales, como en el caso que nos ocupa, en el que la separación de los cónyuges devino en abandono, cuando la cónyuge que dejó el hogar niega ahora el divorcio a pesar de no haber realizado ninguna acción que nos permita dar cuenta de su interés en retomar la vida en pareja, ni ha justificado razón alguna para no haberlo hecho. “*El derecho no puede obligar a vivir juntos a una persona con otra, si no lo que puede hacer es regular las consecuencias de sus actos*”. (ORDOQUE, Gustavo, “Matrimonio de Hecho en la Jurisprudencia Uruguaya, Buenos Aires, 2000, pág. 159). **6. DECISIÓN EN SENTENCIA.** En razón de lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia 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**, no casa la Sentencia recurrida y confirma en todas sus partes la dictada por la Segunda Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Guayas. Sin costas ni multas.- Actúe la Dra. Patricia Velasco Mesías, como Secretaria Relatora encargada en virtud de la Acción de Personal No. 384 DNP de 8 de febrero de 2012. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Rocío Salgado Carpio, Eduardo Bermúdez Coronel, Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, Jueces Nacionales y Dra. Patricia Velasco Mesías, Secretaria Relatora (E), que certifica.

f.) Dra. Patricia Velasco Mesías, Secretaria Relatora (E).

CERTIFICO:

Que las tres (3) copias que anteceden son tomadas de sus actuaciones originales constantes en el juicio verbal sumario No. 30-2012 PVM (Resolución No. 102-2012) que, por divorcio sigue WALTER VALVERDE contra ERIKA REYES.- Quito, 14 mayo de 2012.

f.) Dra. Patricia Velasco Mesías, Secretaria Relatora (E).

No. 103-2012

ACTOR: Diego Ormaza Andrade.
DEMANDADA: Bertha Ávila Córdova.
JUICIO No. : 23-2012 WG.
JUEZ PONENTE: Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
 SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA,
 NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**

Quito, 3 de mayo de 2012; las 09h20.-

VISTOS: (JUICIO No. 023-2012 wg).- 1.

COMPETENCIA: En virtud de que los Jueces y Juez Nacionales que suscribimos hemos sido debidamente designados por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 004-2012 de 25 de enero de 2012 y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución de 30 de enero de 2012, nos designó para integrar esta Sala Especializada, y conforme el acta de sorteo que obra del expediente de casación somos competentes y avocamos conocimiento de esta causa, conforme el Art. 184.1 de la Constitución de la República, Art. 189 del Código Orgánico de la Función Judicial y Art. 1 de la Ley de Casación. **2. ANTECEDENTES:** Conoce la Sala este proceso en mérito del recurso de casación que oportunamente interpone Bertha Adriana Avila Córdova contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil, Mercantil, de la Niñez y Adolescencia, de lo Laboral y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Azogues, el 27 de noviembre de 2008, las 10h00, resolución que confirma el fallo de primera instancia y declara con lugar la demanda, dentro del juicio verbal sumario que, por divorcio sigue Diego Ormaza Andrade contra Bertha Ávila Córdova. Una vez admitido a trámite el recurso de casación, para resolver, se considera: **3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** La recurrente cita como infringidas las normas contenidas en los artículos: 11 numeral 5, 75, 76 en sus numerales 1), 4), 7) y literal l); 168 numeral 6, 169, 227 y 424 de la Constitución de la República; Art. 18 numeral 2, 105 numeral 4, 110 numeral 11 segunda parte, 121 y 459 del Código Civil; 67, 68, 113, 114, 115, 117, 742, 746 y 1014 del Código de Procedimiento Civil. Fundamenta el recurso en las causales primera y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación.- **4. CONSIDERACIONES ACERCA DEL RECURSO DE CASACIÓN:** 4.1. La casación es un medio de impugnación extraordinario y supremo cuyo objetivo fundamental es atacar la sentencia para invalidarla o anularla por los vicios de fondo y forma de los que puede adolecer, proceso que se verifica a través de un cotejamiento riguroso y técnico de la sentencia con el ordenamiento jurídico vigente, para encontrar la procedencia o no de las causales invocadas, actividad jurisdiccional confiada al más alto Tribunal de Justicia Ordinaria, que en el ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad, lo que busca es garantizar la defensa del derecho objetivo en bien de la seguridad jurídica, pilar fundamental en el que se sustenta el Estado Constitucional de Derechos y justicia, la igualdad de los ciudadanos ante la ley y la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración. La casación, técnicamente es un recurso riguroso, restrictivo y formalista por lo que su interposición debe sujetarse necesaria e

invariablemente a los requisitos previstos en la Ley.- **5. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS:** El Tribunal examinará los motivos o causales en este orden: Tercera y primera. **PRIMER CARGO.-** La causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación se refiere a la 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. Es decir, para que opere la causal tercera del Art. 3 de la Ley de la materia, es obligación de la recurrente demostrar la proposición jurídica completa, que plantea dicha causal, esto es, una vez que determina el medio de prueba cuestionado, debe citar el vicio contra preceptos jurídicos aplicables a la valoración probatoria y concurrentemente un vicio de violación indirecta de norma sustantiva de derecho. En la especie, del examen del recurso de casación interpuesto, se concluye de manera indubitable, que los cargos por violación indirecta de la ley sustantiva no atienden a los mínimos aspectos técnicos de la casación. Puesto que, la recurrente hace una exposición extensa de una serie de hechos en los que acusa errores de hecho y de derecho ocurridos en la sentencia, en relación con la apreciación de la prueba, omitiendo indicar qué normas resultan violadas por su falta de aplicación y cuáles normas sustantivas a consecuencia de esta violación no han sido aplicadas o han sido aplicadas en forma indebida. Sumado al hecho, que si bien la casacionista recrimina la violación de una considerable cantidad de normas, olvida puntualizar, en detalle y con claridad y precisión requerida, en qué consiste la infracción de cada una de las normas cuya violación alega, lo que obliga a este Tribunal, el rechazo de la acusación de falta de aplicación de la causal tercera. **SEGUNDO CARGO:** Por último, corresponde analizar el cargo de la causal primera. Al respecto, cuando el fallo contenga violación de normas sustantivas, esto puede suceder de diferentes maneras. a) Por falta de aplicación de la norma que resulte pertinente frente al supuesto de hecho o situación jurídica que se resuelve; b) Por indebida aplicación de la norma; y c) Por interpretación errónea de la norma que resulte aplicable al caso. En cualquiera de estos supuestos, debe entenderse que el material probatorio fue apreciado en debida forma, en consecuencia, los hechos probados y no probados están bien justificados, con lo que el quebranto normativo acontece de modo directo al aplicar la norma. En la sustentación del cargo de aplicación indebida, el Tribunal observa que la casacionista no cumple con su carga procesal de señalar y razonar el vicio que, a su decir contiene la sentencia recurrida. Al contrario, realiza un recuento del proceso sin cumplir con el requisito indispensable de fundamentar su recurso, de manera diáfana, concisa, concreta, sin la explicación debida de establecer qué norma y por qué la sentencia impugnada adolece del vicio de indebida aplicación, capaz de anularla. No obstante de la confusa exposición del recurso interpuesto, la Sala advierte que, analizados tanto los autos, como la sentencia cuestionada, se tiene que el Juez de instancia al tener por acreditados los hechos que ha propuesto el actor en el juicio y la valoración de la prueba de acuerdo a su sana crítica hizo correcta aplicación del Art. 110 inciso segundo del Código Civil, que exige que el abandono voluntario e injustificado podrá ser demandado por cualquiera de los cónyuges, si dicho abandono hubiere durado más de tres años. La recurrente ha manifestado una

clara intención de que este Tribunal de casación revalorice los medios de prueba incorporados al proceso, lo que es del todo improcedente en razón de la naturaleza extraordinaria y restrictiva del recurso de casación. Por lo tanto se desecha la causal primera, por el vicio de aplicación indebida. **6. DECISIÓN EN SENTENCIA.** Por las consideraciones que anteceden, este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia Niñez y Adolescencia, 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**, no casa la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Mercantil, de la Niñez y Adolescencia, de lo Laboral y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Azuay. Actúe, la doctora Patricia Velasco Mesías, en la calidad de Secretaria Relatora Encargada, conforme la acción de personal No. 384-DNP, de 8 de febrero de 2012.-Sin costas.-Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, Rocío Salgado Carpio y María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Jueces Nacionales y Dra. Patricia Velasco Mesías, Secretaria Relatora Encargada que certifica.-

CERTIFICO: Que las tres (3) copias que anteceden son iguales a sus originales tomadas del juicio verbal sumario No. 023-2012Wg (Resolución No. 103-2012) que, por divorcio sigue DIEGO ORMAZA ANDRADE contra BERTHA AVILA CORDOVA. Quito, a 14 de mayo de 2012.-

f.) Dra. Patricia Velasco Mesías, Secretaria Relatora Encargada.

No. 104-2012

ACTOR: Richard Acaro Chamba.
DEMANDADA: Rubia Betancourt Ojeda.
JUICIO No. : 27-2012 WG.
JUEZ PONENTE: Dr. Asdrúbal Granizo.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Quito, 3 de mayo de 2012, las 09h00'.

VISTOS.- (Juicio No. 27-2012 Wg) Practicado el resorteo de causas e integrado legalmente este Tribunal, pasamos a tener conocimiento del presente proceso, en nuestras calidades de Juezas y Juez de la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia. **1.- ANTECEDENTES.-** Conoce el Tribunal este proceso en virtud del recurso de casación que interpone la demandada Rubia Estrella Enid Betancourt Ojeda contra la sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia de Loja, Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales (fs. 5 a 6v. del cuaderno de segunda instancia), que confirma en todas sus partes la dictada por el señor Juez Octavo de lo Civil de Loja en Gonzanamá (fs. 111 a 112 del cuaderno de primera instancia) quien acepta la demanda. Inconforme con lo resuelto la demandada interpone recurso de casación que le fue negado, por lo que interpuso recurso

de hecho y que ha sido admitido por la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia con fecha 30 de junio de 2009, a las 09h55. Para resolver se considera: **2.- COMPETENCIA.-** La competencia de esta Sala está asegurada en virtud de que las Juezas y Juez Nacionales que suscribimos hemos sido debidamente designados por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 004-2012 de 25 de enero de 2012 y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución de 30 de enero de 2012, nos designó para integrar esta Sala Especializada, por lo que avocamos conocimiento conforme a lo establecido en el Art. 184.1 de la Constitución de la República, Art. 189 del Código Orgánico de la Función Judicial y Art. 1 de la Ley de Casación. **3.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO.-** La recurrente estima que se han infringido las siguientes normas: Art. 76 numeral 1 de la Constitución de la República y Arts. 117 y 377 del Código de Procedimiento Civil. Fundamenta su recurso en la causal primera. **4.- CONSIDERACIONES ACERCA DEL RECURSO DE CASACIÓN.-** La casación es un medio de impugnación extraordinario y supremo cuyo objetivo fundamental es atacar la sentencia para invalidarla o anularla por los vicios de fondo y forma de los que puede adolecer; proceso que se verifica a través de un cotejamiento riguroso y técnico de la sentencia con el ordenamiento jurídico vigente, para encontrar la procedencia o no de las causales invocadas. Actividad jurisdiccional confiada al más alto Tribunal de Justicia Ordinaria, que en el ejercicio de control de constitucionalidad y legalidad, lo que busca es garantizar la defensa del derecho objetivo en aras de la seguridad jurídica, pilar fundamental en el que se cimenta el Estado Constitucional de derechos y justicia; la igualdad de los ciudadanos ante la ley, así como la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración. **5.- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS.-** El ámbito de competencia dentro del cual ha de actuar este Tribunal está dado por el propio recurrente en la determinación concreta, completa y exacta de una o más de las causales establecidas por el artículo 3 de la Ley de Casación. En virtud de lo manifestado, en el caso sub-judice, esta Sala se limita a examinar el único cargo contra la sentencia expedida por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Loja, sustentado en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por así haberlo propuesto la recurrente. En efecto, manifiesta la recurrente que: *“De las copias certificadas constantes a fojas 41 a 44 del cuaderno de primera instancia, se desprende que mi cónyuge endilgó en mi contra un juicio de divorcio anterior al presente, el mismo que concluyó por su expreso desistimiento. Era aplicable entonces el”, que a la letra dice. “El que desistió de una demanda, no puede proponerla otra vez contra la misma persona ni contra las que legalmente la representan”* cuya reproducción de su contenido solicité oportunamente y el a quo así lo dispuso (fs. 37 via. y 38), entendiéndose por tanto que esta disposición legal debía ser aplicada, lo que seguro iba a ser determinante en la parte dispositiva de la sentencia de la Sala. No obstante a ello, tanto el señor Juez de primera instancia como la Sala, desvían el objeto de tales piezas procesales del referido juicio de divorcio Nro. 055-08 el hecho de que con ello se ha pretendido probar la Litis

pendencia. Por tanto, con el análisis de los H. Ministros hace en su considerando Tercero de su sentencia se está incurriendo en una falta de aplicación de la norma contenida en el precitado Art. 377 del Código de Procedimiento Civil; simplemente se ha omitido su análisis, lo que de hecho vicia la sentencia e incurre en la grave violación de lo dispuesto en el número 1 del Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador...". De los autos, se observa que la demandada hoy recurrente, en la audiencia de conciliación, (fojas 30 de primera instancia), al contestar la demanda, manifiesta: Que niega simple y llanamente los fundamentos de la demanda planteada. Que la acción es improcedente. Y alega litis pendencia. Es evidente que la norma contenida en el Art. 377 del Código de Procedimiento Civil, que la recurrente alega no haber sido aplicada por el tribunal de segunda instancia, no fue expresamente alegada en su contestación a la demanda, la Sala considera que no procede tal reclamo en el recurso de casación por no estar trabada la litis con dicha excepción y por tanto no fue sometida a la debida contradicción. La introducción de cuestiones nuevas, no discutidas como parte de la litis no se acepta en casación por múltiples motivos doctrinarios, constitucionales y legales; el Tribunal considera que el Art. 168, numeral 6 de la Constitución de la República ha elevado a rango constitucional el principio dispositivo que, es aquel que fija a las partes, y no al juez, la iniciativa y el ejercicio del proceso, en definitiva, el juez deberá resolver de conformidad con lo alegado y probado por las partes, las partes también imponen el tema de decisión que es el tema de debate o controversia, el tema es fijado por las partes correspondiéndole al demandante determinarlo en la demanda y al demandado en la contestación: esto constituye la materia sobre la cual el juez da su sentencia. Conforme a este principio, el juez no tiene la facultad para introducir pretensiones en la demanda y contestación ni para decretar pruebas de oficio tendientes a aclarar hechos del debate, limitándose a lo que aparezca de las solicitudes por las partes. Este principio tiene directa relación con los siguientes principios: 1) Contradicción que consiste en que una parte tenga la oportunidad de oponerse a un acto realizado a instancia de la contraparte y a fin de verificar su regularidad, por tanto, es propio de los procesos donde existe accionante y accionado, es decir, en los procesos de tipo contencioso; 2) Principio de publicidad que, consiste en dar a conocer las actuaciones realizadas en el proceso por el funcionario judicial. Además del principio dispositivo, los principios de contradicción y publicidad también tienen rango constitucional, así, el Art. 168, numeral 5, de la Constitución de la República del Ecuador, indica que en todas sus etapas los juicios y sus decisiones serán públicos; el numeral 6 del mismo artículo ordena que en la sustanciación de los procesos se observarán los principios de concentración, contradicción y dispositivo; y, el Art. 169 establece que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, consagra los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y las garantías del debido proceso disponiendo que no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades, dichos principios tienen un fin, cuál, el que se cumpla el principio procesal universal de congruencia del juez respecto de la pretensión de las partes, que, consiste en la concordancia que debe existir entre el pedimento formulado por las partes y la decisión que sobre él tome el juez. El tratadista Hugo Alsina al referirse al principio dispositivo señala: "...confiere a las partes el

dominio del procedimiento y se caracteriza por los siguientes principios: 1) el juez no puede iniciar de oficio el proceso; 2) el juez no puede tener en cuenta hechos ni medios de prueba que no han sido aportados por las partes; 3) el juez debe tener por cierto los hechos que las partes estén de acuerdo; 4) la sentencia debe ser de acuerdo con lo alegado y probado; 5) el juez no puede condenar a más ni a otra cosa que la pedida en la demanda". (ALSINA, H (1963). **Tratado Teórico y Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial**. Tomo I. 2da. Edición. Ediar. Sociedad Anónima Editores. Buenos Aires, Argentina, p.105). Al respecto, la jurisprudencia de la ex Corte Suprema de Justicia ha rechazado, con carácter general, aquellos motivos sobrevenidos que no han sido objeto de alegación en la instancia. Este criterio como señalan las sentencias dictadas por la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, la publicada en la Gaceta Judicial, Año CII, Serie XVII. No. 6, p.1597 en el juicio que sigue MAXITRANS CIA. LTDA. contra AUTOGRAS y la publicada en la Gaceta Judicial, Año CI, Serie XVII, No.3, p.666, se fundamentan en lo siguiente: "Al respecto, Manuel de la Plaza en su obra "La Casación Civi, pág. 161 y 162, dice: "El recurso extraordinario se refiere al de Casación, en cuanto censura una actividad in iudicando, no puede rebasar los límites en que se ejercitó; y tal ocurriría si, extemporáneamente, se resolviese tesis distinta de la que en la instancia, por determinación voluntaria de las partes, sometieron éstas al juzgador". Luego añade, "no puede resolver en casación las cuestiones que por primera vez se plantean ante el Tribunal Supremo; las suscitadas por primera vez en el recurso, no pueden decidirse en el mismo y menos si no fueron planteadas en el período de discusión escrita..."; concluyendo que, "en casación, no pueden ser alegadas disposiciones que no lo fueron durante el debate". En consecuencia, no existe en el caso falta de aplicación del Art. 377 del Código de Procedimiento Civil, como tampoco existe afectación de la disposición contenida en el Art. 76 número 1 de la Constitución de la República. **DECISIÓN EN SENTENCIA.** Por las consideraciones que anteceden, este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, no casa la sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Loja y por tanto desecha el recurso de casación interpuesto por la señora Rubia Estrella Enid Betancourt Ojeda. Sin costas. Actúe, la doctora Patricia Velasco Mesías, en la calidad de Secretaria Relatora Encargada, conforme la acción de personal No. 384-DNP, de 8 de febrero de 2012.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, María del Carmen Espinoza Valdiviezo y Dra. Rocío Salgado Carpio, Jueces Nacionales y Dra. Patricia Velasco Mesías, Secretaria Relatora Encargada que certifica.-

Certifico: Que las tres (3) copias, numeradas, selladas y rubricadas son iguales a sus originales, tomadas del juicio verbal sumario No. 27-2012 Wg (Resolución No. 104-2012) que, por divorcio sigue Richar Acaro Chamba contra Rubia Betancourt Ojeda. Quito, 14 de mayo de 2012.

f.) Dra. Patricia Velasco Mesías, Secretaria Relatora encargada.

No. 105-2012

ACTOR: Segundo Chávez.
DEMANDADA: Luz Chávez.
JUICIO No. : 27-2012 WG.
JUEZA PONENTE: Dra. Rocío Salgado Carpio.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
 SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA,
 NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**

Quito, 03 de mayo de 2012, las 10hh00'.

VISTOS: (JUICIO No. 74-2012PVM) Practicado el resorteo de causas e integrado legalmente este Tribunal, conocemos la presente causa en nuestra calidad de Jueces de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia. **1. ANTECEDENTES:** Conoce el Tribunal este proceso en mérito del recurso de casación que oportunamente interpone la demandada Luz Célida Chávez Zumba de la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo el 16 de marzo de 2010, a las 16H02, que confirma la dictada por el Juez Octavo de lo Civil de Chimborazo, el 3 de agosto del 2009, las 15H20, que declara con lugar la demanda de divorcio presentada en su contra por Segundo Vicente Chávez Pusay. **2. COMPETENCIA:** La competencia de esta Sala está asegurada en virtud de lo dispuesto en los artículos 184 de la Constitución de la República, 172 en relación con el 189 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1 de la Ley de Casación. **3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN:** La casacionista alega *"Falta de aplicación de las normas de Derecho especialmente del artículo 110 numeral onceava del Código Civil"*; *"Falta de aplicación de los precedentes jurisprudenciales obligatorios que son los que constan en los fallos dictados por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, en la G. J. V. serie No. 129, Pág. 3070; G. J. V serie No. 158, Págs. 3843 y 384, G. J. VII, serie No. 9, Pág. 1030; Prontuario de Resoluciones No. 2, C. 89.017, Págs. 67 y 68."* **4. CONSIDERACIONES ACERCA DEL RECURSO DE CASACIÓN.** La casación es un medio de impugnación extraordinario, público y supremo, cuyo objetivo es atacar la sentencia para invalidarla o anularla por los vicios de fondo o forma de los que puede adolecer; proceso que se verifica a través de un cotejamiento riguroso y técnico de la sentencia con el ordenamiento jurídico vigente, para encontrar los elementos que justifiquen su procedencia. Actividad jurisdiccional confiada al más alto Tribunal de la Justicia Ordinaria, que en el ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad, lo que busca es garantizar la defensa del derecho objetivo, en aras de la seguridad jurídica, pilar fundamental en el que se cimenta el Estado Constitucional de derechos y justicia, la igualdad de los ciudadanos ante la ley, así como la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración. *"La Casación es una fase procesal de naturaleza diferente de las restantes, que tiene un solo objetivo, impugnar la sentencia o auto recurridos, variando en consecuencia las motivaciones de la controversia, que ya no es la pretensión del actor y la contradicción del demandado, sino la pretensión del recurrente de alcanzar que se invalide el fallo por considerar que en el mismo se*

ha violado la ley; y así lo expresan diferentes resoluciones de la Excma. Corte Suprema de Justicia. Es pues una nueva acción, semejante a una demanda y que tiene el carácter de extraordinario y excepcional, es casuístico y formalista, y si no se cumplen con los requisitos señalados en la Ley de la materia, el recurso es improcedente" (R. O. No. 100, de 31 de julio de 1997, Pág. 16). La Casación es un recurso eminentemente técnico, cuya procedencia exige el cumplimiento de los requisitos previstos para el efecto en la Ley que lo regula, de manera que el control de legalidad de los fallos impugnados por parte del Tribunal de Casación está supeditado a que el recurrente al formular su ataque contra la sentencia recurrida, satisfaga dichos requisitos y las condiciones legalmente establecidas, ya que, por la naturaleza excepcional de este recurso carece de la facultad de suplir las omisiones en las que ha incurrido el o la casacionista, estándole vedado interpretar sus aspiraciones. Muy por el contrario, la Corte de Casación está sujeta a los límites que los recurrentes fijan al deducir el recurso. En el presente caso la argumentación que sostiene los cargos más que la sustentación de un recurso es un alegato de instancia, no lleva un orden lógico adecuado que permite con suficiente claridad decidir sobre el fondo del asunto. Este Tribunal advierte que si bien la recurrente señala las normas que a su criterio han sido infringidas y precisa el vicio con el que se produjo el quebranto, omite determinar las causales en las que funda sus alegaciones, sin considerar que las causales primera, segunda y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación contemplan idénticos vicios, esto es, indebida aplicación, falta de aplicación y errónea interpretación, lo que torna imposible realizar el análisis correspondiente, puesto que identificado por la recurrente el vicio o forma en que a su criterio el juzgador de instancia incurrió en la violación de la Ley al dictar la resolución que impugna, debió encasillarlo dentro de una de las posibilidades expuestas en la referido Art. 3 y sustentar su alegación con fundamento en ella, sin que en el cumplimiento de esta obligación pueda, bajo ninguna circunstancia relevarle, la Corte de Casación. **6. DECISION EN SENTENCIA:** Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia 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 REPUBLICA**, no casa el fallo dictado por Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo el 16 de marzo del 2010, las 16H02.- Sin costas ni honorarios que regular.- Actúe la Dra. Patricia Velasco Mesías, como Secretaria Relatora encargada en virtud de la Acción de Personal No. 384 DNP de 8 de febrero de 2012.- Léase y Notifíquese.

Fdo.) Dres. Rocío Salgado Carpio, Eduardo Bermúdez Coronel, Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, Jueces Nacionales y Dra. Patricia Velasco Mesías, Secretaria Relatora, que certifica.

f.) Dra. Patricia Velasco Mesías, Secretaria Relatora (E).

CERTIFICO:

Que las dos (2) copias que anteceden son tomadas de sus actuaciones originales constantes en el juicio verbal

sumario No. 74-2012 PVM (Resolución No. 105-2012) que, por divorcio sigue SEGUNDO CHÁVEZ contra LUZ CHÁVEZ.- Quito, 14 mayo de 2012.

f.) Dra. Patricia Velasco Mesías, Secretaria Relatora (E).

No. 106-2012

ACTORA: Rita Izurieta.
DEMANDADO: Nelson Robalino.
JUICIO No. : 66-2012 PVM.
JUEZA PONENTE: Dra. Rocío Salgado Carpio.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Quito, 03 de mayo de 2012, las 09h45'.

VISTOS: (JUICIO No. 66-2012PVM) Practicado el resorteo de causas e integrado legalmente este Tribunal, conocemos la presente causa en nuestra calidad de Jueces de la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia. **ANTECEDENTES:** Sube el proceso en virtud del recurso de hecho interpuesto por el demandado Nelson Alfredo Robalino Pérez, ante la negativa de concederle recurso de casación que interpusiera en forma oportuna, objetando la sentencia dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Pastaza, dentro del juicio ordinario por declaratoria de unión de hecho seguido en su contra por Rita Elizabeth Izurieta Meneses, misma que es declarada con lugar por el Juez Aquo y confirmada por la Sala Única de la Corte Provincial de Pastaza, el 18 de febrero del 2010. El recurso ha sido admitido por la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia el 25 de octubre del 2010. **COMPETENCIA:** La competencia de esta Sala está asegurada en virtud de lo dispuesto en los artículos 184 de la Constitución de la República, 172 en relación con el 189 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1 de la Ley de Casación. **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** El casacionista alega como infringidas en la sentencia recurrida las normas legales contenidas en los Arts. 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil, el Art. 2415 del Código Civil ; *violación expresa del artículo 75 de la actual Constitución de la República del Ecuador*, fundamenta su recurso en el numeral primero del Art. 3 de la Ley de casación, *específicamente en la errónea interpretación de normas de derecho, que han influido en la decisión de la causa..* **CONSIDERACIONES ACERCA DEL RECURSO DE CASACIÓN:** La casación es un medio de impugnación extraordinario, público y de estricto derecho. El objetivo fundamental de este recurso, es atacar la sentencia para invalidarla o anularla por los vicios de fondo o forma de los que puede adolecer. Proceso que se verifica a través de un cotejamiento riguroso y técnico de la sentencia con el ordenamiento jurídico vigente, para encontrar la procedencia o no de las causales invocadas. Como recurso extraordinario que es, que implica la posibilidad de extinguir trascendentes actos jurisdiccionales como lo son las sentencias provenientes, por lo general, de un tribunal superior, las cuales están protegidas por presunciones de

acierto y legalidad, el ejercicio de la casación está, de un lado, restringido, pues no todas las sentencias son susceptibles del mismo, y, de otro, sometido a estrictas previsiones y requisitos legales y jurisprudenciales. Esta actividad jurisdiccional, confiada al más alto Tribunal de la Justicia Ordinaria, que en el ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad, lo que busca es garantizar la defensa del derecho objetivo para el fortalecimiento de la seguridad jurídica y la igualdad de las y los ciudadanos ante la ley, principios fundantes del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, así como la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración. **ANÁLISIS DE LAS CAUSALES PLANTEADAS.-** Se comienza por subrayar que la demanda de casación debe cumplir con las reglas adjetivas que su planteamiento y demostración requieren, a efectos de que sea susceptible de un estudio de fondo, pues acorde con las normas procesales debe reunir los requisitos de técnica que aquellas exigen, que de no cumplirse puede conducir a que el recurso extraordinario resulte infructuoso. Además, debe entenderse, como en numerosas ocasiones ha dicho la Corte Nacional, que este medio de impugnación no le otorga competencia para juzgar el pleito a fin de resolver a cuál de los litigantes le asiste la razón, puesto que la labor de la Sala, se limita a enjuiciar la sentencia con el objeto de establecer si el Juez de apelaciones al dictarla observó las normas jurídicas que estaba obligado a aplicar para rectamente dirimir el conflicto. Visto lo anterior, encuentra la Sala que el escrito con el que se pretende sustentar la acusación, contiene graves deficiencias técnicas que comprometen la prosperidad de los cargos y que no es factible subsanar por virtud del carácter dispositivo del recurso de casación. El casacionista al fundamentar su recurso procede a realizar el análisis del fallo impugnado, cuestionándolo en base a una causal única; la primera, porque, a su particular modo de ver, se da una *errónea interpretación de los artículos 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil, en lo relacionado con la prescripción de la acción que está plenamente demostrada conforme a derecho, mas aún si dentro de los autos existe declaraciones de testigos que en forma concordante manifiestan que más de 15 años el actor y demandada no viven juntos (...)*sic. Los artículos invocados por el recurrente regulan la carga de la prueba y la obligación de probar lo alegado, son artículos que se los trae para fundamentar la causal tercera. En el sub lite, se reprocha la sentencia por la errónea aplicación de las normas jurídicas, este vicio, es aquel que se materializa en el fallo cuando el sentenciador, aun eligiendo la norma correcta para la resolución de la controversia, yerra acerca del contenido y alcance de la misma, cosa que este Tribunal no advierte en el fallo impugnado. Por otro lado hay que señalar que no se indica, en el caso bajo examen, la forma en la que se da el vicio, pues la argumentación que sostiene los cargos más que la sustanciación de un recurso es un alegato de instancia, no lleva un orden lógico adecuado que permita con suficiente claridad analizar el fondo del reclamo. El artículo 2415 del Código Civil, referido como de aplicación viciada en el recurso, determina el tiempo para la prescripción de las acciones judiciales, ahora bien, sin embargo, el demandante omite acreditar la pertinencia de la norma indicada a la relación fáctica establecida en autos, en consecuencia, este cargo deviene en improcedente, además de que, de acuerdo con la primera y única causal invocada,

debería haberse precisado la forma en la que yerra, el juzgador/a, al interpretarla y la determinación de cómo hubiera cambiado la decisión de la causa de haber sido interpretadas, las normas, del modo que el recurrente considera el correcto. De otra parte, es necesario tener en cuenta que son muchos los factores que hacen que dos personas vivan juntas sin casarse. Investigaciones realizadas dan cuenta de algunas razones para hacerlo, entre otras, un serio cuestionamiento de la institucionalidad por implicar la reducción de los espacios de libertad o una posición ideológicamente contraria al matrimonio como institución. Otra de las razones, viene dada por factores económicos, no deja de ser cierto que contraer nupcias tiene aparejado un costo que muchas personas no están dispuestas o en condiciones de asumirlo, y, no puede dejarse de lado la importancia de los factores culturales; se trata de una arraigada costumbre que ha sobrevivido al modelo oficial en muchas zonas del país. El Estado ecuatoriano reconoce jurídicamente a la unión de hecho y la regula mediante la Ley 115 publicada en el Registro Oficial No. 399 de 29 de Diciembre de 1982, en los considerandos de este cuerpo normativo el legislador retoma el principio de igualdad consagrado internacionalmente en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW), ratificada como Tratado Internacional en 1981, se refiere concretamente al principio de igualdad de oportunidades, es decir, a la posibilidad real de que mujeres y hombres puedan ejercer los derechos patrimoniales proclamados en la Carta Mayor, dado que, es evidente que las mujeres no siempre adquieren, mantienen ni acumulan bienes, mas aún, muchas veces los pierden por las acciones de los otros. En este orden de ideas, es necesario recordar que los Arts. 222 y 232 de Código Civil señalan que las parejas en unión de hecho tienen los mismos derechos legales que las parejas casadas siempre que sean parejas estables, monogámicas, sin vínculo matrimonial, si se cumplen estos requisitos se genera una sociedad de bienes. Ahora bien, usualmente no se registran las uniones de hecho y se dificulta la prueba del vínculo al momento de la separación o para disponer de los bienes adquiridos durante la unión, como en el caso que examinamos. A pesar de lo dispuesto en los artículos del Código Civil referidos, la compra de activos de las mujeres y los hombres en unión de hecho no se registran, como en el caso de las personas que han contraído matrimonio a nombre de los dos cónyuges sino que, generalmente, se lo hace a nombre del varón, dejando en desprotección económica a la mujer, es por ésta y otras razones que organizaciones internacionales como la OPS (Organización Panamericana de la Salud), a las acciones que amenazan y provocan la violación de derechos de propiedad de las personas las denomina como violencia patrimonial (Jackeline Contreras Díaz, Derechos Patrimoniales de la Mujer FLACSO-ECUADOR - 2011.p.5), y es deber de los Estados prevenirlas y combatirlas. En mérito a lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, no casa la sentencia.- Sin costas ni honorarios que regular.- Actúe la Dra. Patricia Velasco Mesías, como Secretaria Relatora encargada en virtud de la Acción de Personal No. 384 DNP de 8 de febrero de 2012. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Rocío Salgado Carpio, Eduardo Bermúdez Coronel, Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, Jueces Nacionales y Dra. Patricia Velasco Mesías, Secretaria Relatora (E), que certifica.

f.) Dra. Patricia Velasco Mesías, Secretaria Relatora (E).

CERTIFICO:

Que las tres (3) copias que anteceden son tomadas de sus actuaciones originales constantes en el juicio ordinario No. 66-2012 PVM (Resolución No. 1106-2012) que, por declaratoria de unión de hecho sigue RITA IZURIETA contra NELSON ROBALINO.- Quito, 14 mayo de 2012.

f.) Dra. Patricia Velasco Mesías, Secretaria Relatora (E).

No. 107-2012

ACTORA:	Gloria Quimi.
DEMANDADO:	Williams Ayo.
JUICIO No. :	42-2012 PVM.
JUEZA PONENTE:	Dra. Rocío Salgado Carpio.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Quito, 04 de mayo de 2012, las 10h35'.

VISTOS: (JUICIO No. 42-2012PVM). Practicado el resorteo de causas e integrado legalmente este Tribunal, conocemos la presente causa en nuestra calidad de Jueces de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia. **1. ANTECEDENTES:** Sube el proceso en virtud del recurso de casación que oportunamente interpone el Dr. Williams Ramiro Ayo Molina, en su calidad de demandado, impugnando la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Pichincha, el 11 de agosto de 2009, a las 10h00, que confirma la dictada por el Juez Segundo de la Niñez y Adolescencia de Santo Domingo de los Tsáchilas, el 25 de mayo del 2009 a las 15h00, que declara con lugar la demanda en el juicio de investigación de paternidad y alimentos que sigue Gloria Cecibel Quimi Donoso. **2. COMPETENCIA:** La competencia de esta Sala está asegurada en virtud de lo dispuesto en los artículos 184 de la Constitución de la República, 172 en relación con el 189 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1 de la Ley de Casación. **3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** El casacionista alega falta de aplicación de las normas de derecho que han sido determinantes en la parte resolutoria respecto de la Constitución Art. 66, numerales 3 literal a), 4, 6, 18, 23 y 29 literal d); Art. 11 numerales: 2, 3, 4 y 5, y Art. 283 del Código de la Niñez y Adolescencia. Aplicación indebida o errónea interpretación de las normas de derecho en la sentencia, y que también han sido determinantes en la parte dispositiva, en relación con el Código de Procedimiento Civil, Art. 113, Código de la Niñez y Adolescencia Art. 131, numeral 3, Código de

Procedimiento Civil, Art. 66 y Art. 274 y falta de aplicación de los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que han sido determinantes en su parte resolutive referidos a la carga de la prueba, cosa juzgada formal. Funda su recurso en las causales 1 y 5 del Art. 3 de la Ley de Casación. **4. CONSIDERACIONES ACERCA DEL RECURSO DE CASACIÓN:** La casación es un medio de impugnación extraordinario, público y de estricto derecho. Citando a Humberto Murcia Ballén, diremos; que la casación es un recurso limitado, por que la ley lo reserva para impugnar por medio de él solo determinadas sentencias, “...formalista; es decir, que impone al recurrente, al estructurar la demanda con la que sustenta, el inexorable deber de observar todas las exigencias de la técnica de casación, a tal punto que el olvido o desprecio de ellas conduce a la frustración del recurso y aún al rechazo *in limine* del correspondiente libelo” (Murcia Ballén Humberto, *Recurso de Casación Civil*, Bogotá – 2005.p.91.). No es una tercera instancia. El objetivo fundamental de éste recurso, es atacar la sentencia para invalidarla o anularla por los vicios de fondo o forma de los que puede adolecer; proceso que se verifica a través de un cotejamiento riguroso y técnico de la sentencia con el ordenamiento jurídico vigente, para encontrar la procedencia o no de las causales invocadas. Actividad jurisdiccional confiada al más alto Tribunal de la Justicia Ordinaria, que en el ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad, lo que busca es garantizar la defensa del derecho objetivo en aras de la seguridad jurídica, pilar fundamental en el que se cimenta el Estado Constitucional de derechos y justicia; la igualdad de los ciudadanos ante la ley, así como la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración. **5. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS.-** Se comienza por subrayar que la demanda de casación debe cumplir con las reglas adjetivas que su planteamiento y demostración requieren, a efectos de que sea susceptible de un estudio de fondo, pues acorde con las normas procesales debe reunir los requisitos de técnica que aquellas exigen, que de no cumplirse puede conducir a que el recurso extraordinario resulte infructuoso. Además, debe entenderse, como en numerosas ocasiones ha dicho la Corte Nacional, que este medio de impugnación no le otorga competencia para juzgar el pleito a fin de resolver a cuál de los litigantes le asiste la razón, puesto que la labor de la Sala, se limita a enjuiciar la sentencia con el objeto de establecer si el Juez de apelaciones al dictarla observó las normas jurídicas que estaba obligado a aplicar para rectamente dirimir el conflicto. Visto lo anterior, encuentra la Sala que el escrito con el que se pretende sustentar la acusación, contiene graves deficiencias técnicas que comprometen la prosperidad de los cargos y que no es factible subsanar por virtud del carácter dispositivo del recurso de casación. Alega el impugnante que las causales en las que funda su recurso son la primera y la quinta. La técnica jurídica, recomienda el orden en la que deben ser analizadas las causales, en el sub-lite, deberíamos iniciar por la quinta, sin embargo, en los casos en los que se plantean posibles violaciones a normas constitucionales, como en éste, deben ser tratadas en primer lugar. Arguye, el casacionista falta de aplicación de las normas de la Constitución Art. 66, numerales 3 literal a), 4, 6, 18, 23 y 29 literal d); Art. 11 numerales: 2, 3, 4, y 5. El Art. 66

corresponde al capítulo de los derechos de libertad, el artículo 3 hace referencia al derecho a la integridad personal que incluye: a) la integridad física, moral y sexual; el numeral 4, el derecho a la igualdad formal, material y no discriminación; el 6, el derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente, en todas sus formas y manifestaciones; el 18, el derecho al honor y al buen nombre; el 23, el derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas; el 29 literal d), ninguna persona puede ser obligada hacer algo prohibido por la ley o dejar de hacer algo no prohibido por la ley. Para rechazar la acusación basta con decir, que el impugnante omitió detallar cómo, cuándo y en qué sentido el fallador incurrió en el yerro, estableciendo la relación de lo dicho por los sentenciados con los principios constitucionales invocados, pues, no es suficiente transcribir los artículos de la Carta Mayor con sus numerales y/o literales sin establecer razonadamente, cómo su inaplicación ha influido en la decisión de la causa, sabido es que el carácter rogativo de la casación no permite a este tribunal suplir las omisiones de los recurrentes debiendo limitarse a lo alegado, para acatar así el principio dispositivo que domina la estructura procesal de nuestra legislación. **CAUSAL QUINTA.-** Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles. Al respecto, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado: “ [...] el numeral quinto del artículo 3 de la Ley de Casación señala dos vicios del fallo que pueden dar lugar a que sea casado: a) que la resolución impugnada no contenga los requisitos que exige la ley; son omisiones que la afectan en cuanto acto escrito, o sea en su estructura formal, como el que se omita la identificación de las personas a quienes el fallo se refiere, en la enunciación de las pretensiones, en la motivación que se funda en los hechos y en el derecho (que habitualmente se consigna en los «considerandos»), o en la parte resolutive, en cuanto al lugar, fecha y firma de quien la expide; y, b) que en la parte dispositiva se adopten disposiciones contradictorias o incompatibles” (Andrade Ubidia Santiago: *La Casación Civil*. Quito.2005. p.). Ahora bien, la norma constitucional nos manda a tener a la motivación como una de las garantías fundamentales del derecho al debido proceso y obliga a observarla en todas las resoluciones de los poderes públicos, para evitar así, que las decisiones sean adoptadas de manera arbitraria, sin razonar, sin fundamentar. En este orden de ideas, es necesario recordar lo que, reiteradamente, nos plantean tanto la doctrina como la jurisprudencia; motivar no es explicar, es decir, como bien anota el español José María Ascencio, no es suficiente detallar los hechos y los medios de prueba enumerándolos e individualizándolos, sino que, se hace necesario justificar los motivos que conducen, al juzgador, a razonar de esta manera y no de otra, mediante un sesudo análisis de los supuestos fácticos y normativos, sin olvidar que, una de las finalidades de la motivación, es lograr en las partes la certeza de que su caso fue estudiado, analizado, en forma pormenorizada por parte de las o los falladores y que la conclusión a la que se ha llegado responde a un proceso lógico, diáfano, legal y legítimo, es decir, es el resultado de un acto del recto entendimiento humano. En el caso que nos ocupa, este tribunal puede inferir que, en la sentencia, no existen defectos de estructura, que contiene una adecuada armonía entre su parte considerativa y dispositiva y que el uso adecuado de los criterios de razonabilidad permiten que el

documento pueda ser leído fácilmente, por cualquier persona, sin la intermediación de un profesional del Derecho, por lo que no cabe la alegación formulada por el recurrente. **CAUSAL PRIMERA.-** *“Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva”*. Esta causal, primera, del artículo 3 de la Ley de Casación, contiene la llamada violación directa de la ley sustantiva o de los precedentes jurisprudenciales obligatorios en la sentencia recurrida, que hayan sido determinantes de su parte resolutive. Sobre el tema, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil ha dicho: *“Se trata de la llamada transgresión directa de la norma legal en la sentencia, y en ella no cabe consideración respecto de los hechos, pues se parte de la base que es correcta la apreciación del Tribunal ad-quem sobre el valor de los medios de prueba incorporados al proceso, por lo que corresponde al tribunal de casación examinar, a base de los hechos considerados como ciertos en la sentencia, sobre la falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de los artículos citados por el recurrente...”* (Citado por; Andrade Ubidia Santiago: La Casación Civil. Quito.2005.p.).El casacionista sostiene que en la sentencia existe falta de aplicación del Art. 283 del Código de la Niñez y Adolescencia; este artículo se refiere a las normas supletorias que deben ser aplicadas en casos no previstos en el Código de la Niñez y Adolescencia, añade, además, el impugnante que existe aplicación indebida o errónea interpretación, *en relación con el código de procedimiento civil, Art. 113, Código de la Niñez y Adolescencia Art. 131, numeral 3, Código de Procedimiento Civil, Art. 66 y Art. 274*, sin embargo, no explica cómo podía haber cambiado la resolución del Tribunal ad-quem, en caso de que hubieren aplicado éstas normas y cuáles son concretamente, a su criterio, los errores cometidos en la subsunción de los hechos a las normas sustantivas invocadas. Sobre la falta de aplicación de los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que han sido determinantes en su parte dispositiva referidos a la carga de la prueba, cosa juzgada formal, hace bien el recurrente al recordar que existe extensa jurisprudencia en el tema de la negativa reiterada a la realización de la prueba de ADN *“las resoluciones sobre filiación de menores concebidos fuera de matrimonio dictadas sin la prueba del ADN, o de otras de igual o mayor valor que la ciencia vaya descubriendo, no causarían autoridad de cosa juzgada sustancial. Mas, es necesario distinguir entre cosa juzgada formal y sustancial o material*. Al respecto, Eduardo Couture dice: *‘Por un lado se ofrece al intérprete la situación de que determinadas decisiones judiciales tienen, aún agotada la vía de los recursos, una eficacia meramente transitoria. Se cumplen y son obligatorias tan sólo con relación al proceso en que se han dictado y al estado de cosas que se tuvo en cuenta en el momento de decidir; pero no obstan a que, en un procedimiento posterior, mudado el estado de cosas que se tuvo presente al decidir, la cosa juzgada pueda modificarse. A esta forma particular se llama, en doctrina cosa juzgada formal’* (Couture Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1997, 3ª. Ed., p. 416), de esta forma se precautela el interés superior del niño, que no puede sacrificarse por un error que no deslegitima la validez de la prueba, si consideramos que fue oportuna y legamente solicitada, y ordenada dentro de un proceso en el que las partes están debidamente identificadas

e individualizadas. Ahora bien, como nos dice Eduardo Zannoni, la determinación de la filiación, como categoría jurídica tiende a asegurar la identidad personal en referencia a la realidad biológica. Reiteradamente la jurisprudencia ha hecho referencia al examen pericial del ácido desoxirribonucleico, o más conocido como prueba de ADN, prueba científica de reconocido prestigio que ha permitido demostrar la identidad biológica y el parentesco entre las personas a partir del análisis de tejidos orgánicos. Es por ello que estos estudios resultan de gran importancia como medios de prueba en juicios civiles y penales, básicamente, pues ayudan al juzgador a conocer la *“verdad biológica”*. Por último recordemos lo que la Primera Sala de lo Civil y Mercantil ha dicho sobre este tema: *“...las resoluciones judiciales sobre filiación de menores concebidos fuera de matrimonio dictadas sin la prueba de ADN, o de otras de igual o de mayor valor que la ciencia vaya descubriendo, no causan autoridad de cosa juzgada sustancial, como ya lo dijo esta Sala en el fallo pronunciado en el juicio N°150-99 de marzo del 99, dictada en septiembre de 1999, mediante Resolución 183-99 y la Resolución N° 268-98”* (R. O. 3 de diciembre de 1999). De lo expuesto, los cargos realizados por el recurrente contra el fallo de última instancia carecen de sustento.- **7. DECISIÓN EN SENTENCIA:** Por lo expuesto, sin que sea necesario realizar ninguna otra consideración, este Tribunal de la Sala de la Familia Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, no casa la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.- Sin costas ni honorarios que regular.- Actúe la Dra. Patricia Velasco Mesías, como Secretaria Relatora encargada en virtud de la Acción de Personal No. 384 DNP de 8 de febrero de 2012.- Léase y Notifíquese.- Notifíquese y Devuélvase.

Fdo.) Dres. Rocío Salgado Carpio, Eduardo Bermúdez Coronel, Jueces Nacionales, Edgar Flores Mier, Conjuez Nacional y Dra. Patricia Velasco Mesías, Secretaria Relatora (E), que certifica.

f.) Dra. Patricia Velasco Mesías, Secretaria Relatora (E).

CERTIFICO:

Que las cuatro (4) copias que anteceden son tomadas de sus actuaciones originales constantes en el juicio sumario/especial No. 42-2012 PVM (Resolución No. 107-2012) que, por alimentos/paternidad sigue GLORIA QUIMI contra WILLIAMS AYO.- Quito, 14 mayo de 2012.

f.) Dra. Patricia Velasco Mesías, Secretaria Relatora (E).

No. 111-2012

ACTOR: Pedro Ruiz Correa.
DEMANDADA: Eulalia Vintimilla Zea.
JUICIO No. : 019-2012 WG.
JUEZ PONENTE: Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
 SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA,
 NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**

Quito, 7 de mayo de 2012, las 10h30'.

VISTOS: (Juicio No. 19-2012wg) Practicado el resorteo de causas e integrado legalmente este Tribunal, pasamos a tener conocimiento del presente proceso, en nuestras calidades de Jueza, Juez y Conjuez de la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia. **1.- ANTECEDENTES.-** Conoce el Tribunal este proceso en virtud del recurso de casación que interpone la demandada, Eulalia del Rocío Vintimilla Zea contra la sentencia dictada por la Primera Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial del Azuay (fs. 7 a 8 del cuaderno de segunda instancia), que confirma en todas sus partes la dictada por el Juez Segundo de lo Civil de Loja (fs. 23 a 23v del cuaderno de primera instancia) quien acepta la demanda, dentro del juicio verbal sumario que, por divorcio sigue Pedro Ruiz Correa contra Eulalia Vintimilla Zea. Recurso de casación que ha sido admitido por la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia con fecha 1 de julio de 2009, a las 09h55. Para resolver se considera: **2.- COMPETENCIA.-** La competencia de esta Sala está asegurada en virtud de que las Juezas y Juez Nacionales que suscribimos hemos sido debidamente designados por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 004-2012 de 25 de enero de 2012 y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución de 30 de enero de 2012, nos designó para integrar esta Sala Especializada, por lo que avocamos conocimiento conforme a lo establecido en el Art. 184.1 de la Constitución de la República, Art. 189 del Código Orgánico de la Función Judicial y Art. 1 de la Ley de Casación. **3.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO.-** La recurrente estima que se ha infringido la norma contenida en el Art. 280 del Código de Procedimiento Civil. Fundamenta su recurso en la causal segunda. **4.- CONSIDERACIONES ACERCA DEL RECURSO DE CASACIÓN.-** La casación es un medio de impugnación extraordinario y supremo cuyo objetivo fundamental es atacar la sentencia para invalidarla o anularla por los vicios de fondo y forma de los que puede adolecer; proceso que se verifica a través de un cotejamiento riguroso y técnico de la sentencia con el ordenamiento jurídico vigente, para encontrar la procedencia o no de las causales invocadas. Actividad jurisdiccional confiada al más alto Tribunal de Justicia Ordinaria, que en el ejercicio de control de constitucionalidad y legalidad, lo que busca es garantizar la defensa del derecho objetivo en aras de la seguridad jurídica, pilar fundamental en el que se cimenta el Estado Constitucional de derechos y justicia; la igualdad de los ciudadanos ante la ley, así como la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración. **5.- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO EN**

RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS.-

El ámbito de competencia dentro del cual ha de actuar este Tribunal está dado por el propio recurrente en la determinación concreta, completa y exacta de una o más de las causales establecidas por el artículo 3 de la Ley de Casación. En virtud de lo manifestado, en el caso sub-judice, esta Sala se limita a examinar el único cargo contra la sentencia expedida por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Cuenca, sustentado en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, por así haberlo propuesto la recurrente. En efecto, manifiesta la recurrente que: *“Considero que en la sentencia recurrida se ha incurrido en la causal prevista en el numeral segundo del Art. 3 de la Ley de Casación, concretamente por considerar que existe una ERRÓNEA INTERPRETACIÓN de normas procesales, lo cual es determinante en la resolución impugnada; concretamente existe ERRÓNEA INTERPRETACIÓN del Art. 280 del Código de Procedimiento Civil.”* y al fundamentar este cargo dice: *“En la demanda se indica, que la acción se la proponer (sic) por la causal prevista en el Art. 110 numeral 11 inciso segundo del CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL . Sobre este particular en la sentencia se dice: “el Art. 280 del CPC manda, por principio iura novit curia. “Los jueces están obligados a suplir las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho”.....” Es indudable que el Art. 280 del CPC permite al Juez SUPLIR LAS OMISIONES, en que incurran las partes PERO: UNA COSA ES, SUPLIR, Y, OTRA MUY DISTINTA ENMENDAR LOS ERRORES EN QUE PUEDAN INCURRIR LAS PARTES PROCESALES.”* Al respecto, la causal segunda comporta los errores in procedendo que se refieren a indebida aplicación, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales que vicien el proceso de nulidad absoluta o hayan causado indefensión, siempre que el error sea determinante en la decisión de la causa y no haya quedado convalidado legalmente. De entrada se observa que el cargo adolece de falta de claridad y precisión, en razón que la recurrente no expone su acusación como lo requiere la causal segunda, pues, se limita a afirmar que el juez de instancia ha interpretado erróneamente el Art. 280 del Código de Procedimiento Civil, dejando de lado su obligación de indicarle a la Corte, en su sentir, en que momento se produjo la nulidad absoluta o cuando se le dejó en indefensión. Como se observa, tal forma de combatir no contiene la técnica necesaria que exige la ley de la materia, para anular la sentencia impugnada, toda vez que no le es permitido a la Corte de Casación suplir o incluso complementar la tarea impugnativa asignada a la recurrente, en atención a que como se dijo en principio debe circunscribirse al recurso interpuesto, este tipo de falencias resulta un óbice insalvable que le impide entrar sobre el fondo de la acusación pues le está vedado enmendar por su cuenta los defectos que contiene el recurso de casación, por la naturaleza esencialmente dispositiva y formalista del recurso extraordinario de casación. A pesar de la defectuosa fundamentación que se anota, esta Sala puntualiza lo siguiente: a) El hecho de que el accionante al invocar como fundamento de su pretensión haya señalado la norma contenida en el Art. 110, numeral 11 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, es evidente que se trata de un error, por lo que al calificar la demanda, debió el juez de instancia ordenar que la corrija, pero si el juzgador no lo hace, al momento de resolver, por un principio de economía

procesal tendrá que interpretar la demanda, para establecer el verdadero sentido de dicha pretensión, pero, ni en virtud de esta regla de economía procesal ni en aplicación del principio iura novit curia el juzgador esta facultado, a pretexto de interpretar los hechos invocados por las partes, darles un alcance distinto del que aquellas les ha otorgado, ya que de proceder así estaría incurriendo en el vicio de incongruencia. No obstante, en el caso sub júdice no se configura obscuridad o error en la demanda, pues del contenido de la misma se establece claramente que la acción de divorcio planteada se fundamenta en el contenido del Art. 110, numeral 11 inciso segundo del Código de Civil, en razón de que el accionante cita el contenido de dicha norma que se refiere a la causal de divorcio, “*por abandono del compareciente por más de tres años ininterrumpidamente, con inexistencia de relaciones conyugales*” y así lo entendió el juez de instancia que no vio la necesidad de ordenar que se aclare, además, la Sala anota que esta equivocación no es de aquellas que influye en la decisión de la causa, pues es indudable que se trata de un simple error sin ninguna trascendencia en la parte resolutive. b) La sentencia impugnada decide dentro de los límites derivados de las pretensiones contradictorias de las partes, por lo que no se ha producido una modificación sustancial del objeto del proceso, sino una aplicación correcta del Art. 280 del Código de Procedimiento Civil, para adoptar una decisión conforme a derecho, obedeciendo al principio de congruencia que es concomitante al principio dispositivo, pues es deber de todo juzgador ajustar su decisión al ámbito que le ha sido determinado por la exposición de los hechos realizados por las partes. Por lo expuesto, se rechaza el cargo formulado, por carecer de sustento. **DECISIÓN EN SENTENCIA.** Por las consideraciones que anteceden, este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, no casa la sentencia pronunciada por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Cuenca y por tanto desecha el recurso de casación interpuesto por Eulalia del Rocío Vintimilla Zea. Actúe, la doctora Patricia Velasco Mesías, en la calidad de Secretaria Relatora Encargada, conforme la acción de personal No. 384-DNP, de 8 de febrero de 2012.- Sin costas. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, Rocío Salgado Carpio, Jueces Nacionales y Edgar Flores Mier, Conjuez Nacional y Dra. Patricia Velasco Mesías, Secretaria Relatora Encargada que certifica.-

Certifico: Que las tres (3) copias que anteceden, son iguales a sus originales tomadas del juicio verbal sumario No. 19-2012Wg (Resolución No. 111-2012) que por divorcio sigue Pedro Ruiz Correa contra Eulalia Vintimilla Zea.- Quito, 14 de mayo de 2012.-

f.) Dra. Patricia Velasco Mesías, Secretaria Relatora Encargada.

No. 112-2012

ACTORA: Sara Oviedo Fierro,
Secretaria Ejecutiva
Nacional del Consejo
Nacional de la Niñez y
Adolescencia.

DEMANDADA: Catalina Pérez Camargo.

JUICIO No. : 153-2012 JBP.

JUEZ PONENTE: Dr. Eduardo Bermúdez
Coronel.

Quito, a 07 de mayo de 2012, las 10h19.

VISTOS: (JUICIO No. 153-2012 JBP).- 1. COMPETENCIA: En virtud de que la Jueza, Conjueza y Juez Nacionales que suscribimos hemos sido debidamente designados y posesionados por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 004-2012 de 25 de enero de 2012 y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución de 30 de enero de 2012, nos designó para integrar esta Sala Especializada, y conforme el acta de sorteo que obra del expediente de casación somos competentes y avocamos conocimiento de esta causa, conforme el Art. 184.1 de la Constitución de la República, Art. 189 del Código Orgánico de la Función Judicial y Art. 1 de la Ley de Casación. **2. ANTECEDENTES:** Conoce la Sala este proceso en mérito del recurso de casación que oportunamente interpone el Dr. Iván Torres Proaño en su calidad de procurador judicial del señor Patrick Robert Pierre Bernaud contra el auto definitivo proferido por la Primera Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 26 de abril de 2011, las 08h49, mismo que confirma el fallo de primera instancia que denegó la petición de restitución internacional del niño Mateo Bernaud Pérez propuesta por la Socióloga Sara Oviedo, Secretaria Ejecutiva Nacional del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, y por petición del ahora recurrente en su calidad de padre del mencionado menor. Para resolver el cual, se considera: **3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.-** El recurrente alega como normas de derecho que estima infringidas los Arts. 425 y 426 de la Constitución de la República del Ecuador, y Arts. 1, 2, 3, 11 y 12 del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Fundamenta el recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, por errónea interpretación del Art. 425 de la Constitución de la República del Ecuador; en la misma causal por falta de aplicación del Art. 426 de la Carta Fundamental; y, asimismo en la ya expresada causal, por falta de aplicación de los Arts. 1, 3, 11 y 12 del Convenio Internacional antes citado. Cabe precisar que el recurrente como “*alcance al recurso de casación interpuesto*”, presenta nuevo cargo contra el auto impugnado “*que tiene que ver con la falta e indebida aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, en los artículos que mencionaré a continuación*”. Se puntualiza que, el auto definitivo objeto de casación fue dictado el 26 de abril de 2011 y notificado a los sujetos procesales en esa misma fecha, resolución que no fue objeto de recursos horizontales, por lo que el término para presentar el recurso de casación feneció el día martes 03 de mayo de 2011 a las 24h00. Dentro de ese término se presenta el recurso de interposición y formalización del recurso extraordinario ya señalado; en tanto que, el referido

“alcance” se lo presenta el jueves 26 de mayo de 2011, a las 16h01, conforme fe de presentación que suscribe el Secretario Relator del Tribunal de última instancia. Como se ve, con posterioridad a la interposición del recurso y su fundamentación, se presenta otro escrito reformativo, el que se debió hacerlo dentro del término de cinco días que prevé el Art. 5 de la Ley de Casación, habiéndose hecho en forma extemporánea desde que el escrito de fundamentación y el de reforma constituyen una unidad, por lo que improcede el posterior escrito y por ello se lo rechaza. El auto de admisión del recurso de fecha 17 de enero de 2012, implícitamente se refiere a este hecho al señalar: “El recurso de casación se interpuso dentro del término establecido por el artículo 5 de la Ley de Casación ... en consecuencia se admite a trámite...”.

4. CONSIDERACIONES RESPECTO DEL RECURSO DE CASACIÓN:

4.1. La casación es un medio de impugnación extraordinario y supremo cuyo objetivo fundamental es atacar la sentencia para invalidarla o anularla por los vicios de fondo y forma de los que puede adolecer, proceso que se verifica a través de un cotejamiento riguroso y técnico de la sentencia con el ordenamiento jurídico vigente, para encontrar la procedencia o no de las causales invocadas, actividad jurisdiccional confiada al más alto Tribunal de Justicia Ordinaria que, en el ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad, lo que busca es garantizar la defensa del derecho objetivo en bien de la seguridad jurídica, pilar fundamental en el que se sustenta el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, la igualdad de los ciudadanos ante la ley y la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración. La casación, técnicamente es un recurso riguroso, restrictivo y formalista por lo que su interposición debe sujetarse necesaria e invariablemente a los requisitos previstos en la Ley.

5. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS:

5.1. El recurrente, amparado en la causal primera de la Ley de Casación, expresa que en el auto impugnado se ha aplicado erróneamente el Art. 425 de la Constitución, se dejó de aplicar el Art. 426 de esta misma Ley Fundamental, como igualmente se inaplicó los Arts. 1, 3, 11 y 12 del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, instrumento internacional que forma parte del ordenamiento jurídico interno del Ecuador. **5.2.** Conforme el principio dispositivo contemplado en el Art. 168.6 de la Constitución de la República y desarrollado en el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, es el recurrente quien fija los límites de análisis y decisión del Tribunal de Casación. El recurso de casación no lleva al Tribunal llamado a resolverlo al conocimiento de toda la causa, sino sólo al conocimiento de los vicios de la sentencia o auto impugnado, con la adición de que la casación es remedio utilizable exclusivamente por los errores de derecho, aunque éstos se hayan producido en la premisa menor del silogismo. “La casación es un instituto judicial consistente en un órgano único en el Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina, sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas por los interesados mediante un remedio judicial (recurso de casación) utilizable solamente contra las sentencias que

contengan un error de derecho en la resolución de mérito” (Piero Calamandrei, La Casación Civil, Vol. 2, Oxford University Press, México, 2000, p. 325).

5.3. La causal invocada, primera del Art. 3 de la Ley de Casación, prevé la violación directa de la ley sustantiva o material o de los precedentes jurisprudenciales obligatorios en la sentencia o auto impugnados, hecho que debió ser determinante de su parte resolutive. Por esta causal no cabe consideración alguna respecto de los hechos ni menos la realización de análisis probatorio desde que se parte del entendido de su correcto análisis por el tribunal de última instancia. Este vicio de juzgamiento in iudicando acontece en estos eventos: a) Cuando el juez inaplica al caso controvertido normas sustanciales que las debió aplicar y, de así haberlo hecho, habrían determinado una resolución distinta a la acogida. b) Cuando el juzgador entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto fáctico diferente de aquel hipotético contenido en ella; se provoca, en consecuencia, el error en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido; y, c) Cuando el juzgador incurre en error de hermenéutica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que no los tiene.

5.4. El casacionista expresa “La sentencia recurrida viola los tratados de derecho internacional aprobados por el Ecuador, pues aunque reconoce el principio de jerarquía previsto en la Constitución, mismo que es innegable; al mismo tiempo considera que la Constitución está por encima de los Tratados Internacionales, cuando se debe tener en cuenta estos dos elementos jurídicos constitucionales sumamente importantes: el inciso segundo del artículo 424, que dispone: la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. El inciso segundo del artículo 425, dispone que: ‘En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior’. En este sentido, en la sentencia impugnada los señores Jueces aplican erróneamente el principio de jerarquía de las normas establecidas en la Constitución, pues concluyen que los tratados internacionales son de inferior jerarquía constitucional, y en tal virtud, acuden al artículo 425, inciso segundo, lo que, a su vez, les permite entrar a analizar artículos como el 44 y 46 numeral 1 de la Carta Magna, dejando de lado otros derechos garantizados por la misma Constitución y por los tratados internacionales, como son el derecho del menor a tener un padre y a una madre en un ambiente familiar completo. En virtud de esta errónea interpretación, los jueces dejan de aplicar el contenido del inciso segundo del artículo 426 de la Constitución en el cual se reconoce claramente el rango de igual jerarquía de los tratados internacionales y de la Constitución”.

5.5. La interpretación conlleva razonamiento que se dirige a responder la pregunta de cuál es el significado de un texto; hay interpretación tanto cuando se analiza el texto en abstracto como cuando se plantea el problema de la aplicación de su contenido a un caso concreto. Interpretar un texto significa decidirse por una de entre varias posibles maneras de entenderlo y aplicarlo. “Desde el punto de vista de su finalidad, el cometido de la interpretación es hallar el resultado constitucionalmente ‘correcto’ a través de un procedimiento racional y

controlable, fundamentar este resultado de modo igualmente racional y controlable, creando certeza y previsibilidad jurídicas”. (Konrad Hesse, citado por Iván Vila Casado, Nuevo Derecho Constitucional Antecedentes y Fundamentos, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Medellín – Colombia, 2002, p. 343). Todos los textos jurídicos, por más completos que parezcan, son, en principio susceptibles de y necesitan interpretación. Robert Alexy sostiene que existen al menos cuatro razones para realizar una labor de interpretación: “Por la vaguedad del lenguaje jurídico, a diferencia de lo que sucede con los rigurosos términos de las matemáticas o de las ciencias naturales. Porque con mucha frecuencia se presentan conflictos entre normas aplicables al mismo supuesto de hecho. Porque en la actividad judicial surgen casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe una norma vigente. Por la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma para evitar un resultado abiertamente injusto, lo que se presenta en los llamados ‘casos límite’”. (Teoría de la argumentación jurídica, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 23). Crece en importancia la interpretación jurídica de la Constitución en atención a su carácter abierto y amplio, y en cuanto contiene normas con diferente estructura, conectadas con principios y valores que indican las directrices fundamentales, el sentido y la finalidad del ordenamiento constitucional. “La Constitución es fragmentaria y fraccionada; fragmentaria, porque no regula todo lo que tiene que ver con las instituciones jurídico políticas, y fraccionada, porque gran parte de las normas se presentan como incompletas y requieren, por lo tanto, ser completadas con datos que ofrece la realidad social. Además, la ley hace parte de todo un ordenamiento jurídico, lo que permite que para su interpretación se pueda acudir a otras leyes y, sobretudo, a la Constitución, techo del ordenamiento. Eso no es posible cuando se trata de interpretar la Constitución, ya que ella se encuentra sola en la cúspide normativa y no puede ser relacionada con otros conjuntos jurídicos, todos ellos de inferior jerarquía”. (Iván Vila Casado, op. cit. p. 352).- **5.6.** La doctrina permite reconocer una serie de principios de la interpretación constitucional con gran importancia práctica en cuanto se han convertido en guías de la labor hermenéutica que realizan los tribunales de justicia. Entre esos principios se encuentra el de armonización, en cuanto los conflictos que enfrenten entre sí normas constitucionales, al tratar de resolver un problema concreto, deben ser resueltos por el intérprete a través de una labor de armonización o concordancia práctica. Este principio “está íntimamente relacionado con el de la unidad constitucional. Las normas constitucionales que se enfrentan en una tensión recíproca tienen que ser armonizadas, puestas en concordancia la una con la otra. Ningún bien jurídico puede ser considerado de rango superior, a menos que la misma Constitución lo ordene, como sucede con el artículo 44 de la Constitución colombiana, en donde se señala en forma categórica que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los adultos. Los bienes constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo que conserven su entidad.” (Iván Vila Casado, ídem, pp. 359 y 360). **5.7.** Es verdad, así se lo ha reconocido, que los tratados internacionales, en el Ecuador, están al mismo nivel jerárquico que la Constitución, los que deben ser aplicados de manera directa por jueces y autoridades

administrativas. La Corte Constitucional Para el Periodo de Transición del Ecuador, refiriéndose al Art. 424 de la Constitución de la República, establece que: “El bloque de constitucionalidad es ese conjunto de principios, normas, valores, disposiciones que, aun encontrándose fuera de la Constitución, por su contenido garantista de los derechos humanos, tiene rango constitucional. Estas normas vinculan a los miembros de los Estados que han ratificado tales instrumentos internacionales. Las normas internacionales amparan y protegen; desde este punto de vista, todo ser humano posee una doble garantía de sus derechos, por las normas internas del Estado al que pertenece o donde se encuentre, y en forma externa, por el Derecho Internacional. Esta supremacía que tienen los tratados internacionales de derechos humanos está dada por la remisión que la propia Constitución haga, la cual obliga a su aplicación directa en caso de conflicto o ausencia de regulación en el derecho interno, como se señala en los artículos 11 numeral 3 y 426 de la Constitución” (sentencia No. 031 - 11 - SEP - CC de 21 de septiembre de 2011). **5.8.** La doctrina de la protección integral considera a niñas, niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos, en tanto que, el principio del interés superior del niño debe ser entendido como garantista de modo que signifique la satisfacción de sus derechos. Dentro de la doctrina de la protección integral de niñas, niños y adolescentes se incluye o comprende a todos los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos suscritos por el Ecuador y que forman parte de la Constitución de la República; en este contexto la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3.1 consagra que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. En tanto que, el Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador prevé: “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo - emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales, nacionales y locales”. El principio de interés superior conlleva que en el tratamiento judicial o administrativo en los que se encuentren en juego derechos de niñas, niños y adolescentes, debe ser priorizado de tal modo que se logre la efectiva protección de tales derechos y, así lo consagra el Art. 11 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, principio que, conforme este precepto legal, es uno de interpretación de esa ley, de tal modo que se consiga hacer efectivos los derechos de los menores. La Corte Constitucional de Colombia, refiriéndose al principio del interés superior del niño, precisa: “La más especializada doctrina coincide en señalar que el interés superior del menor, se caracteriza por ser: 1) Real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del

menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; 2) Independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; 3) un concepto relacional pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; 4) la garantía de un interés jurídico supremo consiste en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor". (La Vida de los Derechos de la Niñez. Compilación Normativa, T. I, Ministerio de Justicia y del Derecho. Comentarios y Compilación de Jorge Enrique Ibáñez Nájara, p. 45). Por lo tanto, para determinar la opción más favorable para el niño, niña o adolescente se debe contextualizar la interrelación Estado, sociedad y familia dentro del marco del respeto a los derechos humanos, de tal modo que se satisfaga el interés prevaleciente de los niños, niñas y adolescentes que hagan práctico su interés superior, contra el que no puede invocarse otro interés que no sea el bienestar y desarrollo integral y armonioso de aquellos, desde que por el principio pro homine rige la interpretación normativa que más se ajuste a sus derechos, prevaleciendo sobre cualquier otro, y así lo consagra literalmente el Art. 44 inciso primero de la Constitución de la República. No existe, en consecuencia, la falta de aplicación del Art. 426 ni la errónea interpretación del Art. 425 de la Carta Fundamental, cargos formulados por el recurrente y que se los desestima.- **5.9.** Dice el casacionista *"Como producto de la errónea interpretación del artículo 425 y la falta de aplicación del artículo 426 de la Constitución, se produjo la falta de aplicación de los artículos 1, 2, 3, 11 y 12 del Convenio de la Haya, que en su artículo 1, letra a), establece que el Convenio tiene por objeto garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados de manera ilícita. Por lo tanto, al haber la madre trasladado ilícitamente al niño Mateo Bernaud Pérez de su residencia habitual en Francia al Ecuador, violó el ejercicio de la patria potestad conjunta y el derecho de custodia, y por ello sobretodo, el derecho del menor a tener a su padre y a vivir en un entorno familiar y escolar favorable"*. Si bien es objetivo de esta Convención el reintegro al país de su residencia habitual de niños, niñas y adolescentes que hayan sido trasladados o retenidos ilícitamente en un país diferente al de aquél, por lo que su Art. 12 de la Convención establece: *"Cuando un menor ha sido trasladado o detenido ilícitamente bajo los términos del artículo 3 y que un periodo de menos de un año ha pasado desde el traslado o la detención al momento de la presentación de la demanda ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante donde se encuentra el menor, la autoridad en cuestión ordenará su inmediato regreso"*. Pero es trascendente citar su párrafo segundo, en cuanto: *"La Autoridad judicial o administrativa, aun cuando los procesos se hayan iniciado después de la expiración del periodo de un año, previsto en el párrafo anterior, deberá también ordenar el regreso del menor, a menos de que se haya demostrado que el menor se ha integrado a su nuevo medio"*. El Tribunal de última instancia consideró las circunstancias en las que se encuentra actualmente el niño, y que llevó a decidir que no cabe la restitución internacional, desde que éste se ha integrado a su nuevo medio familiar. En efecto, consta de la resolución impugnada: *"Procesalmente se ha demostrado que el niño Mateo Bernaud Pérez se encuentra residiendo*

en el Ecuador con su madre, de nacionalidad ecuatoriana, quien no se ha negado a que el menor mantenga comunicación con su padre ... ordenar la restitución del menor a Francia, significaría que debería vivir únicamente con su padre prescindiendo del cuidado y protección de su madre ... privar al menor de los cuidados de su madre, constituye una violación a sus derechos constitucionales consagrados en los Arts. 44 y 46 numeral 1 de la Constitución ... Mateo Bernaud Pérez, menor de 6 años, requiere de la protección y cuidado de su madre, derechos que, como ya se observó no tendrá si se ordena su restitución a Francia, así como la privación del entorno familiar y escolar que luego de casi dos años de permanencia en el Ecuador ha logrado; lo que ocasionaría un daño psicológico en su desarrollo ... las pruebas actuadas, valorando el hecho de que el menor se encuentra bajo el cuidado y protección de su madre, residiendo en el Ecuador, con su abuela materna en un entorno familiar acogedor y seguro que le permite su desarrollo integral; y de que, su restitución implicaría no sólo como ya se observó, violación a sus derechos constitucionales, sino que implicaría un daño psíquico al que se refiere el literal b) del artículo 13 de la Convención en referencia". Como se aprecia, el Tribunal ad quem consideró fundamental el hecho de que el niño se encuentra integrado al nuevo entorno familiar, encontrando que se ha adaptado a su nuevo medio, hecho que determinó la negativa de restitución internacional, esto es a Francia, del expresado menor.- **5.10.** Cabe enfatizar que tal negativa se enmarca en el Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador, en cuanto los derechos de los menores prevalecen sobre los derechos de los adultos, atendiéndose al principio de su interés superior. Además, por la forma categórica en que determina el precepto constitucional los derechos de los menores, tienen rango superior a los de los adultos, lo que no permite, por ese principio fundamental, el retorno a Francia del niño varias veces mencionado y en la forma que consta del Art. 20 de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles del Plagio Internacional de Menores. Por lo que se rechaza este último cargo.- **6. DECISIÓN EN SENTENCIA:** En consecuencia, este Tribunal, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, no casa el auto definitivo proferido por la Primera Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia, de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 26 de abril de 2011. Hágase saber.

Fdo.) Dres. Eduardo Bermúdez Coronel y María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Jueces Nacionales; Dra. Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa, Conjueza Nacional y Dra. Patricia Velasco Mesías, Secretaria Relatora (E), que certifica.

f.) Dra. Patricia Velasco Mesías, Secretaria Relatora (E).

CERTIFICO: Que las cinco (5) fotocopias que anteceden, son tomadas de su actuación original, constante en el juicio No. 153-2012 JBP (Recurso de Casación) que sigue SARA OVIEDO FIERRO, Secretaria Ejecutiva Nacional del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia contra CATALINA PEREZ CAMARGO (Resolución No. 112-2012).- Quito, 14 de mayo de 2012.

f.) Dra. Patricia Velasco Mesías, Secretaria Relatora (E).

No. 113-2012

ACTOR: Sergio de Jesús Farez.
DEMANDADA: Rosa Elena Valladares Sinchi.
JUICIO No. : 15-2012 WG.
JUEZ PONENTE: Dr. Asdrúbal Granizo.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**

Quito, 8 de mayo de 2012, las 08h30'.

VISTOS.- (Juicio No. 15-2012 Wg) Practicado el resorteo de causas e integrado legalmente este Tribunal, pasamos a tener conocimiento del presente proceso, en nuestras calidades de Juez, Jueza y Conjueza de la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia. **1.- ANTECEDENTES.-** Conoce el Tribunal este proceso en virtud del recurso de casación que interpone la demandada Rosa Elena Valladares Sinchi contra la sentencia dictada por la Primera Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Azuay, (fs. 4 a 5v. del cuaderno de segunda instancia), de fecha 30 de mayo de 2008, a las 17h25', la que confirma el fallo dictado por el Juez Sexto de lo Civil de Cuenca (fs. 17 del cuaderno de primera instancia) y declara con lugar la demanda. Inconforme con lo resuelto la demandada interpone recurso de casación que ha sido admitido por la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia con fecha 29 de septiembre de 2008, a las 08h45. Para resolver se considera: **2.- COMPETENCIA.-** La competencia de esta Sala está asegurada en virtud de que el Juez, Jueza y Conjueza Nacionales que suscribimos hemos sido debidamente designados por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 004-2012 de 25 de enero de 2012 y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución de 30 de enero de 2012, nos designó para integrar esta Sala Especializada, por lo que avocamos conocimiento conforme a lo establecido en el Art. 184.1 de la Constitución de la República, Art. 189 del Código Orgánico de la Función Judicial y Art. 1 de la Ley de Casación. **3.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO.-** La recurrente estima que se han infringido las siguientes normas: Arts. 115, 117, 340, 346, numerales 3 y 4, 838, 844 y 1014 del Código de Procedimiento Civil. Fundamenta su recurso en la causal cuarta. **4.- CONSIDERACIONES ACERCA DEL RECURSO DE CASACIÓN.-** La casación es un medio de impugnación extraordinario y supremo cuyo objetivo fundamental es atacar la sentencia para invalidarla o anularla por los vicios de fondo y forma de los que puede adolecer; proceso que se verifica a través de un cotejamiento riguroso y técnico de la sentencia con el ordenamiento jurídico vigente, para encontrar la procedencia o no de las causales invocadas. Actividad jurisdiccional confiada al más alto Tribunal de Justicia Ordinaria, que en el ejercicio de control de constitucionalidad y legalidad, lo que busca es garantizar la defensa del derecho objetivo en aras de la seguridad jurídica, pilar fundamental en el que se cimenta el Estado Constitucional de derechos y justicia; la igualdad de los ciudadanos ante la ley, así como la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes

jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración. **5.- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS.-** Con fundamento en la causal cuarta, la recurrente manifiesta que: "... se vulneró la solemnidad sustancial determinada en el numeral 4 y 6 el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil por cuanto el actor a pesar de que conoce perfectamente mi residencia; bajo juramento declara que lo desconoce y me cita por la prensa impidiéndome ejercer mi legítimo derecho a la defensa...", posteriormente afirma que: "Se ha vulnerado lo establecido en el artículo 1014 del Código de Procedimiento Civil.../... se ha violado lo establecido en los artículos 117, 838 y 844 y 340 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto jamás al ser citada en mi domicilio conforme a ley; pude ejercer mi derecho de contestar la demanda... /.../...La norma de derecho que se ha infringido al dictar esta sentencia es el artículo 115 del Código Civil...", y concluye, en lo siguiente. "La causal que se funda mi recurso de Casación, es la causal cuarta del Artículo 3 de la ley de Casación, ya que en la sentencia se omitió resolver en ellas todos los puntos de la litis.". Al respecto el numeral 4 del Art. 3 de la Ley de Casación dispone que esta causal se configura por resolución en la sentencia o auto de lo que no fuere materia del litigio, o por omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis. En la doctrina se sustenta el criterio de que el juzgador puede incurrir en las sentencias y autos que pronuncia en extra, ultra o citra petita; en el primer caso, si resuelve sobre puntos no controvertidos; en el segundo cuando concede más de lo pedido; y, en el tercero, cuando omite resolver sobre alguno de los puntos litigiosos. Principio de incongruencia que, se encuentra consagrado en nuestra legislación, en los Artículos 273 y 274 del Código de Procedimiento Civil. En la especie, la argumentación que desarrolla la recurrente sobre la nulidad alegada, debió haber sido invocada al amparo de la causal segunda de la ley de la materia, que dispone: "Art. 3 Causales.- 2. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente;". A pesar de esta defectuosa fundamentación del recurso, este Tribunal esta en la obligación de verificar si en el proceso se ha producido la nulidad alegada, conforme lo prescribe el Art. 349 del Código de Procedimiento Civil, al efecto, las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, (Art. 346, numerales 4 y 6; y 1014), mencionadas por la recurrente se refieren a los siguientes aspectos jurídicos: a) Que la citación de la demanda al demandado y la notificación a las partes del auto de prueba y sentencia, son solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios; y b) Que la violación del trámite anula el proceso. Al respecto, este Tribunal estima que no hay lugar a dicha violación, en razón que la sentencia cuestionada en el considerando primero manifiesta: "Esta Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales, por sorteo, es la competente para resolver la controversia, trámite que observa las formalidades legales pertinentes para su validez, como así se lo declara, pues la citación a la demandada se produce dentro de los preceptos de los artículos que cita el Juez, en el auto de calificación, y que son los que corresponde a esta clase de acciones."; de cuya consideración categórica se desprende que no advirtió ese

Tribunal la nulidad que alega la recurrente, toda vez que en la parte resolutive de dicha sentencia, declara que: "...confirma el fallo recurrido, dejando expresamente a salvo el derecho que les asistiere a la demandada y a los hijos del matrimonio disuelto, en los términos que la Ley les franquea.", por las razones manifestadas, resulta obvio que el Tribunal de instancia a quien le correspondió valorar la prueba, analizar los hechos probados y aplicar la ley en su sentencia, al resolver no encontró justificada la invocada nulidad, de lo que se deriva que el cargo analizado no se justifica. **6. DECISIÓN EN SENTENCIA.-** Por las consideraciones que anteceden, este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia 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 REÚBLICA**, no casa la sentencia pronunciada por la Primera Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Azuay. Se recuerda al abogado defensor de la recurrente que, es su obligación hacer uso de las herramientas necesarias para realizar una defensa técnica. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, Rocío Salgado Carpio, Jueces Nacionales y Dra. Rosa Alvarez Ulloa, Conjueza Nacional y Dra. Patricia Velasco Mesías, Secretaria Relatora Encargada, que certifica.-

Certifico: Que las dos (2) copias que anteceden, numeradas, selladas y rubricadas, son iguales a sus originales tomadas del juicio No. 15-2012Wg (Resolución No. 113-2012) que sigue Sergio de Jesús Farez contra Rosa Elena Valladares Sinchi. Quito, 14 de mayo de 2012.-

f.) Dra. Patricia Velasco Mesías, Secretaria Relatora Encargada.

No. 13-07

En el juicio penal que sigue Jhon Jairo Velásquez en contra de Freddy Fernández Bravo, se ha dictado lo siguiente:

"PROYECTO DEL: Dr. Hernan Ulloa Parada (Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial).

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO PENAL

Quito, 26 de diciembre de 2011. Las 13H00.

VISTOS: El acusador particular, Jhon Jairo Velásquez Chingue, interpone recurso de casación a la sentencia emitida el Tribunal Penal del Carchi, el 30 de noviembre del 2006, a las 09h00, en contra de Freddy Fernando Fernández Bravo, en la que le impone la pena de seis años de reclusión menor, con costas, daños y perjuicios, como autor de robo calificado. El recurso ha sido debidamente fundamentado por el recurrente, habiéndose corrido traslado a la Fiscalía General del Estado, que contestó, de

conformidad con lo que dispone el Art. 355 del Código de Procedimiento Penal. Por concluido el trámite y siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.-** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1; Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el R.O. No. 449 de 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 449 de 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de diciembre de 2008; y, la Resolución Sustitutiva dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre y publicada en el R.O. No. 511 de 21 de enero del 2009; y, el sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de Jueces Nacionales de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento del presente juicio penal.- **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial alguna, que podría causar su nulidad; por lo que, este Tribunal de Alzada, declara la validez de esta causa penal. **TERCERO: FUNDAMENTO DEL RECURSO.-** El recurrente, Jhon Jairo Velásquez Chingue, en su escrito de fundamentación, manifiesta que: "Mediante sentencia, errónea y amañada, dictada por el Tribunal Penal del Carchi ... contra toda lógica de forma soterrada, ilegal y arbitraria, en contraposición de los méritos procesales **ÚNICAMENTE** se condena a **FREDDY FERNANDO FERNANDEZ BRAVO**, autor del delito de **ROBO CALIFICADO** a la pena de seis años de reclusión menor. Resolución que fue emitida con violación a la Ley, pues contraviene a su texto específico, a lo determinado en el inciso Tercero, del ordinal Cuarto, del Art. 552 del Código Penal que dice: **"SI LAS VIOLENCIAS HUBIEREN OCASIONADO UNA LESIÓN PERMANENTE ...LA PENA SERÁ DE RECLUSIÓN MAYOR DE OCHO A DOCE AÑOS..."**; y en lo principal, alega que las normas de derecho que el Tribunal Penal del Carchi ha violado, al dictar la sentencia impugnada son las siguientes: a) Falta de aplicación del Art. 86 del Código de Procedimiento Penal, ya que los señores miembros del Tribunal Penal del Carchi, han dejado de valorar las pruebas presentadas durante la etapa del juicio, materiales, documentales, instrumentales y testimoniales, de trascendencia importantes a justificar tanto la existencia material de la infracción como la responsabilidad penal del acusado señor **FREDDY FERNANDO FERNANDEZ BRAVO**; b) Manifiesta que existe una falta de valoración de la prueba, aportada por el recurrente, a pesar de que éstas reúnen los requisitos contemplados en los Artículos 79 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el Art. 83 **IBIDEM** y que, según manifiesta el casacionista, "fueron practicadas respetando las normas del debido proceso, establecida en el Art. 24 de la Constitución del Estado, evidenciándose que debido a esta falta de valoración de la prueba los señores Magistrados no realizan una enunciación de todas las pruebas practicadas y la relación precisa y circunstanciada del hecho punible (Art. 309 ordinal 2do.C.P.P.) y peor aún expresan en su resolución la valoración de todas las pruebas por mi aportadas como es de su obligación legal (Art. 115, inciso 2do. C.P.C.)..." 2.

Insiste el casacionista, que “al no haber el Tribunal analizado y valorado en su conjunto todas las pruebas actuadas y al desconocer la existencia de los Instrumentos Públicos y Privados evacuados en la Etapa de Juicio, ha dejado de considerar lo previsto en los Artículos 145 y 146 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con las disposiciones jurídicas de los artículos 164 y 167 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil (Ley supletoria para el caso que nos ocupa), y, de igual forma, se desconoce las disposiciones contempladas en los Artículos 91, 123, 124 y más pertinentes del Código de Procedimiento Penal ...”; **3.** Solicita que “DECLARE QUE LA SENTENCIA IMPUGNADA VIOLA LA LEY, Y EN SU DEFECTO DICTE SENTENCIA ENMENDANDO DICHAS VIOLACIONES Y CONDENEN AL INFRACITOR FREDDY FERNANDO FERNÁNDEZ BRAVO AL MÁXIMO DE LAS PENAS Y MULTAS CONTEMPLADAS EN EL ART. 552 NUMERAL 4TO. INCISO TERCERO DEL CÓDIGO PENAL, SIN CONSIDERACIÓN A LA REBAJA DE LA PENA POR ATENUANTES, DISPONIENDO TAMBIÉN EL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS”.- **CUARTO: CONSIDERACIONES DE LA FISCALÍA GENERAL.**- El Dr. Jorge W. Germán R. Fiscal General del Estado, al contestar la fundamentación del recurso de casación interpuesto por el Acusador Particular, hace una reseña resumida del caso, señalando que por el Parte Policial que mediante oficio No. 011-PJ-CP-10, remite el Jefe de la Policía Judicial del Carchi, ha llegado a conocimiento del fiscal de la causa, que el 7 de enero del 2006, los agentes de Policía que se han encontrado de servicio, por información de radio patrulla, se han trasladado a la Av. San Francisco, donde conocen que el cambista Jairo Velásquez había sido objeto de asalto y robo de dinero, por parte de tres sujetos, quienes le habían robado la cantidad de treinta y tres mil dólares, los que le habían propinado cuatro disparos con arma de fuego, en circunstancias que éste guardaba su vehículo en el garaje de su domicilio ubicado en el pasaje sin nombre de la Av. San Francisco y que una vez consumado este hecho los tres antisociales se habían dado a la fuga por la parte posterior de la clínica CESMED. En estas circunstancias la policía ha organizado una búsqueda y aproximadamente a las 22h00 han logrado aprehender al ciudadano Freddy Fernando Fernández, en el interior del canal de agua que conduce a la Planta de luz, siendo trasladado a las oficinas de la Policía Judicial y posteriormente al Hospital Luis G. Dávila; que con estos antecedentes el Tribunal Penal del Carchi, en sentencia expedida el 30 de noviembre del 2006, condena a Freddy Fernando Fernández Bravo a una pena de SEIS años de Reclusión Menor; con relación al fundamento del recurso interpuesto, el Fiscal General manifiesta que: “**1.** En la sentencia recurrida, a partir del considerando cuarto, ésta se refiere a los actos procesales practicados con la finalidad de comprobar conforme a derecho la existencia material de la infracción y la responsabilidad del acusado”, y dice: “Versión rendida por el ofendido Jhon Jairo Velásquez Chingue, testimonio rendido por Víctor Gaón, testimonio propio de Melva Benavidez testimonio de William Cadena y los testimonios de Ciro Pantoja, Edison Chulde y Álvaro Lima; se refiere al testimonio del policía Víctor Gaón, quien dice que ha presentado al Tribunal las evidencias que le han sido entregadas en este caso, como son: un buzo de lana, un interior, un pantalón, dos ojivas extraídas la una del cuerpo del ofendido y la otra encontrada en el lugar de los hechos:

el Dr. Wilson Montenegro, médico perito acreditado por la Fiscalía, quien ha manifestado que ha realizado el reconocimiento médico legal al señor Jhon Jairo Velásquez en el Hospital Eugenio Espejo de la ciudad de Quito, encontrándose con heridas producidas por un proyectil de arma de fuego, observando que una de ellas atravesó el pulmón, considerándola la herida más grave, encontrando también cuatro impactos de proyectil, dos a nivel de tórax lateral derecho y superior; y, dos a nivel de glúteo y muslo izquierdo”. **“Concluyendo que el paciente por la oportuna intervención se pudo salvarle la vida sin que presente secuelas permanentes en lo posterior y que en su informe hace constar el tiempo de incapacidad de 20 a 25 días por las heridas causadas”.** (Las negritas son del texto). Los policías Edison López y Félix Carchi, peritos nombrados para el reconocimiento de las evidencias, quienes manifiestan en lo principal que practicaron esta diligencia encontrando orificios en las prendas de vestir que posiblemente sean provocadas por armas de fuego; **2.** Dice que estos elementos de convicción que luego en su etapa procesal respectiva fueron producidos, esto es en la etapa del juicio alcanzaron el valor de prueba y con ellos se demuestra efectivamente la existencia material de la infracción y la responsabilidad penal del imputado conforme lo prescribe el Art. 88, numerales 1, 2, y 3 del Código de Procedimiento Penal; **4.** Finalmente manifiesta que: “en la Sentencia recurrida, no se ha inobservado la aplicación de las normas procesales aludidas, no se ha violado el texto de la Ley, no se ha hecho una falsa aplicación y tampoco se la ha interpretado erróneamente, por el contrario se aprecia que los hechos considerados en la Sentencia guardan relación lógica y sindéresis jurídica con los hechos comprobados plenamente dentro del juicio; y, así mismo está justificada la responsabilidad penal del imputado por lo que estima que no procede el recurso de casación planteado por el acusador particular, Jhon Jairo Velásquez Chingue”.- **QUINTO: ANALISIS DE LA SALA.- 1)** En innumerables ocasiones se ha manifestado que, para la procedencia del recurso de casación en el ámbito penal, es imprescindible que en la fundamentación se determine con certeza los cargos contra la legalidad de la sentencia impugnada, es decir, que se especifique la violación de la norma en cualquiera de las hipótesis enunciadas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal que prescribe que, el recurso de casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, ya por haber hecho una falsa aplicación de ella, o por errónea interpretación. No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba. De acuerdo con la norma transcrita, la violación de la ley sustantiva, sobre aspectos de puro derecho, se pueden producir a través de tres modalidades, según el autor Walter Guerrero Vivanco, en su obra “Derecho Procesal Penal”, Tomo IV EL PROCESO PENAL. PUDELECO, Editores S.A. marzo 2004, pág. 291; **a)** Por contravenir expresamente a su texto (violación expresa); **b)** Por haberse hecho una falsa aplicación de la misma (aplicación indebida); y, **c)** Por haberla interpretado erróneamente (interpretación errónea). Lino Enrique Palacio, en “Los Recursos en el Proceso Penal” Abeledo -Perrot, Bs. As., 2001, pág. 115, acertadamente señala que **“la vía del recurso de casación no procede para provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios en que se apoya la sentencia, por cuanto el valor de las pruebas no**

está prefijado o predeterminado de antemano y corresponde, por lo tanto, a la apreciación del Tribunal de juicio la determinación del grado de convencimiento que aquellas puedan producir, sin que dicho Tribunal deba justificar por qué otorga mayor o menor mérito a una prueba que a otra”. Cabe establecer, que de acuerdo con las normas legales que rigen la casación penal, es obligación de quien recurre por esta vía, en este caso, demostrar en qué consiste las violaciones de la ley en la sentencia, esto es hacer evidente la contravención a las normas legales en cuanto a su texto, o establecer claramente en qué consiste la interpretación de la ley o la falsa aplicación de la misma y de qué manera ha influenciado en la equivocada decisión de los juzgadores. Por lo expuesto, esta sala está imposibilitada de realizar un reexamen de las pruebas actuadas, ya que como se ha dicho, la ley le concede esta facultad al juzgador, quien por su independencia y haciendo uso de la sana crítica, que no es otra cosa que el acervo de capacidad, experiencia, lógica jurídica y convicción personal, es a quien le corresponde la valoración de la prueba, tanto más que, por su inmediatez en el recaudo procesal, tiene la sustentación de todos los elementos de juicio para decidir lo que en derecho corresponda. Si bien es cierto que las conclusiones fácticas de la sentencia son inatacables en casación, ésta si controla el proceso lógico seguido por el juez en su razonamiento, correspondiéndole únicamente a esta Sala, analizar si el juzgador al valorar la prueba para determinar la existencia material del ilícito y la correspondiente responsabilidad de la persona imputada, ha utilizado de una manera correcta las reglas de la sana crítica, pues es en base a éstas que el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal, establece que el juzgador debe valorar dichas pruebas; es decir, realizar un examen sobre el sistema probatorio establecido por la ley, a fin de custodiar la aplicación de las reglas de la sana crítica en la motivación de la sentencia, verificando si en su fundamentación se han observado las reglas de la lógica, del razonamiento y de la experiencia. La garantía de motivación consiste en que mientras por un lado se deja al juez libertad de apreciación, queda en cambio obligación a correlacionar lógicamente los argumentos, todo aquello para prevenir la arbitrariedad en las decisiones a las que arribe el Juzgador; en consecuencia, esta Sala no puede tomarse la atribución soberana que tiene el inferior sobre la valoración de la prueba, en virtud de los principios de inmediatez y contradicción de la misma, al respecto de estos dos principios nos habla Yesid Ramírez Bastidas, en su obra “El Juicio Oral en Colombia”, pág. 183, en la que respecto al primero dice: **“la inmediatez solo puede entenderse asegurada si el juez y las partes tienen la posibilidad de acercarse a la prueba por medio de un contacto constante entre todos ellos y el elemento probatorio en examen”**, añade que es **“la circunstancia en virtud de la cual los sujetos procesales reciben en forma inmediata, directa y simultánea los elementos de prueba provenientes de los diferentes medios, como presupuestos lógicos de la sentencia”**; con respecto al segundo señala que se cumple **“cuando el sistema permite la interacción de las partes, en un juego equilibrado de intervenciones orientadas a reforzar la posición de cada uno de los intervinientes y en controlar el desarrollo de la audiencia oral”**; con mucho acierto Claus Roxin, en su obra “Derecho Procesal Penal, Tomo II, pág. 191, manifiesta. **“El fin de la casación reside en el aseguramiento de una protección jurídica realista,**

pudiendo ser presentadas a la revisión del tribunal de casación (solo) aquellas partes de la decisión de los jueces de mérito que son independientes del paso del tiempo y que, por ello, no son de dominio natural del juez de primera instancia, quien actúa de manera más cercana a los hechos. Po ello, es que el legislador ha entregado la cuestión de hecho (esto es, las comprobaciones fácticas que se vuelven más dificultosas con el paso considerable del tiempo; ante todo, la prueba testimonial debido a la disminución de la memoria) al juicio exclusivo del juez de primera instancia como “juez de hecho” (mérito), y ha limitado al tribunal de casación... la comprobación de las lesiones de la ley y, con ello, el control de la cuestión de Derecho”; asumiendo lo expresado por este autor, corroboramos lo establecido anteriormente, esta sala en materia probatoria, únicamente puede analizar el proceso volitivo del juez, para determinar si se ha aplicado las reglas de la sana crítica en el caso concreto, más no volver a valorar la prueba para juzgar nuevamente la existencia material de la infracción y la responsabilidad del procesado, como pretende el recurrente; la casación no es una tercera instancia, es un recurso vertical extraordinario que pretende revisar la sentencia dictada por el inferior para desvanecer cualquier tipo de error que se haya suscitado al momento de aplicar el ordenamiento jurídico al caso concreto; 2) Tomando a la sana crítica como el juicio de valor que hace el juzgador respecto a la prueba, considerada con apego a la ley y analizada con arreglo a la lógica, al saber y a la experiencia del fallador, esta Sala observa que el juzgador ha cumplido con el mandato contenido en el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal, al que hace referencia el casacionista, y alega falta de aplicación del mismo, como también del Art. 349 Ibidem; al respecto de éste último, pese a que se ha hecho ya una ponderación del mismo, tampoco se observa que se haya transgredido sus disposiciones, este recurso se resuelve en función de aquellas normas que el casacionista considera que han sido violadas dentro de la sentencia que ha emitido el juzgador, de ahí la importancia de que el recurrente mencione y fundamente claramente cuales normas específicas de la ley se han violado en el caso concreto. No se ha encontrado ninguna violación al ordenamiento jurídico en el fallo recurrido por el acusador particular, ya que se ha realizado respetando una debida valoración de la prueba tendiente a establecer la materialidad de la infracción y la responsabilidad del imputado, y se ha realizado una correcta motivación de la sentencia, subsumiendo el caso concreto a las normas penales correspondiente; el juzgador ha analizado la prueba y ha hecho un estudio minucioso respecto a lo expresado en el Art. 85 del Código de Procedimiento Penal, en base a los elementos probatorios de cargo y de descargo presentados por las partes procesales, respetando el ordenamiento jurídico al haber valorado en su conjunto solo aquella prueba que ha sido debidamente pedida, ordenada, practicada e incorporada al proceso como lo establece el Art. 83 de la Ley Adjetiva Penal, llegando a concluir que la conducta del acusado se adecúa a los presupuestos hipotéticos del delito de robo calificado, luego de realizar y agotar una actividad de apreciación y valoración lógica, coherente y jurídica, sin que esta Sala pueda percibir ninguna falla en los razonamientos hechos por el mismo; 3) El principio de legalidad, rector del Derecho Penal, establece respecto a la pena, que la misma debe estar consagrada dentro del ordenamiento jurídico para que

pueda ser aplicada, así lo establece el artículo 24, numeral 1 de la Constitución de la República (actual 76 numeral 3 de la Carta Magna) al expresar: ***“Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, NI SE LE APLICARÁ UNA SANCIÓN NO PREVISTA EN LA CONSTITUCIÓN O LA LEY...”*** (Las mayúsculas son nuestras), este principio es replicado por el artículo 2 del Código de Procedimiento Penal y el artículo 2 del Código Penal; si bien es cierto que la sanción, para que sea legal y aplicable, debe estar establecida en la ley, nuestro sistema de penas no ha constreñido al Juzgador a, encontrándose probada la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado, imponerle a este último una pena totalmente determinada por la ley, al contrario, la legislación ha establecido aquel sistema en el que las penas, siguiendo la clasificación que hiciere el profesor Jiménez de Azúa al respecto, están determinadas relativamente; en palabras del precitado autor, vertidas en su obra “Tratado de Derecho Penal”, Tomo II, las leyes en que se consagran este tipo de sanciones ***“fijan la naturaleza de la pena y el máximo y el minimum de su duración entre los cuales el Juez fija la cuantía de la misma, conforme el arbitrio razonado”***, es decir que dentro de los mínimos y máximos de pena el Juzgador se puede mover libremente. Uniendo el principio de legalidad con este sistema de penas, podemos decir que el juzgador estaría cumpliendo con el primero, si al imponer la pena lo hace dentro de los márgenes impuestos por los mínimos y máximos que establece la ley. Sobre la pena específica que ha de imponerse, nos habla el doctor Ernesto Albán Gómez en su “Manual de Derecho Penal Ecuatoriano”, en la página 283, al manifestar: ***“En este punto el juzgador tiene absoluta discrecionalidad para tomar una decisión, aunque es obvio suponer que lo hará por causas que haya podido apreciar en relación al condenado”***; siguiendo con el razonamiento del tratadista, decimos que es improcedente, mediante el recurso de casación, tratar de que se modifique la pena por simples consideraciones subjetivas del recurrente, ya que en el caso concreto, el Juzgador no se ha sobrepasado de los máximos y mínimos de pena antes señalados, sumándole a esto el hecho de que la pena específica se ve fijada por el comportamiento que presenta el acusado, las atenuantes y las agravantes que puede deducir el juzgador de las pruebas presentadas en el juicio, la peligrosidad que de las mismas pueda percibir el juzgador en el procesado, por lo que es muy difícil que cualquiera de las Salas de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, órganos jurisdiccionales encargados de la sustanciación de este recurso, puedan analizar dichas percepciones que le corresponden al inferior, por ser en la fase procesal que éste controla, en la que se presentan las precitadas circunstancias. Por último, errada resulta la aseveración del casacionista respecto a la violación del artículo 552, numeral 4, inciso segundo del Código Penal, ya que del testimonio rendido por el doctor Wilson Montenegro, médico perito acreditado por la Fiscalía, quien realizó el reconocimiento médico legal al señor Jhon Jairo Velásquez en el Hospital Eugenio Espejo de la ciudad de Quito, se puede extraer que el ofendido no presenta secuelas permanentes y que el tiempo de incapacidad que se le determinó tras el acontecimiento, fue de 20 a 25 días, por lo que el numeral 4 del artículo 552 se torna inaplicable a la especie, por no ser las lesiones que ha presentado el ofendido de aquellas mencionadas en los

artículos 466 y 467 del Código Penal. **SEXTO: RESOLUCIÓN.-** Por las consideraciones expuestas y en armonía con el criterio de la Fiscalía General del Estado **“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LAS LEYES DE LA REPUBLICA”**, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el recurrente Jhon Jairo Velásquez Chingue.- Devuélvase el proceso al inferior para el trámite de ley. **Notifíquese y Cúmplase.** Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada, Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales. Certifico f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator”. Lo que pongo en su conocimiento para los fines legales pertinentes.

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

RAZÓN: Siento por tal que las cinco fotocopias que anteceden son iguales a su original. Certifico. Quito, 6 de enero de 2012.

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

No. 212-2008

En el juicio penal que sigue Rosa Torres Portilla en contra de José Francisco Torres Coello, se ha dictado lo siguiente:

“PONENTE: Dr. Hernán Ulloa Parada (Art. 141 Código Orgánico de la Función Judicial).

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA PRIMERA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL

Quito, 26 de diciembre de 2011. Las 14H00.

VISTOS: José Francisco Torres Coello, interpone recurso de revisión en contra de la sentencia dictada el 6 de Febrero del 2004, a las 17h35, por el Primer Tribunal Penal de Morona Santiago, en la que se le declara autor, culpable y responsable del delito de violación tipificado en el artículo 512 numeral 1 y sancionado en el artículo 513 del Código Penal, en relación al segundo inciso del artículo 514 del mismo cuerpo de normas, imponiéndole la pena modificada de DOCE AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR EXTRAORDINARIA, por considerarle las atenuantes de los numerales 6 y 7 del artículo 29 del Código Penal, en relación al artículo 72, segundo inciso, de la misma ley; con voto salvado del doctor Leonidas Guerra Alvarado, quien ratifica la inocencia del procesado. El recurso ha sido debidamente interpuesto por el recurrente, habiéndose corrido traslado a la Fiscalía General del Estado que contestó, de conformidad con lo que dispone el artículo 365 del Código de Procedimiento Penal. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de revisión interpuesto de conformidad con la ley,

en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1 y la Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el R. O. No. 449 del 20 de Octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R. O. No. 479 del 2 de Diciembre del 2008; y, la Resolución Sustitutiva dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de Diciembre del 2008 y publicada en el R. O. 511 del 21 de Enero del 2009; y, el Sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de Jueces Nacionales de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento de la presente causa penal. **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial alguna, que podría causar nulidad; por lo que este Tribunal de Alzada, declara la validez de esta causa. **TERCERO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO Y PRUEBAS.-** 1) El recurrente José Francisco Torres Coello, ha fundamentado su recurso de revisión en base al numeral 4 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, manifestando que *“Dentro de todo el expediente e incluso dentro de la prueba actuada en el Tribunal Penal, el juzgador no ha encontrado participación y responsabilidad del acusado en los hechos investigados, como muy bien lo expone en su Voto Salvado uno de los miembros del Tribunal Penal”*; 2) El recurrente no ha presentado nueva prueba que acredite sus alegaciones. **CUARTO: DICTAMEN FISCAL.-** El Fiscal General del Estado, doctor Washington Pesántez Muñoz, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 365 del Código de Procedimiento Penal, ha emitido su dictamen en los siguientes términos: En la especie, obra de autos que pese a que el recurso de revisión se lo había interpuesto al amparo de la causal 4 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, el recurrente no ha aportado ninguna prueba nueva en respaldo de su alegación de que no es autor de la violación de la menor de 12 años Rosa Carmita Torres Portilla, por lo que no ha desvirtuado las pruebas que condujeron al Tribunal Penal de Morona a concluir que tiene responsabilidad en el ilícito, de modo que la alegación del sentenciado carece de fundamento. **QUINTO: ANÁLISIS DE LA SALA.-** 1) La revisión es un medio extraordinario de impugnación, que tiene como objetivo corregir los errores de hecho, es decir, aquellos errores que se suscitan al momento en que el Juez pretende realizar la adecuación de los hechos que le han sido relatados en el proceso, a la norma jurídica pertinente, fallando en dicha adecuación puesto que la realidad de los hechos que ha formado el juez en su mente, diverge con aquella que se considera como cierta, es decir, mediante el recurso de revisión se intenta corregir el error judicial, teniendo a éste, en palabras de Jorge Zavala Baquerizo, contenidas en su obra *“Tratado de Derecho Procesal Penal”*, Tomo X, página 222, como *“toda actividad judicial que se encuentra, de manera positiva o negativa, disconforme con la verdad histórica”*, teniendo que si se comprueba la existencia de dicho error, la sentencia dictada por el inferior será revocada y substituida por la que dicte esta Sala. Este recurso no es ilimitado, por lo tanto, no cabe contra cualquier sentencia, ya que la normativa penal ha limitado su ámbito de aplicación a aquellas circunstancias descritas en el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, enumeración que se presenta como taxativa. De las 6 causales que ha considerado el legislador como pertinentes para que se interponga el recurso de revisión, los numerales

1, 2, 3, 4 y 6 se refieren al anteriormente citado error judicial, mientras que la quinta causal hace alusión a la promulgación de una ley posterior más favorable al reo, dando así cumplimiento con la disposición constitucional contenida en el artículo 24 numeral 2 de la Constitución Política de la República del Ecuador (actual 76 numeral 5) y que es recogida por el artículo 2 del Código Penal; en los casos de los numerales 1 al 5, el mismo artículo 360 de la Ley Adjetiva Penal establece que sin nuevas pruebas que sean presentadas ante la Corte Nacional de Justicia, órgano encargado de conocer el recurso de revisión, dicho recurso no puede prosperar. En un ámbito diferente se encuentra el numeral 6 del precitado artículo, ya que la revisión, en este caso, procede por el hecho de que el Juzgador no ha determinado con certeza la existencia material del delito; dicho error, en el que incurre el mismo, no se debe ya a la falta de veracidad de las pruebas presentadas en el juicio, a la ausencia de las mismas o a la violación del principio “non bis in idem”; en esta situación, no hace falta presentar nueva prueba, pues de aquella que fue presentada en la debida etapa procesal, no se ha logrado comprobar la existencia del delito, dando como resultado que el error en el que incurre el fallador proviene de la valoración que realiza del elemento probatorio, por lo tanto, al alegar esta causal, el recurrente tiene que demostrar, mediante fundamentos jurídicos suficientes, que de las pruebas que constan en el proceso, no hay manera de que se haya llegado a establecer con certeza la existencia material del delito y que, por lo mismo, le era imposible al Tribunal entrar a analizar la responsabilidad del acusado, por un delito inexistente; 2) En la especie, el recurrente ha fundamentado su recurso en base al numeral 4 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, pero lo ha intentado modificar al numeral 6 del mismo artículo, una vez que el proceso fue remitido a esta Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia; dicha acción del recurrente se torna inaceptable, ya que si el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal establece causales taxativas por las cuales procede el recurso de revisión, el que se acepte o no a trámite el recurso interpuesto, por parte del inferior, deviene del encuadramiento de los argumentos del recurrente a una de las causales antes mencionadas; por lo tanto, si el recurso fue concedido por el inferior en base al precitado encuadramiento que ha hecho el recurrente a una de las causales aceptadas para que proceda la revisión, es inaceptable que el mismo intente cambiar los motivos de su recurso, puesto que la calificación del mismo no se dio en base a esos motivos ulteriores, sino a lo expresado por el recurrente en su escrito de interposición del recurso. No puede el recurrente cambiar de causal con el simple propósito de evadir la presentación de prueba que fue ofrecida por el mismo, en su escrito de interposición del recurso, intentando acogerse al último inciso del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, siendo que, si se ha elegido una causal diferente a la número 6 del precitado artículo, la presentación de nueva prueba resulta imperiosa, si lo que se busca es que el recurso sea aceptado por la Sala, haciendo que el incumplimiento de esta obligación del recurrente, por mandato expreso de la ley, vuelva imposible la aceptación del recurso propuesto, circunstancia que en el caso concreto ha ocurrido; pues, abierto el término de prueba, el procesado no ha presentado ningún elemento probatorio nuevo que acredite que no es responsable del delito por el que se lo ha condenado. **SEXTO: RESOLUCIÓN.-** Por las consideraciones expuestas

“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA” de conformidad a lo que dispone el artículo 367 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de revisión interpuesto por José Francisco Torres Coello.- Devuélvase el proceso al inferior para el trámite de ley.- **Notifíquese y Cúmplase.** Fdo.) Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada, Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales. Certifico f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator”. Lo que pongo en su conocimiento para los fines legales pertinentes.

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

RAZÓN: Siento por tal que las dos fotocopias que anteceden son iguales a su original. Certifico. Quito, 6 de enero de 2012.

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

No 200-2009

En el juicio penal que sigue Segundo Asitimbay Asitimbay en contra de Ranulfo Izurieta Brito, se ha dictado lo siguiente:

“JUEZ PONENTE: Dr. Luis Moyano Alarcón (Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial).

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

Quito, 27 de diciembre de 2011, las 09h00.

VISTOS: El sentenciado RANULFO ALBERTO IZURIETA BRITO, de fs. 220 y vta. interpone recurso de revisión de la sentencia dictada el día 13 de octubre de 2006, a las 9H30, por el Tribunal Segundo de lo Penal de Chimborazo, que lo condena a la pena modificada de OCHO DIAS de prisión correccional, por ser autor responsable del delito señalado en el Art. 488 del Código Penal. Concluido el trámite y siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera : **PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de revisión interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1 y la Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el R.O. No. 449 del 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; y la Resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre del 2008 y publicada en el R.O. 511 del 21 de enero del 2009; y, el sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de Jueces Nacionales de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento de esta causa penal.- **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Revisado el expediente, no se advierte vicio u omisión de solemnidad

sustancial que pueda afectar la decisión de esta causa, por lo que se declara expresamente su validez.- **TERCERO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE REVISIÓN.-** El recurrente sustenta el recurso en las causales: 3, 4 y 6 del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal; que dice: 3.- Si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados; 4.- Cuando se demostraré que el sentenciado no es responsable del delito por el que se lo condenó; y, 6.- Cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho, la existencia del delito a que se refiere la sentencia. De acuerdo a lo dispuesto en el último inciso de dicho artículo, a excepción de la causal sexta, la revisión solo podrá declararse en virtud de nuevas pruebas que demuestren el error de hecho de la sentencia impugnada. Con fecha 5 de junio del 2007, a las 11H00, se abrió la causa a prueba por el término de ley; para justificar las causales invocadas, el sentenciado presentó los escritos de prueba que obran a fojas 7, 8, 9 y 27 del cuadernillo de la Sala, acompañó certificados de honorabilidad, certificados de los Juzgados Penales, de Tránsito y Tribunales Penales de la Provincia de Chimborazo, escritos de pruebas que fueron despachados en providencia de los días 18 y 19 de junio del 2007, a las 11H00. **CUARTO: DICTAMEN FISCAL.-** El Fiscal General del Estado, Dr. Jorge W. Germán R. al dar cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 355 del Código de Procedimiento Penal, manifiesta lo siguiente: “El recurso de revisión es extraordinario porque altera la inmutabilidad de la sentencia condenatoria que se ha ejecutoriado, y puede fundarse en cualquiera de las causales determinadas en el Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, y conforme lo dispone el último inciso de dicho artículo, a excepción de la causal sexta, la revisión solo podrá declararse en virtud de nuevas pruebas que demuestren el error de hecho de la sentencia impugnada. El recurrente en su escrito de interposición del recurso de revisión sostiene que no hay existencia del delito, que ha sido detenido injustamente el momento mismo en que se hallaba discutiendo por la destrucción del camino de ingreso a su propiedad, que jamás se encontró en su poder arma de fuego y que el informe de balística se limita a describir un casquillo vetusto sin determinar la fecha del disparo. Manifiesta que se ha iniciado una ilegítima acción penal en su contra primera por tentativa de asesinato para posteriormente condenarle por abuso de arma de fuego, pero que no hay prueba alguna que le incrimine en alguno de estos delitos por lo que la sentencia dictada en su contra ha sido infundada e ilegal. Que le correspondía al recurrente probar estos hechos, sin embargo en la especie se advierte que no existen nuevas pruebas que hayan cumplido este imperativo legal es decir, que desvirtúen el hecho de que el recurrente no quebrantó el Art. 488 del Código Penal, pues la prueba actuada es repetitiva y fue conocida ya por los juzgadores y en nada cambia la situación de que se encuentra demostrada la existencia material del delito y la responsabilidad del sentenciado en este ilícito. Revisada la sentencia se observa que ésta guarda concordancia con el ilícito cometido, con las pruebas actuadas y la ley, en relación al delito, a su calificación y a la pena impuesta. En conclusión ninguna de las alegaciones del recurrente se adecua a las causales 3, 4 y 6 del Código de Procedimiento Penal invocadas, por lo que considero que la Sala debe declarar la improcedencia del recurso de revisión”.- **QUINTO: ANÁLISIS DE LA SALA Y RESOLUCIÓN.-** 1).- El recurso de revisión está concebido como remedio

para la injusticia de la condena de un inocente mediante sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, cuando aparecen nuevas pruebas que enerven o destruyan aquellas que sirvieron de base o sustento para la condena impuesta; y por esta característica extraordinaria que permite remover la cosa juzgada, el recurso que se interpone debe actuarse estrictamente dentro de una de las causales enumeradas taxativamente en el Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, y por esta misma razón, en su inciso final dispone que: “excepto el último caso de revisión, solo podrá declararse en virtud de nuevas pruebas que demuestren el error de hecho de la sentencia impugnada” lo que significa que el recurrente queda obligado a probar los hechos o indicios falsos que llevaron a la Sala Penal a dictar el fallo condenatorio.- 2).- Para el profesor CLARIA OLMEDO en su Derecho Procesal Penal, es objetable considerar a la revisión como un recurso en sentido estricto expresando que: “mejor parece considerarlo como una acción impugnativa que persigue la revocación de una sentencia firme y anulación del proceso en que se pronunció, fundándose en circunstancias nuevas para la causa por ser recién conocidas o haberse presentado con posterioridad”. Participamos de considerar a la revisión como un verdadero recurso, que permite rever una sentencia condenatoria que se encuentra en firme y que no puede ser impugnada por medios normales.- 3) En el caso que nos ocupa el pretendido error de hecho, que se habría incurrido en la sentencia con relación a la causales 3era, 4ta y 6ta del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, correspondía el “onus probandi” o la carga de la prueba al recurrente, las mismas que no se encuentran probadas con las actuaciones durante la sustanciación de la revisión, donde se pruebe que el Segundo Tribunal Penal del Chimborazo sin tener la certeza de la existencia del delito y de su responsabilidad, pronunció el fallo condenatorio imponiendo a un presunto inocente la pena de ocho días de prisión correccional, de manera que, con las diligencias practicadas, no ha podido justificar la causales tercera, cuarta y sexta del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, que fue invocada por el recurrente en su escrito de fundamentación, como lo sostiene el Fiscal General, ha introducido las mismas pruebas y diligencias que se evacuaron en la audiencia oral de juzgamiento, tampoco ha podido desvirtuar con nuevas pruebas que él no sea el causante del disparo al concejal Segundo Asitimbay Asitimbay, el día 16 de febrero del 2006, a eso de las 16H30, en el sitio de la Panamericana Norte, sector de la asociación de vendedores ambulantes, del cantón Pallatanga, Provincia de Riobamba, infracción que fue presenciada por los testigos presenciales de los hechos: Milton Moreno Yépez, María Moreta Santos, Alberto Vimos Yasaca y Pedro Rodríguez Silva. Sobre la base de lo expresado, y por cuanto no hay mérito para la acción revisoria propuesta, por cuanto no se ha justificado el error de hecho en la sentencia impugnada, en virtud de las consideraciones que anteceden, “ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”, por improcedente se desecha el recurso de revisión interpuesto por el sentenciado RANULFO ALBERTO IZURIETA BRITO. Devuélvase el proceso al Tribunal de origen para los fines de ley.- NOTIFIQUESE Y DEVUELVA. Fdo.). Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada, Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales. Certifico. f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre,

Secretario Relator. Lo que pongo en su conocimiento para los fines legales pertinentes.

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

RAZÓN: Siento por tal que las dos fotocopias que anteceden son iguales a su original. Certifico. Quito, 6 de enero de 2012.

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

No. 253-09

En el juicio penal que sigue Alex Shiguango en contra de Polico Jorge Shiguango, se ha dictado lo siguiente:

“PROYECTO: Dr. Hernán Ulloa Parada (Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial).

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA PRIMERA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL

Quito, 13 de diciembre de 2011; a las 10H00.

VISTOS: Polico Jorge Shiguango Narváez, interpone recurso de casación en contra de la sentencia emitida por el Tribunal Penal de Napo, el 26 de marzo del 2007, a las 09h00, en la cual se le impone la pena de DIECISES AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ESPECIAL, por considerarlo autor responsable del delito tipificado y sancionado por el artículo 450 numerales 1 y 5 del Código Penal. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1 y la Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el R. O. No. 449 del 20 de Octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R. O. No. 479 del 2 de Diciembre del 2008; y, la Resolución Sustitutiva dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de Diciembre del 2008 y publicada en el R. O. 511 del 21 de Enero del 2009; y, el Sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de Jueces Nacionales de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento de la presente causa penal. **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial alguna, que podría causar nulidad; por lo que este Tribunal de Alzada, declara la validez de esta causa. **TERCERO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.-** Polico Jorge Shiguango Narváez, ha manifestado que las normas jurídicas que ha violado el juzgador, en su sentencia, son: **a)** Artículos 86, 143 y 144 del Código de Procedimiento Penal, ya que, según el recurrente, las reglas de la sana crítica no fueron aplicadas, no se valoró el testimonio del procesado ni se respetó su indivisibilidad y, por último, no se valoró adecuadamente el informe del perito que efectuó la autopsia; **b)** Artículo 450, numerales 1 y 5, ya que, manifiesta el recurrente, que fue

tan solo un disparo el que le propinara al ahora occiso, siendo este disparo inintencional, por lo que no se puede decir que exista en este hecho alevosía, añadiendo que el disparo fue hecho de frente. Así tampoco existió acción alguna del procesado que impidiera a la víctima defenderse;

c) Artículo 30, numeral 1, pues en la opinión del casacionista, la astucia y traición que utiliza el Tribunal como agravantes, devienen de suposiciones pues no se encuentran sustentadas en hechos concretos; esta situación, manifiesta el procesado, ha producido la violación del artículo 29 numerales 5, 6, 7 y 10, lo que a su vez ha producido la violación del artículo 72 del Código Penal, respecto a la modificación de la pena. **CUARTO: DICTAMEN FISCAL.-** El Fiscal General del Estado, doctor Jorge W. German, al contestar la fundamentación del Recurso de Casación, señala lo siguiente: **1)** Analizado el fallo, se advierte que el Tribunal Juzgador, sustenta su sentencia con: **a)** Testimonio del doctor Francisco Balcázar, perito médico, el mismo que en la audiencia se ratifico en el informe de la autopsia realizada al cadáver de quien en vida se llamó Bartolo Matías Shiguano, que en lo esencial establece que la causa de muerte del mencionado occiso se produjo por una herida única de proyectil de arma de fuego en el tórax anterior derecho, que ha provocado graves daños del pulmón derecho, aurícula derecha y conos de la arteria aorta y pulmonar; **b)** Testimonio del policía César Oswaldo Espín Chérrez, quien realizó el levantamiento del cadáver, ratificándose en su parte de aprehensión presentado y que consta de fs. 2 a 4 del expediente, añadiendo que habiéndose enterado del hecho se dirigió a la comunidad de “Porotoyacu”, en donde encontró un tumulto de gente y atado el inculcado a un poste, estropeado y en estado de ebriedad, que luego de mediar con los miembros de la comunidad fue llevado herido al hospital de la ciudad y el cadáver a la morgue; **c)** Testimonio del agente policial Juan Benavides, quien se ratifica en su informe de reconocimiento del lugar de los hechos y de la toma de versión del acusado, realizado en compañía de su compañero Omar Bahamonde; **d)** Prueba testimonial comprendida de perdigones de plomo, fragmentos de un cartucho de plástico color blanco y una carabina recortada calibre 16 marca Champion; **2)** En cuanto a la responsabilidad del acusado, el Tribunal ha analizado la prueba testimonial, compuesta de los testimonios de Luis Shiguango, Alex Shiguango, Carlos Shiguango y Lucia Aguinda, quienes han manifestado que el día del ilícito empezó a sonar la alarma del Colegio y no dejaba dormir, razón por la cual salió el ahora occiso a ver lo que sucedía, recibiendo un disparo de parte del acusado; añaden que cuando llegaron al lugar de los hechos encontraron al occiso en un charco de sangre y al acusado en estado de ebriedad y con una pistola en la mano; **3)** Los disparos han sido hechos por la espalda y a traición, comprobando la alevosía y la manera en la que el procesado ha querido dejar sin posibilidad de defenderse a la víctima. Al existir circunstancias agravantes no procede la modificación de la pena. Por lo anteriormente expuesto, el Fiscal General del Estado considera que esta Sala de la Corte Nacional de Justicia, debe rechazar el recurso interpuesto por Polico Jorge Shiguango Narváez, por improcedente. **QUINTO: ANÁLISIS DE LA SALA.- 1)** La casación, en materia penal, es un medio extraordinario de impugnación, de efecto suspensivo, contra sentencias en las que se hubiere violado la ley, ya por contravenir expresamente su texto, ya por haber hecho una falsa aplicación de ella, en fin, por

haberla interpretado erróneamente, como lo dispone el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. Este recurso se resuelve en función de aquellas normas que el casacionista ha considerado que han sido violadas dentro de la sentencia que ha emitido el Juzgador, es por eso muy importante que el recurrente mencione y fundamente claramente cuales normas específicas de la ley se han violado en el caso concreto, teniendo que ser esta violación, una de aquellas que se consideran como directas, es decir, que la contravención al precepto legal haya sido dada por inaplicación, errónea interpretación, indebida aplicación, etc. de su texto, proveniente del acto volitivo del juez en el que, al utilizar el precepto legal, yerra en el verdadero sentido y alcance de la norma jurídica, que lo lleva a inaplicarla o a aplicarla de una manera incorrecta; sobre esto nos habla el tratadista Luis Cueva Carrión, en su obra “La Casación en materia Penal”, Pág. 253, que, respecto a la violación directa de la ley dice lo siguiente: *“La violación directa de la ley ocurre cuando el juez yerra en la aplicación de la norma legal, de la norma pura, independientemente de los errores que pueda cometer en relación con los hechos y con las pruebas”*, respecto a aquella violación que se considera indirecta, esto es, citando al mismo tratadista, aquella que *“no transgrede directamente la norma, sino a través del error fáctico y probatorio: luego de errar en la apreciación de los hechos, de las pruebas y en su valoración legal”*, le corresponde solamente a esta Sala analizar si el Juzgador, al valorar la prueba para determinar la existencia material del ilícito y la correspondiente responsabilidad de la persona acusada, ha utilizado de una manera correcta las reglas de la sana crítica, pues, es en base a éstas, que el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal establece que el Juzgador debe valorar dichas pruebas; esta Sala no puede tomarse la atribución soberana que tiene el inferior sobre la valoración de la prueba, en virtud de los principios de inmediación y contradicción de la misma, al respecto de estos dos principios nos habla el autor Yecid Ramírez Bastidas, en su obra “El Juicio Oral en Colombia”, en la página 183, respecto al primero nos dice *“la inmediación solo puede entenderse asegurada si el juez y las partes tienen la posibilidad de acercarse a la prueba por medio de un contacto constante entre todos ellos y el elemento probatorio en examen”*, añade, que es *“la circunstancia en virtud de la cual los sujetos procesales reciben en forma inmediata, directa y simultánea los elementos de prueba provenientes de los diferentes medios, como presupuestos lógicos de la sentencia”*; con respecto al segundo nos señala que se cumple *“cuando el sistema permite la interacción de las partes, en un juego equilibrado de intervenciones orientadas a reforzar la posición de cada uno de los intervinientes y en controlar el desarrollo de la audiencia oral”*; dado que la prueba es producida en la fase procesal que controla el inferior, es precisamente éste el más apto para valorar de la mejor manera los medios probatorios presentados por las partes, dejando como materia para la casación el análisis de la correcta aplicación del ordenamiento jurídico; Claus Roxin, en su libro “Derecho Procesal Penal, Tomo II” acertadamente manifiesta en la página 191: *“El fin de la casación reside en el aseguramiento de una protección jurídica realista, pudiendo ser presentadas a la revisión del tribunal de casación (sólo) aquellas partes de la decisión de los jueces de mérito que son independientes del paso del tiempo y que, por ello, no son del dominio natural del juez de*

primera instancia, quien actúa de manera más cercana a los hechos. Por ello es que el legislador ha entregado la cuestión de hecho (esto es, las comprobaciones fácticas que se vuelven más dificultosas con el paso considerable del tiempo; ante todo, la prueba testimonial, debido a la disminución de la memoria) al juicio exclusivo del juez de primera instancia como “juez de hecho” (mérito), y ha limitado al tribunal de casación... la comprobación de las lesiones de la ley y, con ello, el control de la cuestión de Derecho”; asumiendo lo expresado por este autor, corroboramos lo establecido anteriormente, esta Sala, en materia probatoria, únicamente puede analizar el proceso volitivo del juez, para determinar si se han aplicado las reglas de la sana crítica en el caso concreto, más no volver a valorar la prueba para juzgar nuevamente la existencia material de la infracción y la responsabilidad del procesado; la casación no es una tercera instancia, es un recurso vertical extraordinario que pretende revisar la sentencia dictada por el inferior para desvanecer cualquier tipo de error que se haya suscitado al momento de aplicar el ordenamiento jurídico al caso concreto; por lo que, los hechos analizado en la sentencia se entienden como ciertos, a menos que se comprueben errores en la aplicación de la sana crítica, sobre esto, el anteriormente citado autor, nos ilustra al manifestar, en la página 187 de su obra, que la casación *“es un recurso limitado. Permite únicamente el control in iure. Esto significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y solo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al Derecho material o formal”;* 2) Respecto a la violación de los artículos 86, 143 y 144 del Código de Procedimiento Penal, esta Sala debe manifestar lo siguiente: **a)** La sana crítica forma parte del sistema de la libre valoración de la prueba, que, por una parte, deja atrás y supera el obsoleto sistema de la prueba tasada, en el cual el Juzgador tenía predeterminado en la ley el valor de las pruebas que podían ser presentadas en el juicio, dejándole una mínima intervención en la fase valorativa del material probatorio; y, por otra parte, limita el sistema de la íntima convicción del juez, en el cual no hace falta que este último justifique las razones por las cuales llega a determinar sus conclusiones; a diferencia de este último sistema, la sana crítica le exige al juzgador que respete las reglas de la lógica y de la experiencia que le proporciona su diario vivir, añadiéndole a esto, el respeto a las normas que conforman el ordenamiento jurídico y a los principios jurídicos que rigen y son base del Derecho. La manera en la que se plasma esta exigencia de la ley es en la motivación de la sentencia, pues en ella el juzgador debe mencionar los motivos que fundamentan el sentido de su fallo, teniendo que mencionar los fundamentos de hecho, de derecho y las subsunción que ha realizado de los primeros en los segundos para cumplir con la motivación. La sana crítica busca superar dos situaciones que han agobiado a los juzgadores; por un lado, busca superar el anticuado concepto de que el juzgador es la boca de la ley y, por el otro, intenta frenar mediante la motivación, cualquier arbitrariedad que el juez pudiera demostrar al realizar su fallo. Cuando se le pide al Tribunal de casación que analice la violación del artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, el mentado órgano jurisdiccional no puede volver a valorar la prueba, pero puede analizar las conclusiones que el juzgador ha sacado en base a ellas y, mediante este mecanismo, determinar si son lógicas o arbitrarias, si devienen de los medios probatorios presentados ante el

inferior o si son tan solo meras especulaciones del juzgador; **b)** En la especie, el recurrente ha manifestado que el juzgador no ha tomado en cuenta su testimonio en la parte que le favorece y, que contrariando la ley, lo ha utilizado tan solo en la parte desfavorable hacia él, sin embargo, no se puede notar que el Juzgador haya incurrido en violación alguna al analizar este testimonio, pues se le debe recordar al casacionista que el artículo 144 del Código de Procedimiento Penal establece que, si bien el testimonio del procesado es indivisible, cuando haya presunciones graves en contra de la parte favorable del mismo, el Tribunal puede separarla de aquella que no le favorece y, en el caso concreto, el órgano jurisdiccional, al analizar las demás pruebas presentadas en el juicio, ha llegado a desvalorizar la parte favorable al procesado expresando lo siguiente: *“La trayectoria del disparo a una reducida distancia y la localización de la herida en el lado derecho del pecho de la víctima un tanto inclinada hacia arriba nos conducen a concebir y describir la realidad del hecho doloso y la intencionalidad del procesado que tuvo que causar la muerte en forma premeditada. Por ello no compartimos con la argumentación de la defensa que arguye que su defendido esa noche en el cumplimiento de su trabajo hacia la ronda tranquilamente y en sano juicio, que el hoy finado llegó y le cogió del cuello, que forcejearon y que el arma se disparó accidentalmente topándose en la protección de entrada, tratando de adecuar o amoldar la infracción al tipo penal de homicidio inintencional, argumentación ésta que no tiene ningún asidero ni sustento legal probatorio, cuanto más que de los testimonios rendidos por los familiares de la víctima, por la conviviente, inclusive por el propio hermano se conoce que el inculcado estaba un tanto tomado; y, por cuanto por simple lógica de haberse producido el forcejeo como arguye la defensa, la carabina jamás podía haberse disparado de frente hacia el pecho de la víctima, peor aun en el evento de haberse topado el arma con la protección o portón de entrada al Colegio, en cuya posibilidad la trayectoria del disparo debía haberse producido de abajo hacia arriba, lo cual vista y analizada la necropsia médico-legal del cadáver no acontece”.* El razonamiento del Juzgador en este punto está revestido de lógica, más aún cuando se establece que la trayectoria del proyectil dentro del cuerpo del occiso es tan solo ligeramente ascendente, es decir, casi horizontal, mientras que el juzgador, al analizar en la misma sentencia el testimonio del procesado recoge las expresiones de éste, quien manifiesta que el arma se le topó contra el suelo producto de lo cual se dio el disparo inintencional, lo que hubiera provocado que la trayectoria del proyectil en el cuerpo de la víctima fuera con una notada inclinación de abajo hacia arriba. Como resultado de este razonamiento, es totalmente válido que el Tribunal haya separado la coartada del procesado de la parte de su testimonio en la que acepta que cometió el hecho ilícito, para probar su responsabilidad; **3)** En relación a la violación de los numerales 1 y 5 del artículo 450 del Código Penal, este Tribunal de Casación manifiesta: **a)** La alevosía como expresa el Tratadista Eduardo Alberto Donna, en su libro “Derecho Penal, Parte Especial”, en la página 101, *“Es el empleo de medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurar el homicidio, sin riesgo para el autor de acciones que procedan de la defensa que pudiera hacer el ofendido. En otros términos, es un modo traicionero de matar”*, La alevosía se produce cuando el hecho ha sido cometido sea con ocultamiento

moral o con ocultamiento material; manifiesta el autor Fernando Quiceno Álvarez en su “Diccionario Conceptual de Derecho Penal”, en la página 36, que existe ocultamiento moral cuando *“el sujeto se gana la confianza de la víctima, o la sorprende de espaldas, o la saluda y una vez que ha vencido su desconfianza, le da muerte”*, es decir, cuando el sujeto activo del delito ha utilizado engaños y artimañas para asegurar el resultado de su actuación, impidiendo que se da cuando la víctima se defiende; dice el mismo autor al respecto de la ocultación física, que se da cuando *“el sujeto espera emboscado el paso de su enemigo a quien quiere matar”*, ocultando de esta manera su físico, apartándose de la vista del sujeto pasivo para atacarlo por sorpresa; cualquiera de estos dos ocultamientos, tiene por finalidad cumplir con el requisito objetivo de la alevosía, es decir, el actuar mientras la víctima se encuentra indefensa, asegurando que el victimario no se encuentra en peligro alguno, respecto a este elemento objetivo nos habla el autor Carlos Creus en su obra “Derecho Penal Parte Especial”, en el tomo I, pág. 28, al manifestar que *“objetivamente, es necesario que la víctima se encuentre en situación de indefensión, que le impida oponer resistencia que se transforme en un riesgo para el agente”*, a esto hay que añadirle el elemento subjetivo, esto es, el querer del victimario de obtener el resultado de su accionar sin reacción de la víctima o de terceros para impedir la acción, para esto no importa la acción posterior de dichas personas una vez sucedido el ataque, sino el riesgo que procede del rechazo del ataque por estas, se le suma a esto la premeditación con la que actúa el procesado, para planificar el ataque buscando reunir los anteriores elementos descritos de la alevosía. En la especie, el análisis del Juzgador al respecto ha sido el siguiente: *“... el encausado previamente a la perpetración del hecho típico y antijurídico se encontraba libando con su hermano Arturo Shiguango y otro amigo en el cuarto de guardiania de el interior del Colegio de la Comunidad de “Porotoyacu”, quien consciente de sus actos de querer y entender y por el rencor de haber sido llamado la atención por varias ocasiones porque no cumplía bien su labor; en forma irresponsable empezó a hacer sonar la alarma para confrontarse con cualquier miembro de la Comunidad, tan seguido hizo sonar la misma que no dejo dormir a los comuneros, lo que impulsó a que el hoy decedado como dirigente de la Comunidad acudiera a ver lo que ocurría a fin de llamarle la atención por su actitud incomprensiva, mas el procesado Shiguango Narváez actuando en forma astuta y de manera traicionera con su oponente principal, tomando ventaja y sin riesgo con la carabina que tenía consigo entregada en dotación únicamente para la vigilancia, de frente y a unos dos metros de distancia con total alevosía y dejándole prácticamente en la indefensión a su víctima le descargo el fatal disparo ocasionando su muerte abrupta y violenta...”*. Este razonamiento del juzgador trae varias violaciones a la sana crítica que devienen en una errónea aplicación del numeral 1 del artículo 450 del Código Penal, por llegar a conclusiones que no están fundadas en ninguna prueba, sino simplemente en elucubraciones de la mente del Juzgador y por una mala concepción de lo que en Derecho Penal se entiende como alevosía. Los testimonios que se han presentado en el proceso son meramente referenciales, no son presenciales y, aunque no existe ninguna prohibición legal que establezca que no se podrá tomar en cuenta este tipo de prueba, por lo que esta Sala no puede decir nada respecto al valor

probatorio que el Juzgador les dé, en ellos no se encuentra mencionado en ninguna de sus partes ni el actuar del procesado para planificar el delito ni la manera en la que se lo ejecutó, siendo entonces las aseveraciones del inferior de que el procesado actuó de manera traicionera, algo ajeno a lo que el elemento probatorio arroja, por lo que es inaceptable tomar como ciertas estas suposiciones; añadiendo a esto, que el Tribunal menciona que el disparo se ha hecho de manera frontal, situación que sin que pueda deducirse del elemento probatorio ninguna otra certeza de cómo se cometió el delito, destruye la existencia de la causal de alevosía más que ayudar a sostenerla; **b)** La agravante constitutiva prescrita por el artículo 450 en su numeral 5, no requiere ya del engaño al sujeto pasivo de la infracción, sino de la utilización de medios ciertos para este último, que le hayan privado de la posibilidad de defenderse ante el ataque de su agresor, por el accionar propio de éste, como cuando el sujeto activo droga al sujeto pasivo o cuando lo ata de pies y manos para evitar su reacción, siendo que en la especie dicha causal tampoco ha sido comprobada, pues la manera en la que se cometió el homicidio no ha sido aclarada, quedando tan solo como cierto su cometimiento. **4)** Por último, respecto a la violación de los artículos 29 y 72 del Código Penal, esta Sala debe señalar que el inferior, en relación con este tema, ha manifestado que el delito se ha cometido *“con las circunstancias agravantes genéricas de la astucia y la traición, que causan alarma en el medio social circundante”*. De acuerdo a lo analizado en el numeral anterior, si bien es cierto que el delito de homicidio está comprobado, ante la aceptación del procesado de haberlo cometido, cuando el inferior analizó acertadamente que la tesis del procesado de que el homicidio fue inintencional era falsa, las circunstancias que rodearon al hecho quedaron oscuras, ya que la investigación no se realizó con la acuciosidad con la que debía hacérsela. Consecuencia de esto es la falta de conocimiento acerca de la manera en que se realizó la infracción, por lo que le era imposible al Juzgador de instancia el establecer las agravantes de traición y astucia, cuando no ha quedado clara esa parte del delito. **SEXTO: RESOLUCION.-** Por las consideraciones expuestas **“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”** de conformidad a lo que dispone el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, esta Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia casa la sentencia venida en grado y en su lugar dicta sentencia condenatoria en contra de Polico Jorge Shiguango Narváez, por considerarlo autor responsable del delito de homicidio previsto y sancionado en el artículo 449 del Código de Procedimiento Penal, imponiéndole la pena de OCHO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA, sin embargo, dado que el error del juzgador en la aplicación de los artículos 29 y 72 del Código Penal, ha llevado a que no se tomen en cuenta atenuantes a favor del sentenciado, siendo que existen probadas las de los numerales 6 y 7 del artículo 29 del mentado cuerpo de normas, se le impone la pena modificada de CUATRO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA.- Devuélvase el proceso al inferior para el trámite de ley.- **Notifíquese y Cúmplase.** Fdo.). Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada, Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales. f.) Dr. Hermes

Sarango Aguirre, Secretario Relator". Lo que pongo en su conocimiento para los fines legales pertinentes.

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

RAZÓN: Siento por tal que las cinco fotocopias que anteceden son iguales a su original. Certifico. Quito, 6 de enero de 2012.

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

No. 356-2009

En el juicio penal que sigue Filanbanco en Liquidación en contra de Pablo Yumiseva, se ha dictado lo siguiente:

"PROYECTO DEL Dr: Luis Moyano Alarcón. (Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial).

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO PENAL

Quito, 27 de diciembre del 2011; a las 10H00.

VISTOS: El sentenciado Pablo Yumiseva Marín, interpone recurso de casación de la sentencia condenatoria, dictada por el Tribunal Cuarto de Garantías Penales de Pichincha, de fecha 10 de diciembre del 2007, a las 8H40, que se le impone la pena de cuatro años de reclusión mayor ordinaria por ser autor del delito de peculado establecido en el Art. 257 del Código Penal, fundamentado el recurso por el recurrente, y su contestación por el Fiscal General del Estado, remitido el proceso a esta Sala y siendo el estado el de resolver se considera: **PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1 y la Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el R.O. No. 449 de 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; y, la Resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre de 2008, Resolución No 1349-08-RA de la Corte Constitucional, y el sorteo de ley respectivo. **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.-** Revisado el expediente no se encuentran vicios que pudieran generar nulidad procesal, razón por la cual este Tribunal de Casación declara la validez de la presente causa penal. **TERCERO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO:** El recurrente dando cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 352 del Código de Procedimiento Penal dice: A fojas 27 consta el contrato civil de prestación de servicios, entre "EXPERIEN EN SERVICIOS TEMPORAL TEMPOREX CÍA. LTDA. Y FILANBANCO S. A. LIQUIDACIÓN, el 1 de abril del 2004, cuyo objeto principal es la provisión de personal A TERCERAS PERSONAS, para cualquier tipo de actividades. En tal virtud, que este contrato de carácter civil, está directamente relacionado entre las partes

contratantes de acuerdo a las disposiciones del Código Civil. En la que no interviene el recurrente. A fojas 30 consta el ADENDUM al contrato civil de prestaciones de servicios, en el que se acuerda que Filanbanco en Liquidación entregue una suma de dinero para que Temporex, pague a su personal bonos e indemnizaciones. Esto tiene un fin que es excluir cualquier tipo de responsabilidad con el personal tercerizado, sin dejar la posibilidad de reclamo al personal puesto por Temporex contra de Filanbanco en Liquidación, rompiendo cualquier tipo de nexo y relación de dependencia, en la que no interviene el recurrente. A fojas 106, consta el contrato de trabajo por tiempo fijo, celebrado el 1 de octubre del 2004, entre Temporex Cia. Ltda. y Pablo Esteban Yumiseva Marín, de donde, establece una relación directa de dependencia, en la cláusula Segunda se establece claramente las obligaciones que el patrono Temporex, asume en su calidad, de acuerdo a los derechos de los trabajadores establecido en el Código de Trabajo. A foja 107, consta el Contrato de Trabajo Eventual entre la compañía Agencia de Selección de Personal AGSELPER CIA. Ltda. y Yumiseva Marín Pablo Esteban, para que se desempeñe como Asistente 1 Auditor, **en los lugares y para los clientes que determine la Empleadora.** De manera, que la relación de dependencia y empleadora a partir de esa fecha fue AGSELPER CÍA. Ltda.- A FOJAS 108, CONSTA EL ACTA DE FINIQUITO REALIZADA ANTE EL INSPECTOR DE TRABAJO el 17 de mayo del 2005, de acuerdo al Código de Trabajo, acta que tiene la calidad de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada. En ningún contrato celebrado con Pablo Yumiseva, se hace mención a Filanbanco ni que éste va a prestar sus servicios a Filanbanco, por lo tanto no es, ni puede ser funcionario de Filanbanco, ni funcionario público, ni funcionario bancario. Luego de un minucioso análisis de la sentencia, como consta del considerando Séptimo de la sentencia en estudio cuando se habla de la existencia material de la infracción y la responsabilidad penal del acusado, se anota que existió una auditoría interna especialmente realizada por parte del perito del Ministerio Público, Ec. Eduardo Sandoval Paliz, quien manifiesta en las conclusiones que el compareciente recibió dineros **que no fueron reportados** al Área Administrativa de Filanbanco, obligación que en ninguna parte del proceso ni en la audiencia se probó, ya que como hemos analizado no tiene relación de dependencia. Por otro lado el proceso se inició sin que la Contraloría General del Estado, hubiera determinado indicios de responsabilidad penal de la persona imputada en el caso sublite, como presunto responsable del delito de peculado, y si bien es cierto que el Art. 212 de la Constitución de la República en su inciso primero, establece la potestad exclusiva de la Contraloría General del Estado, para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas, e indicios de responsabilidad penal, no es menos cierto que constituye el Juez Natural de los Funcionarios Públicos, ordena auditorías para cumplir con los principios de inmediación y oportunidad en el proceso, salvo cuando el juzgador, sin existir perjuicios al patrimonio público, hubiese dictado sentencia condenatoria por peculado. Lo que demuestra que en este caso, por haber cancelado a satisfacción de Filanbanco en Liquidación, el informe de la Contraloría General del Estado, fue indispensable para determinar los indicios de responsabilidad penal. En suma la prueba analizada por el Tribunal de instancia, no es fehaciente ni para afirmar la existencia de otro tipo penal,

como el hurto de esos dineros; ni la apropiación fraudulenta, ni abuso de confianza, mucho menos peculado, no existe prueba en el entorno objetivo y subjetivo, que se haya probado que la conducta del encausado se haya adecuado a lo establecido en el inciso primero del artículo 257, siendo indispensable para demostrar la existencia de alguna acción u omisión punible, es decir la existencia del delito, realizar la adecuación de una conducta dentro de las características de un tipo penal determinado y, aún más, analizar si se cumplen no solamente los requisitos formales o materiales que señalan el tipo penal, sino también los elementos subjetivos (que son los que en última instancia determinan la relación causal), al no existir en la sentencia en análisis, ni los elementos objetivos del delito, como tampoco se ha demostrado que exista la subjetividad del delito, no puede decirse que existe el mismo, (muchos criterios similares, al respecto, han sido consagrados en nuestra jurisprudencia, como se puede constatar del Anuario de Jurisprudencias). Todas estas incongruencias de orden procesal, legal y constitucional hacen que la sentencia dictada en mi contra, carezca de fundamento y motivación al vulnerar los artículos 3, 4, 257 y 42 del Código Penal, Art. 11, 22, 15, 80,86,87,88 304 A, 315, 309 numeral 2 del Código de Procedimiento Penal, artículos 24 numeral 1, 2, 13, 17 de la Constitución Política de la República y otros mencionados en el texto de fundamentación, razón por la cual solicita se le Absuelva de la errónea imputación.-

CUARTO DICTAMEN FISCAL.- El Dr. Washington Pesantez, Fiscal General del Estado, al emitir su dictamen expresa lo siguiente: Estima el sentenciado que el Tribunal Penal, no hizo una distinción de los actos para individualizar la acción, el agente y la culpabilidad, puesto que no valoró las pruebas de acuerdo a las reglas de la sana crítica, en cumplimiento de lo que dispone el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, aclarando que si bien la estimación valorativa de las pruebas y las conclusiones fácticas de la sentencia son inatacables en el recurso de casación, sí es viable que con este recurso se controle el proceso lógico aplicado por el Juez en su razonamiento para llegar a la certeza de que se ha cometido el delito y de la responsabilidad del acusado. Manifiesta que existe una errónea interpretación del artículo 257 del Código Penal, puesto que él no cumple con los requisitos exigidos para el sujeto activo de esta conducta, puesto que como lo ha demostrado a lo largo del proceso mediante ciertas piezas procesales, el no mantuvo una relación de dependencia laboral con Filanbanco en Liquidación, puesto que con quien suscribió un contrato de trabajo eventual, fue con la Agencia de Selección de Personal AGSELPER Cía. Ltda., para desempeñarse como Asistente 1 Auditor, en los lugares y para los clientes que determinara la empleadora. Para el recurrente, en la sentencia se interpreta extensivamente la calidad de funcionario, ya que lo considera erróneamente como funcionario del Filanbanco en Liquidación, por las funciones que cumplía, indica, la Ley nada dice respecto a las personas que no tienen relación con las Instituciones públicas o privadas que manejen dineros del público, y por esta razón, tanto la Corte Superior como el Tribunal Penal, caen en el mismo error y, esa interpretación extensiva, es una clara violación del artículo 4 del Código Penal. Con relación a las pruebas, determina que si bien constan los informes contables en el proceso, los mismos no fueron confrontados por su persona, ya que no intervino en la fase pre procesal de la indagación previa, considerando por ende violadas las disposiciones de los artículos 11 y segundo

inciso del 70 del Código de Procedimiento Penal; determina que en ninguna parte del fallo se encuentra un soporte probatorio de peculado, porque no existe investigación que demuestre que haya hecho un mal uso de los fondos que auditó, por tanto jamás dispuso arbitrariamente de dineros, que al fin de cuentas fueron devueltos, y que en tal caso estaríamos hablando de un acto antijurídico pero no culpable. Continúa en su argumentación indicando que la disposición constitucional del artículo 121 aplicada por el juzgador, debió ser relacionada con el artículo 24 numeral 2 de la misma Constitución, puesto que se debió aplicar el principio de FAVOR REI (sic), para que en caso de conflicto entre dos normas, se aplique la menos rigurosa y en el sentido más favorable al encausado. El recurrente efectúa además alegaciones acerca de la tipicidad en general y, en concreto, del delito de peculado, estimando que en su caso no es posible establecer la comisión de un ilícito que no se encuentra tipificado como tal, para esto cita varias disposiciones contenidas en la Constitución y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, acerca del peculado, expresa que su figura se extendió a los funcionarios bancarios desde octubre de 1941, y a partir de mayo (1999), *de manera general a los funcionarios de las instituciones financieras privadas* indica, que esta extensión general de la norma, es lo que se conoce como peculado bancario, adoleciendo esta extensión de una inadecuada técnica jurídica, así con severas deficiencias que desnaturalizan el objeto de la punibilidad de la norma por lo que debe interpretarse, respecto a su sujeto activo, *al servidor público con aquella persona que ejerce función pública bajo el marco general de la norma constitucional*, por lo que estima, no se puede dejar *de* lado la relación de dependencia, ya que esto genera una distorsión, porque una persona que labora en una institución financiera privada, dice, no ostenta la calidad de funcionario público porque no ha sido investido con tal calidad con las formalidad que la ley pública establece, así, el marco legal que regula la actividad del funcionario o servidor público no es el mismo que el que regula al particular que labora en una institución financiera, ya que su posición y obligaciones son diferentes. El Tribunal Penal Cuarto de Pichincha ha efectuado una ponderación acertada y precisa de toda la carga probatoria legalmente actuada en el transcurso de la audiencia pública de juzgamiento, según lo prescrito en el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, pruebas que en su conjunto, en aplicación de un correcto silogismo lógico, han permitido concluir de manera razonada, que se ha comprobado conforme a derecho la existencia del delito contemplado en el artículo 257 del Código Penal y la responsabilidad del acusado Pablo Esteban Yumiseva Marín. Además el juzgador toma en cuenta que Pablo Yumiseva, si bien ha sido contratado por empresas privadas, estuvo destinado a prestar sus servicios en un Banco en Liquidación, que sin lugar a dudas es una entidad del sistema financiero nacional, para cuyo funcionamiento rige la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y no la de la Contraloría General del Estado como ha argumentado su defensor; haciendo énfasis que el acusado actuó en calidad de administrador, que entre otras funciones, tenía la de cobrar arriendos, desde luego emitir facturas y depositarlos en la cuenta respectiva del Filanbanco en Liquidación, haciendo un reporte de estas transacciones; punto respecto del cual el Tribunal Penal determina que la defensa del acusado yerra al considerar esta actividad -cobrar arriendos- no como un servicio

público, lo cual dista de la realidad, pues esa era la actividad del acusado, en calidad de servidor de la institución bancada en liquidación, cuyos bienes y fondos no pueden ser dispuestos por los funcionarios en su beneficio, como en el caso ha ocurrido. Es más, se debe tener muy en cuenta que el señor Guillermo Agami en su declaración, afirmó verbalmente y por escrito, que pidió al señor Pablo Yumiseva, un informe sobre los ingresos y egresos, y como no le atendió, pidió la intervención de auditoría. De las funciones de Yumiseva de recaudar los arriendos, así como de los atrasos en emitir facturas o más aún el no reportar al Filanbanco los pagos efectuados, han testimoniado Marco Cortés y José Bastidas, respectivamente, por lo que se evidencia el proceder ilícito del acusado. El recurrente en conclusión, no ha logrado determinar y exponer una real y manifiesta violación de la ley en la sentencia, que permita que la casación propuesta prospere, porque de lo analizado, no se evidencia que el juzgador haya contravenido expresamente el texto normativo, sea por una falsa aplicación de la norma o por su errónea interpretación, puesto que ha quedado plenamente demostrado, que el acusado, reúne los requisitos para ser sujeto activo del delito de peculado, sin que sea relevante si su relación de dependencia laboral era con el Filanbanco en Liquidación o con agencias tercerizadoras, puesto que lo que interesa en esta infracción, es determinar la naturaleza de sus funciones y de la relevancia que ellas tengan dentro de las instituciones contempladas en la Ley General de las Instituciones del Sistema Financiero. Que la Sala debe declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por el recurrente. **QUINTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.-** 1.- El recurso de casación según la doctrina tiene como objeto principal el control de la legalidad de las sentencias dictadas por los jueces de Instancia, y en este contexto, corregir los posibles errores in iudicando que la afecten; de aquello deviene que, en este recurso, como medio de impugnación, el recurrente busca demostrar al Tribunal de Casación que el juez inferior, equivocó al aplicar indebida o erróneamente una norma de derecho en la sentencia; La Casación de acuerdo con el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal se contrae a examinar si en la sentencia definitiva se ha violado la ley. El Tribunal en sentencia debe valorar las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, en cumplimiento de lo que dispone el Art. 86 del Código Adjetivo Penal. Al juzgador, le corresponde en primer lugar determinar si se ha comprobado, conforme a derecho, la existencia material de la infracción, que tratándose como en este caso, de peculado cabe entonces realizar un análisis fundamentando y prolijo de la sentencia y de los elementos fácticos y de convicción que han servido para que el juzgador haya llegado a tal conclusión, y dictar una sentencia condenatoria.- 2.- En nuestra Legislación, el peculado se encuentra ubicado en los delitos contra la “Administración Pública” constando actualmente en el Libro II, Título III, Capítulo V “De la violación de los deberes de los funcionarios públicos, de la usurpación de atribuciones y de los abusos de autoridad” y como bien lo sostiene el doctrinario colombiano, Marco Antonio Terragni, haciendo prevalecer la tutela de la seguridad de que esos bienes estarán dispuestos para que se cumpla la función patrimonial del Estado, lo que está en sintonía con la tendencia jurídica moderna (Terragni, “Delitos propios de los funcionarios públicos”, ediciones jurídicas CUYO).- Sin embargo, este delito, afecta además a otros bienes jurídicos, **como a la fe que los ciudadanos hemos depositado en**

nuestros funcionarios. En el tipo penal previsto en nuestra legislación, en el artículo 257 del Código Penal, **el núcleo o verbo rector es el “haber abusado” por parte del funcionario, de dineros públicos o privados** y en general de efectos que los representen, piezas títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, bien por **desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante;** o sea que **los intereses que se tutelan son,** por un lado, **el empleo de los fondos públicos** destinados a determinados fines y cuya distracción produce serios perjuicios al aparato estatal con la consiguiente afectación al bien común y, por otro, los bienes que también pueden ser del dominio de los particulares, sin que la distinción entre bien público y bien privado, sea esencial para la adecuación típica.- 3.- La sentencia impugnada, dictada por el Tribunal Cuarto de lo Penal de Pichincha, se determina la existencia de la infracción por el delito de peculado objeto del proceso, señalando las pruebas, describiéndolas, explicándolas y valorándolas conforme procede en derecho, con toda propiedad aplicando las reglas de la sana crítica y por lo cual, se ha establecido con certeza la existencia de la infracción acusada y la responsabilidad de Pablo Yumiseva Marín, en la consumación de la infracción objeto del proceso. La Sala observa que, la sentencia impugnada dictada por el Tribunal inferior se encuentra debidamente motivada, porque el fallo condenatorio es congruente con los hechos ciertos debidamente probados en el juicio y por lo cual, se han observado las disposiciones contenidas en el Art. 257 del Código Penal, en concordancia con el Art. 76, numeral 7, literal I) de la Constitución de la República, y los Artículos 304-A y 309 del Código de Procedimiento Penal, por lo tanto, no existe en la sentencia condenatoria, ninguna de las violaciones de ley que señala el recurrente en su escrito de fundamentación del recurso de casación, que en su parte principal solamente alega que no existe el delito de peculado, por cuanto él no es empleado público ni bancario, que Filanbanco no lo contrató, sin embargo obra del proceso las experticias contables, los cobros que hizo a los arrendadores, por expensas y arriendos, que nunca ingresaron a las cuentas de Filanbanco en liquidación, nunca justificó los faltantes de dinero que se encontraron, en los informes de auditorías se establece que el faltante asciende a la suma de 41.985,49 dólares americanos, que posteriormente dicho faltante fue cubierto en su totalidad por los familiares del sentenciado 4.- En lo que respecta a la conducta del acusado Pablo Yumiseva Marín Pérez, ésta se adecua a lo establecido en el Art. 257 del Código Penal, que fue la norma sancionadora vigente correctamente aplicada por los juzgadores, sin que aparezca algún error en cuanto a la tipificación del delito, ni ninguna violación de las normas previstas en los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, y Constitución de la República. 5.- La Sala ha podido determinar de que el fallo dictado por el Tribunal inferior, se establece con absoluta certeza tanto la materialidad de la infracción, como la responsabilidad del recurrente, sin embargo el faltante del dinero ha sido cubierto en su totalidad, que existe un convenio de desistimiento donde la parte agraviada (Filanbanco) acepta el pago, se compromete a no seguir con el proceso penal iniciado, y a no presentar acusación particular, a pesar de todo ello por ser un juicio de acción pública no le exime de ninguna responsabilidad al procesado. De lo expuesto y tomando en consideración que el sentenciado ha pagado los faltantes de dinero, la pena que se ha impuesto no guarda relación con la

infracción cometida, ni existe la debida proporcionalidad de acuerdo a los principios constitucionales, por otra parte el sentenciado ha demostrado no tener procesos penales en su contra, tal como se desprende de los certificados otorgados por los Tribunales Penales que obran del proceso. **SEXTO: RESOLUCIÓN:** Por las consideraciones precedentes, esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia “ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DEL ECUADOR”, de conformidad con el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, casa la sentencia, y de acuerdo al principio constitucional establecido en el Art. 76, numeral 6 de la Constitución de la República, se le impone a PABLO YUMISEVA MARIN, la pena definitiva de UN AÑO de prisión, devuélvase el proceso al órgano jurisdiccional de origen para los fines de ley.- Notifíquese. Fdo.). Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada, Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales. f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre. Secretario Relator”. Lo que pongo en su conocimiento para los fines legales pertinentes.

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

RAZÓN: Siento por tal que las cuatro fotocopias que anteceden son iguales a su original. Certifico. Quito, 6 de enero de 2012.

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

No. 555-2009

En el juicio penal que sigue Judith Yanchapanta Laguna en contra de Juan Rivera Guamán, se ha dictado lo siguiente:

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

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA PRIMERA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL

Quito, 26 de diciembre de 2011, a las 15H45

VISTOS: Juan Carlos Rivera Guamán, interpone recurso de revisión de la sentencia pronunciada el 1 de marzo de 2006, por el Quinto Tribunal de lo Penal de Pichincha, en la que le impone la pena de DIECISÉIS AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR EXTRAORDINARIA, por considerarlo autor responsable del delito que tipifican y sancionan los artículos 512 numeral 1 y 513 del Código Penal, en concordancia con el artículo 515 ibidem. El recurso de revisión ha sido debidamente concedido, y para resolverlo se hacen las siguientes consideraciones: **PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de revisión interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de Octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 4879 del 2 de Diciembre del

2008; y, la Resolución Sustitutiva dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de Diciembre del 2008 y publicada en el Registro Oficial 511 del 21 de Enero del 2009; y, el Sorteo de Ley respectivo, en nuestras calidades de Jueces Nacionales de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento de la presente causa. **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL:** Revisado el expediente, no se advierte ningún vicio u omisión de solemnidad sustancial que pueda afectar la decisión de esta causa, por lo que se declara expresamente su validez. **TERCERO.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE REVISIÓN:** En el escrito que interpone el recurso de revisión, el recurrente Juan Carlos Rivera Guamán, fundamenta el recurso indicando que los testimonios de la ofendida y los presentados por el Ministerio Público fueron inconstitucionales e ilegales, con los que se violentó sus derechos y garantías, solicita que se tenga muy en cuenta el mandato Constitucional del Art. 76 numeral 4, en relación también con los mandatos establecidos en los Arts. 208 y 216 numeral 2 del Código de Procedimiento Civil, además solicita que se tome muy en cuenta los mandatos establecidos en los Arts. 15, 86, 309 numeral 2° y 3° del Código de Procedimiento Penal al no mencionar en forma verdadera, las pruebas practicadas que determinen en forma armónica y perfecta la existencia de la responsabilidad penal, pues las evidentes contradicciones, sofismas e imprecisiones, se determinan en el acápite Cuarto a fojas 240, 241 y 242 de la aludida sentencia, revelando un ineficaz e ineficiente instrumento para la realización de la justicia, también indica que el Tribunal Penal, acantonado en Santo Domingo de los Colorados, ha tomado un actitud emotiva que carece de razonamiento jurídico, ni examen crítico acerca de los indicios sufragados por la Fiscalía, el recurrente sustenta su recurso en las causales 3 y 6 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, que se refiere al hecho de que la sentencia condenatoria no concordaría con la verdad histórica, al haber sido alterada con medios de prueba falsos o errados; ya que el delito o no existió, o no ha sido comprobado conforme a derecho. Manifiesta que el Tribunal ha otorgado el valor de prueba a testimonios que por sí mismos se advierten contradictorios, así como a otras declaraciones meramente referenciales de los peritos respecto de su experiencia material de la infracción, más no su participación en el hecho por el cual fuera condenado, recalando que el pronunciamiento del Tribunal no se apoya en prueba legalmente actuada que establezca su responsabilidad, conforme lo establece el artículo 85 del Código de Procedimiento Penal. **CUARTO.- DICTAMEN FISCAL:** En la parte sustancial del Dictamen Fiscal emitido por el Dr. Washington Pesántez Muñoz, manifiesta que la naturaleza jurídica del recurso de revisión en la ley procesal penal le entrega a este tipo de impugnación el carácter de extraordinario, pues su objeto es una sentencia condenatoria penal en firme que se considera errada, con la finalidad de obtener en ella su revocatoria para reemplazarla por otra de carácter absolutorio o de no culpabilidad; y se dice especial por que debe ser interpuesto por cualquiera de los motivos prescritos de manera taxativa en la ley adjetiva penal. En el presente caso el recurrente ha escogido los numerales 3 y 6 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, que como se ha dicho se refieren al hecho de que la sentencia condenatoria no concuerda con la verdad histórica, al haber sido alterada con medios de pruebas falsos o errados; y de que el delito o no existió, o no ha sido comprobado conforme a derecho, sin embargo, al

momento de fundamentarlo realiza una exposición que de ninguna manera se relaciona con las causales invocadas, así, cuando se refiere al primero de los motivos anteriormente nombrados reclama del Tribunal de Revisión una nueva valoración de la prueba producida en el juicio, y con respecto a la segunda, refiere más bien hechos relacionados con su participación en el delito, y de forma general hace mención a aquellos que tienen que ver con la materialidad del delito, conforme correspondía; y lo que es más, al momento de pretender justificar los supuestos errores judiciales producidos en la sentencia, en las causales invocadas, no presenta nuevos elementos de información que haga posible evidenciar que la resolución ha sido dictada en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados, o, que aquella prueba incorporada al proceso no fue apreciada o valorada por el Tribunal a quo conforme lo ordena la ley, aspectos que por sí solos tornan a la impugnación en impertinente por infundada. Concluye expresando el Dr. Washington Pesántez Muñoz, que el recurso interpuesto debe ser declarado improcedente por la Sala de la Corte Nacional de Justicia. **QUINTO.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:** El recurso de revisión al tener carácter de excepcional y extraordinario solo procede contra sentencia ejecutoriada, en los casos que expresamente la ley establece y, siempre que el recurrente lo formule de manera correcta, fundamentándolo en debida forma, sustentándolo en causales muy concretos y específicos, haciendo mención de las pruebas que demuestren el error de hecho sobre el que se ha basado la sentencia impugnada. Esta Sala indica que en escrito presentado por el procesado Juan Carlos Rivera Guamán, dentro del correspondiente término de pruebas concedido por la Sala, se advierten como incorporados al expediente cinco certificados otorgados por el Ministerio de Trabajo y Empleo del SECAP, a nombre del recurrente; así como practicada la recepción de su declaración por parte del doctor Hernán Ulloa Parada, Juez de Sustanciación de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, en la que nada dice al respecto a que los medios de prueba habrían alterado lo que en realidad habría sucedido, o al hecho de que el acto por el cual fue condenado no existió o no fue comprobado conforme a derecho, limitándose a tan solo narrar lo que a su propio entender sucedió al día en el que la menor ofendida fue agredida sexualmente. Por su parte Miguel Ángel Mendoza expone que durante el año 2004, trabajaba como “enganchador” para la Cooperativa de Transportes Loja, en Santo Domingo de los Colorados añadiendo que pudo observar como miembros de la Policía se llevaban preso al señor Juan Carlos Rivera Guamán. En la interposición del recurso de revisión no hay ninguna constancia probatoria que cambien los hechos de la sentencia dictada cuya revisión se solicita, en consecuencia esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia **“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”** al tenor del artículo 367 del Código de Procedimiento Penal, declara IMPROCEDENTE el recurso de revisión interpuesto por JUAN CARLOS RIVERA GUAMÁN, disponiendo se devuelva este proceso al Tribunal de origen, **Notifíquese y devuélvase.** Fdo.). Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada, Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales. f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre. Secretario Relator”. Lo que pongo en su conocimiento para los fines legales pertinentes.

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

RAZÓN: Siento por tal que las dos fotocopias que anteceden son iguales a su original. Certifico. Quito, 6 de enero de 2012.

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

No. 564-2009 Y.T.

En el juicio penal que sigue Stálin Feijo Jaramillo en contra de Tarquino Carpio Ortega, se ha dictado lo siguiente:

“PONENTE: Dr. Hernán Ulloa Parada (Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial).

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

Quito, 20 de diciembre de 2011. Las 11H00.

VISTOS El recurrente Tarquino Carpio Ortega, interpone recurso de casación a la sentencia emitida por la Primera Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Zamora, el 18 de noviembre del 2008, a las 10h30, en la que confirma la sentencia pronunciada por el inferior que le impone la pena de un año de prisión correccional, disponiendo además la suspensión por igual tiempo de la licencia para conducir vehículos y se le impone la multa de treinta salarios mínimos vitales generales. Sin costas, daños y perjuicios, conforme lo establece el Art. 118 de la Ley de Tránsito, por haber satisfecho oportunamente a los ofendidos, en virtud del acta transaccional suscrita por las partes. El recurso ha sido debidamente fundamentado por el recurrente, habiéndose corrido traslado al Ministerio Público que contestó, de conformidad con lo que dispone el Art. 355 del Código de Procedimiento Penal. Por concluido el trámite y siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.-** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1 y la Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el R.O. No. 449 de 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 449 de 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R.O. No. 479 del 2 de diciembre de 2008; y, la Resolución Sustitutiva dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre y publicada en el R.O. No. 511 de 21 de enero del 2009; y, el sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de Jueces Nacionales de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento del presente juicio penal.- **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.-** Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial alguna, que podría causar su nulidad; por lo que, este Tribunal de Alzada, declara la

validez de esta causa penal. **TERCERO.- FUNDAMENTO DEL RECURSO.-** El recurrente, Tarquino Enrique Carpio Ortega, en su escrito de fundamentación, en lo principal, alega lo siguiente: **a)** Que la responsabilidad del acusado debe ser probada en forma clara, precisa y concreta, sin que pueda existir la menor posibilidad de duda, en cuanto a la culpabilidad del acusado; cuestión que no ha sido probada, ni por el fiscal ni por el ofendido; **b)** Que en el presente caso se llega a determinar su responsabilidad en base a diligencias de autopsia, reconocimiento del lugar y del vehículo, lo que considera injusto ya que a través de estas diligencias no se puede establecer la negligencia, imprudencia y exceso de velocidad; más aún, que las declaraciones rendidas en la audiencia del juicio, no constituyen prueba plena de que efectivamente el recurrente haya estado conduciendo el vehículo el día de los hechos; **c)** Que la sentencia carece de fundamento legal, ya que no existe análisis de prueba alguna que justifique que el accidente se haya producido por exceso de velocidad, impericia y vehículo en malas condiciones; **d)** Que como no se ha probado las circunstancias del Art. 75 de la Ley de Tránsito, ni se han considerado las alegaciones de la parte acusada para confrontarlas con otra tesis, es evidente que dicho fallo no tiene motivación; **e)** Considera que se ha dictado sentencia condenatoria en base a los indicios recogidos en la instrucción fiscal, que no han alcanzado categoría de prueba para que pueda determinar y establecer la responsabilidad del imputado; **f)** Que la sentencia que impugna vulnera sus derechos y garantías constitucionales, por que al no haberse probado en forma categórica y certera la responsabilidad del acusado, y que habiendo llegado a un estado de duda, lo que indefectiblemente favorece al reo, no se tomó en cuenta la disposición del Art. 4 del Código Penal, con lo que se ha vulnerado las garantías del debido proceso.- **CUARTO: CONSIDERACIONES DE LA FISCALÍA GENERAL.-** El Dr. Washington Pesántez Muñoz, Fiscal General del Estado, al contestar la fundamentación del recurso de casación suscrito por el Dr. Omar R. Morales Tello, defensor de Tarquino Enrique Carpio Ortega, señala que: **1)** Del análisis de la sentencia expedida por la Primera Sala de la Corte Provincial de Justicia de Zamora, no advertimos que los juzgadores hayan incurrido en error de derecho alguno que constituya infracción a la ley, ni al momento de ponderar los medios de prueba materiales con los que estimaron se comprobó legalmente la existencia del delito, ni en la actividad análisis de la información probatoria con la que se orientó la construcción del juicio de culpabilidad y la declaratoria de responsabilidad penal del acusado; **2)** Considera que la actuación del Tribunal en esta materia, y las conclusiones a que arribó el juzgador en la definición de la controversia, más bien se observa que guardan lógica, coherencia y una adecuada correspondencia con el mérito y resultados de los medios de prueba formulados por las partes en la audiencia de juzgamiento, y como consecuencia, es apropiada la norma material contenida en el Art. 75 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre que finalmente se escogió para sustentar la resolución de condena; **3)** Manifiesta que, en este contexto se aprecia que la sentencia objeto de la impugnación expone argumentos jurídicos válidos en la estimación de la acusación fiscal y en la determinación de los fundamentos que justifican la existencia del delito, sus circunstancias, efectos y su responsable. De modo que, los razonamientos que exhibe el Juzgador para llegar a tales conclusiones, se constituyen en

los parámetros y condiciones de una decisión que se advierte como adecuada y suficientemente motivada; **4)** Respecto a la alegación de que se ha quebrantado el Art. 4 del Código Penal, la prohibición contenida en la norma implica una limitación sobre los efectos y alcances del sentido genuino o auténtico que se otorgue a los términos, hipótesis y presupuestos de una disposición normativa, para impedir que, mediante un ejercicio de interpretación arbitraria y subjetiva, se extienda o se extralimite al ámbito de aplicación de una norma a casos o eventos no expresamente regulados ni cubiertos en sus contenidos y disposiciones. Por ende, cuando el recurrente fundamenta el cargo en la violación del Art. 4 del Código Penal, debe necesariamente sustentar el fundamento de la impugnación, señalando y analizando explícitamente cuáles son las normas cuyas hipótesis y presupuestos han sido interpretados dándoles efectos y alcances no correspondientes o ajenos a su genuino sentido y a su espíritu y contenido normativos, y se debe explicar además, cuál es la incidencia o influencia que esta distorsión comporta sobre una norma que supuestamente no regula ni cubre el caso llevado a debate judicial, y explicar asimismo cuál es la incidencia específica que esta irregular actividad de interpretación ha ejercido sobre la parte dispositiva del fallo. Y cuando no se cumplen estos requisitos técnicos de fundamentación, nos encontramos frente a una impugnación inadecuada e ineficaz. Por los razonamientos señalados, el Fiscal General del Estado estima que la Sala debe desechar el recurso de casación formulado por Tarquino Enrique Carpio Ortega.- **QUINTO: ANÁLISIS DE LA SALA.- 1)** Se ha manifestado en innumerables ocasiones que, para la procedencia del recurso de casación en el ámbito penal, es imprescindible que en la fundamentación se determine con certeza los cargos contra la legalidad de la sentencia impugnada, es decir, que se especifique la violación de la norma en cualquiera de las hipótesis enunciadas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal que prescribe que, el recurso de casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación. No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba. De acuerdo con la norma transcrita, la violación de la ley sustantiva, sobre aspectos de puro derecho, se pueden producir a través de tres modalidades, según el Autor Walter Guerrero Vivanco, en su obra “Derecho Procesal Penal”, Tomo IV El Proceso Penal, Pudeleco, Editores S.A. marzo 2004, pág. 291; **a)** Por contravenir expresamente a su texto (violación expresa); **b)** Por haberse hecho una falsa aplicación de la misma (aplicación indebida); y, **c)** Por haberla interpretado erróneamente (interpretación errónea). Claus Roxin, en su obra “Derecho Procesal Penal” Editores del Puerto s.r.l., Bs. As. 2003, sostiene que “La Casación es un recurso limitado y permite únicamente el control in jure. Esto significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y sólo se investiga si el Tribunal inferior ha incurrido en una lesión al derecho material o formal”. En este mismo contexto, Lino Enrique Palacio, en “Los Recursos en el Proceso Penal” Abeledo – Perrot, Bs. As., 2001, pág. 115, acertadamente señala que “la vía del recurso de casación, no procede para provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios en que se apoya la sentencia, por cuanto el valor de las pruebas no está prefijado o predeterminado de antemano y corresponde, por lo tanto, a la apreciación del Tribunal de juicio la

determinación del grado de convencimiento que aquellas puedan producir, sin que dicho Tribunal deba justificar por qué otorga mayor o menor mérito a una prueba que a otra". Cabe establecer, que de acuerdo con las normas legales que rigen la casación penal, es obligación de quien recurre por esta vía, en este caso, demostrar en qué consiste las violaciones de la ley en la sentencia, esto es hacer evidente la contravención a las normas legales en cuanto a su texto, o establecer claramente en qué consiste la interpretación de la ley o la falsa aplicación de la misma y de qué manera ha influenciado en la equivocada decisión de los juzgadores. Por lo expuesto, esta Sala está imposibilitada de realizar un reexamen de las pruebas actuadas, ya que como se ha dicho, la ley le concede esta facultad al juzgador, quien por su independencia y haciendo uso de la sana crítica, que no es otra cosa que el acervo de capacidad, experiencia, lógica jurídica y convicción personal, es a quien le corresponde la valoración de la prueba, tanto más que, por su inmediación en el recaudo procesal, tiene la sustentación de todos los elementos de juicio para decidir lo que en derecho corresponda. Si bien es cierto que las conclusiones fácticas de la sentencia son inatacables en casación, ésta si controla el proceso lógico seguido por el juez en su razonamiento, correspondiéndole únicamente a esta Sala, analizar si el juzgador al valorar la prueba para determinar la existencia material del ilícito y la correspondiente responsabilidad de la persona imputada, ha utilizado de una manera correcta las reglas de la sana crítica, pues es en base a éstas que el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal, establece que el juzgador debe valorar dichas pruebas; es decir, realizar un examen sobre el sistema probatorio establecido por la ley, a fin de custodiar la aplicación de las reglas de la sana crítica en la motivación de la sentencia, verificando si en su fundamentación se han observado las reglas de la lógica, del razonamiento y de la experiencia y razonamiento. La garantía de motivación consiste en que mientras por un lado se deja al juez libertad de apreciación, queda en cambio obligación a correlacionar lógicamente los argumentos, todo aquello para prevenir la arbitrariedad en las decisiones a las que arribe el juzgador; 2) Sin embargo de lo anteriormente expuesto, la Sala si está en capacidad de analizar la demás impugnaciones que ha realizado el casacionista y al respecto, se hace el siguiente análisis: a) el casacionista, en la fundamentación de su recurso enunciado anteriormente, en resumen, alega que la sentencia dictada por la Primera Sala de la Corte Provincial de Justicia de Zamora, que confirma la expedida por el Juez Primero de lo Penal y de Tránsito de Zamora, en la que dicta sentencia condenatoria en contra del acusado Tarquino Enrique Carpio Ortega, en cuya redacción no existe fundamento legal, que tampoco se ha probado ninguna de las circunstancias invocadas en la sentencia; y, que no tiene la motivación que determina el literal l) del Art. 76 de la Constitución de la República; b) alega, que el fallo del señor Juez de Tránsito y del Tribunal de alzada, vulneran sus derechos y garantías constitucionales, ya que al no haberse probado en forma categórica y certera la responsabilidad del acusado, se ha llegado a un estado de duda, lo que indefectible favorece al reo, lo cual, dice el casacionista, no se ha tomado en cuenta en el fallo y que existe una falta de aplicación del Art. 4 del Código Penal; manifiesta además, que al no haberse aplicado el mencionado artículo, se ha vulnerado las garantías del debido proceso, por lo cual solicita que casando la sentencia se lo absuelva; 3. Al respecto, una vez analizado el

pronunciamiento de la Primera Sala de la Corte Provincial de Zamora, que en base a una adecuada fundamentación confirma la sentencia expedida por el inferior, porque entre otras cosas, en el considerando Noveno del fallo, se manifiesta que: "... no se ha podido establecer que el imputado sea chofer profesional, ..."; situación dice, que produce inflexibilidad en la pena a imponerse, como lo establece el Art. 81 de la Ley de Tránsito que dice: "Quien sin estar legalmente autorizado para conducir vehículos a motor, o haciendo uso de una licencia de conducir de categoría o clase inferior a la necesaria según las características del vehículo, incurre en alguno de los delitos contemplados en los artículos anteriores, será reprimido con el máximo de la pena correspondiente". Es decir que **se debía imponer la pena máxima de cinco años de prisión y no la de un año** que impone el juez inferior, aplicando atenuantes que no se las debería haber considerado, por las circunstancias agravantes del hecho juzgado, lo que varía sustancialmente la pena que se le debió haber impuesto; 4.- La Sala considera que no existe violación alguna de la norma legal, como alega el casacionista quien no menciona qué artículo o artículos de la ley se han violado en la fundamentación de la sentencia, simplemente se ha concretado a mencionar que "en el presente caso se llega a determinar mi responsabilidad en base a diligencias de autopsia, reconocimiento del lugar y del vehículo ...", dice además que; "... a través de estas diligencias no se puede establecer clara y meridianamente la negligencia, imprudencia y exceso de velocidad ..."; en otro de los acápites dice haberse violado el Art. 76 literal l) de la Constitución de la República por cuanto la sentencia no tiene motivación y finalmente invoca el Art. 4 del Código Penal; al respecto, el tratadista Jorge Zavala Baquerizo, en su obra "Tratado de Derecho Procesal Penal", Tomo IX, pág. 130, 131 manifiesta que **"La motivación de la sentencia debe contener el camino recorrido por el juez en la deliberación ... debe exponer de manera lógica cada uno de los elementos a los cuales se refiere el objeto del proceso, las pretensiones de las partes activas y las oposiciones planteadas por las pasivas; debe analizar los actos procesales interpretarlos y valorizarlos. Debe dilucidar sobre los fundamentos de derecho relacionados con el proceso, con la infracción, con el ofendido y el acusado"**, La Constitución del Ecuador establece en su Art. 76 numeral 7, literal l), como una de las garantías del debido proceso el hecho de que **"Las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas"**, añadiendo, **"No habrá motivación si en la motivación no se encuentran las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes del hecho"**. En materia penal, la motivación de la sentencia debe dirigirse a establecer la materialidad de la infracción y la responsabilidad del acusado, en el caso de que la sentencia sea condenatoria; y, a falta de ellas, cuando de la sentencia se diera para ratificar la inocencia del procesado; en la especie, dicho camino ha sido recorrido por el juzgador al dictar sentencia, detallando en los considerandos quinto, sexto y octavo del fallo recurrido, las pruebas en las cuales se basa, para en concordancia con el Art. 304-A del Código Penal, dictar sentencia condenatoria en contra del recurrente, asumiendo que el inferior ha llegado a estas conclusiones, por los razonamientos expresados en los considerandos noveno y décimo de su fallo y en los cuales no se aprecia ningún error en la aplicación del Derecho ni de la sana crítica al momento de

valorar la prueba; 4) Respecto a la violación del Art. 4 del Código Penal, esta Sala debe subrayar lo siguiente: No debe confundirse el principio “in dubio pro reo” con aquel principio que establece que, ante la duda que ha arrojado la prueba, respecto a la culpabilidad del acusado en la comisión de un delito, se lo debe declarar inocente; pues, mientras el primero se refiere a una duda surgida de la interpretación de un precepto normativo del ordenamiento jurídico positivo, la segunda se deriva, como una regla lógica del principio de presunción de inocencia, así, si analizamos el Art. 4 del Código Penal, que tiene concordancia con el Art. 76 numeral 5 de la Constitución de la República, claramente prescribe **“Prohibase en materia penal la interpretación extensiva. El juez debe atenerse, estrictamente, a la letra de la ley. En los casos de duda se la interpretará en el sentido más favorable al reo”**, el artículo está basado claramente en la interpretación que se le debe dar a las normas legales en materia penal, prohibiendo, en primer lugar, la interpretación extensiva de las mismas y en segundo lugar, estableciendo la manera en la que se ha de proceder cuando una norma penal pueda derivar en varias interpretaciones, esto es, acogiendo la que más le favorezca al reo. Diferente es el sentido que tiene el Art. 304-A del Código de Procedimiento Penal, ya que en este, el legislador, refiriéndose a la prueba ha decidido que cuando se tenga duda respecto a la existencia material de la infracción o respecto a la responsabilidad del acusado, teniendo en cuenta que la presunción de inocencia se mantiene en la persona hasta el momento en que se dicta sentencia condenatoria, se debe dictar un fallo absolutorio que ratifique dicha inocencia; lo expresado, se comprueba con el siguiente razonamiento: el Art. 304-A del Código de Procedimiento Penal establece **“Si no estuviese comprobada la existencia del delito o responsabilidad del procesado O EXISTIERE DUDAS SOBRE TALES HECHOS ... dictará sentencia absolutoria** (refiriéndose al Tribunal Juzgador)” (las mayúsculas son nuestras); la manera en la que se deben comprobar estos dos requisitos, según el Art. 252 de la ley procesal penal es mediante **“las pruebas de cargo y de descargo que aporten los sujetos procesales”**, esto se ve sustentado en el hecho de que el Art. 85 del Código Adjetivo Penal le da como finalidad a la prueba **“establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del imputado”**, por lo que, si surge una duda en los términos del Art. 304-A del referido código, esta duda debió haberse dado respecto del análisis de la prueba y no de la normativa legal, pues en el campo de la duda en la interpretación de la ley, la solución nos viene dada por el principio del “in dubio pro reo” y no de la solución que plantea el Art. 304-A ibidem; al respecto de esta confusión, el tratadista ecuatoriano Jorge Zavala Baquerizo, en su obra “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Tomo I, pág. 206 manifiesta lo siguiente: **“Es necesario no confundir el principio “in dubio pro reo” con el estado jurídico de inocencia, pues si bien es cierto que ambos entran dentro de la categoría del favor rei, la diferencia se observa en que el primero pertenece al campo de la interpretación...en tanto que el segundo entra dentro del campo probatorio”**; en el mismo sentido se expresa Ricardo Vaca Andrade, otro de los tratadistas ecuatorianos, en su obra “Manual de Derecho Procesal Penal” Tomo I, pág. 55, al decir: **“Para nadie es desconocido uno de los principios fundamentales del Derecho Penal moderno y que es plenamente aplicable a todos los casos en los que, no siendo la disposición suficientemente clara, el**

intérprete debe comprenderla inclinándose por el sentido que más favorezca al reo; pero, este principio conocido como el “in dubio pro reo”... dice relación tan solo con todos aquellos caos en los que existe oscuridad en cuanto al sentido de la ley, vale decir, únicamente en los casos de interpretación de la norma”. Una vez aclarada esta confusión, esta Sala debe manifestar que el recurrente no ha citado ninguna norma en la cual, por su oscuridad, haya podido interpretarse de manera distinta, teniendo que el inferior la hubiera interpretado en el sentido menos favorable al reo, caso en el cual se hubiera violado el Art. 4 del Código Penal; por lo tanto, las aseveraciones del recurrente respecto a dicha violación legal no tienen fundamento y no pueden ser aceptadas por el Tribunal de Casación.- **SEXTO: RESOLUCION.-** Por todo lo expuesto, y en armonía con el criterio de la Fiscalía, y el pronunciamiento de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Zamora, que además llama la atención al señor fiscal por la superficialidad con la que ha actuado en la investigación, así como al Juez “por sentenciar en forma dispar a lo contenido del procesos”, esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, hace suya dicha llamada de atención. En la especie, habiendo variado sustancialmente la pena que debió imponerse al acusado, esto es de cinco años de prisión y no de un año, como consta de la sentencia del inferior, en atención a lo establecido en la parte final del Art. 24 de la Constitución de 1998, (Art. 77 numeral 14, actual), que prescribe que **“Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre”**, esta Primera Sala de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA**, al tenor del Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por Tarquino Enrique Carpio Ortega, disponiendo se devuelva este proceso al Tribunal de origen para la ejecución de la sentencia recurrida. **Notifíquese y Publíquese.** Fdo.). Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada, Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales. f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre. Secretario Relator”. Lo que pongo en su conocimiento para los fines legales pertinentes.

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

RAZÓN: Siento por tal que las cuatro fotocopias que anteceden son iguales a su original. Certifico. Quito, 6 de enero de 2012.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator

No. 670-2009 Y.T.

En el juicio penal que sigue Luis Oña y otro en contra de Pedro Gallardo, se ha dictado lo siguiente:

“PONENTE: Dr. Hernán Ulloa Parada (Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial).

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

Quito, 20 diciembre de 2011. Las 15H00.

VISTOS: Mayra Romelia Quinaupa Lutuala, interpone recurso de casación en contra de la sentencia emitida por El Tribunal Penal de Cotopaxi, el 29 de Octubre del 2008, a las 08h58, en la cual se declara a Guadalupe Cristina Pastuña Guayta, Mayra Romelia Quinaupa Lutuala y a Pedro Daniel Gallardo Zambrano, autores responsables del delito de asesinato tipificado y sancionado por el artículo 450 del Código Penal, incisos 1, 4, 5, 7 y 8, en armonía con el artículo 30 numerales 1 y 4, artículos 42 y 12 ibidem. y se les impone la pena de VEINTE AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ESPECIAL,. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** Esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto de conformidad con la ley, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1 y la Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el R. O. No. 449 del 20 de Octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R. O. No. 479 del 2 de Diciembre del 2008; y, la Resolución Sustitutiva dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de Diciembre del 2008 y publicada en el R. O. 511 del 21 de Enero del 2009; y, el Sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de Jueces Nacionales de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento de la presente causa penal. **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** No se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial alguna, que podría causar nulidad; por lo que este Tribunal de Alzada, declara la validez de esta causa. **TERCERO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.-** La recurrente Mayra Romelia Quinaupa Lutuala, ha manifestado que las normas jurídicas que ha violado el juzgador, en su sentencia, son las siguientes: **1)** Artículos 85, 87, 309 numeral 2 y 304-A del Código de Procedimiento Penal; **2)** Artículos 11 y 42 del Código Penal; **3)** Artículo 76, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador. La recurrente arguye que no existe la certeza de la responsabilidad de la misma; que el Juzgador ha basado su sentencia en un análisis subjetivo que no se sustenta en prueba alguna; que no participó en el hecho delictivo, cuyos verdaderos culpables son Cristina Pastuña y Francisco Gallardo; que la única prueba de cargo, es el testimonio de la otra procesada Cristina Guadalupe Pastuña, quien tenía motivos para cometer el delito; y, que el Juzgador no menciona los indicios en los cuales se ha basado su sentencia, ni señala la prueba de los mismos. **CUARTO: DICTAMEN FISCAL.-** El Fiscal General del Estado, doctor Washington Pesantez Muñoz, al contestar la fundamentación del Recurso de Casación, señala lo siguiente: **1)** En el presente caso, al tenor del artículo 250

del Código de Procedimiento Penal, en la etapa del juicio se practicaron todos los actos necesarios para comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad de los acusados, siendo menester indicarse que en este tipo de delitos contra las personas, no basta con la mera comprobación de la muerte de un ser humano, sino que ésta debe ser imputable a un agente a quien se le puede reprochar una acción dolosa, debiendo analizarse como esa acción se pone de manifiesto, porque solo así se podría diferenciar si la persona perdió la vida mediante un homicidio o un asesinato, de ahí que es indispensable la vinculación entre el deceso y la culpabilidad de los procesados, la que debe ser comprobada mediante el acervo probatorio que se presente durante respectiva audiencia de juzgamiento; como efectivamente lo llevó a cabo el Tribunal Juzgador, de ahí la imposición de la pena a los acusados; **2)** Sin embargo, el Tribunal Penal de Cotopaxi considera que además de las circunstancias constitutivas del tipo penal, se encuentran probadas las agravantes genéricas descritas en los numerales 1 y 4 del artículo 30 del Código Penal, las que en esencia, se subsumen tanto en la alevosía, como en la búsqueda de un lugar desolado o despoblado para el cometimiento de la infracción; que ya están consideradas para la configuración de la tipología por la cual se sanciona a los procesados Guadalupe Cristina Pastuña Guayta, Mayra Romelia Quinaupa Lutuala y Pedro Daniel Gallardo Zambrano; **3)** La recurrente Mayra Romelia Quinaupa Lutuala, no ha logrado determinar y exponer concretamente, en base a la naturaleza de este recurso, si en la sentencia se ha violado la ley, ya por contravenirse expresamente a su texto; ya haberse hecho una falsa aplicación de ella; ya por haberla interpretado erróneamente, sino que ha basado su fundamentación en la petición de la nueva valoración por parte de la Sala de las pruebas legalmente actuadas en el juicio y en alegaciones subjetivas respecto a su participación en grado de autora; manifestando además que ella es la ofendida en el presente expediente, toda vez que fue víctima de un intento de violación, hecho del cual no existen los sustentos jurídicos y fácticos necesarios para la comprobación, por cuanto se ponen de manifiesto varios testimonios que determinan que estaba con falda y otros que vieron que tenía abajo sus pantalones. Por lo anteriormente expuesto, el Fiscal General del Estado, considera que esta Sala de la Corte Nacional de Justicia, debe rechazar el recurso interpuesto por Mayra Romelia Quinaupa Lutuala, por improcedente, añadiendo que el Tribunal de Casación debe casar de oficio la sentencia en lo que se refiere a la aplicación de las agravantes 1 y 4 del artículo 30 del Código Penal, al estar subsumidas ya en los numerales 1 y 7 del artículo 450 del mismo cuerpo legal. **QUINTO: ANÁLISIS DE LA SALA.- 1)** La casación, en materia penal, es un medio extraordinario de impugnación, de efecto suspensivo, contra sentencias en las que se hubiere violado la ley, ya por contravenir expresamente su texto, ya por haber hecho una falsa aplicación de ella, en fin, por haberla interpretado erróneamente, como lo dispone el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. Este recurso se resuelve en función de aquellas normas que el casacionista ha considerado que han sido violadas dentro de la sentencia que ha emitido el Juzgador, es por eso muy importante que el recurrente mencione y fundamente claramente cuales normas específicas de la ley se han violado en el caso concreto, teniendo que ser esta violación, una de aquellas que se consideran como directas, es decir, que la contravención al

precepto legal haya sido dada por inaplicación, errónea interpretación, indebida aplicación, etc. de su texto, proveniente del acto volitivo del juez en el que, al utilizar el precepto legal, yerra en el verdadero sentido y alcance de la norma jurídica, que lo lleva a inaplicarla o a aplicarla de una manera incorrecta; sobre esto nos habla el tratadista Luis Cueva Carrión, en su obra “La Casación en materia Penal”, Pág. 253, que, respecto a la violación directa de la ley dice lo siguiente: ***“La violación directa de la ley ocurre cuando el juez yerra en la aplicación de la norma legal, de la norma pura, independientemente de los errores que pueda cometer en relación con los hechos y con las pruebas”***, respecto a aquella violación que se considera indirecta, esto es, citando al mismo tratadista, aquella que ***“no transgrede directamente la norma, sino a través del error fáctico y probatorio: luego de errar en la apreciación de los hechos, de las pruebas y en su valoración legal”***, le corresponde solamente a esta Sala analizar si el Juzgador, al valorar la prueba para determinar la existencia material del ilícito y la correspondiente responsabilidad de la persona acusada, ha utilizado de una manera correcta las reglas de la sana crítica, pues, es en base a éstas, que el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal establece que el Juzgador debe valorar dichas pruebas; esta Sala no puede tomarse la atribución soberana que tiene el inferior sobre la valoración de la prueba, en virtud de los principios de inmediación y contradicción de la misma, al respecto de estos dos principios nos habla el autor Yecid Ramírez Bastidas, en su obra “El Juicio Oral en Colombia”, en la página 183, respecto al primero nos dice ***“la inmediación solo puede entenderse asegurada si el juez y las partes tienen la posibilidad de acercarse a la prueba por medio de un contacto constante entre todos ellos y el elemento probatorio en examen”***, añade, que es ***“la circunstancia en virtud de la cual los sujetos procesales reciben en forma inmediata, directa y simultánea los elementos de prueba provenientes de los diferentes medios, como presupuestos lógicos de la sentencia”***; con respecto al segundo nos señala que se cumple ***“cuando el sistema permite la interacción de las partes, en un juego equilibrado de intervenciones orientadas a reforzar la posición de cada uno de los intervinientes y en controlar el desarrollo de la audiencia oral”***; dado que la prueba es producida en la fase procesal que controla el inferior, es precisamente éste el más apto para valorar de la mejor manera los medios probatorios presentados por las partes, dejando como materia para la casación el análisis de la correcta aplicación del ordenamiento jurídico; Claus Roxin, en su libro “Derecho Procesal Penal, Tomo II” acertadamente manifiesta en la página 191: ***“El fin de la casación reside en el aseguramiento de una protección jurídica realista, pudiendo ser presentadas a la revisión del tribunal de casación (sólo) aquellas partes de la decisión de los jueces de mérito que son independientes del paso del tiempo y que, por ello, no son del dominio natural del juez de primera instancia, quien actúa de manera más cercana a los hechos. Por ello es que el legislador ha entregado la cuestión de hecho (esto es, las comprobaciones fácticas que se vuelven más dificultosas con el paso considerable del tiempo; ante todo, la prueba testimonial, debido a la disminución de la memoria) al juicio exclusivo del juez de primera instancia como “juez de hecho” (mérito), y ha limitado al tribunal de casación... la comprobación de las lesiones de la ley y, con ello, el control de la cuestión de Derecho”***; asumiendo lo expresado por este autor,

corroboramos lo establecido anteriormente, esta Sala, en materia probatoria, únicamente puede analizar el proceso volitivo del juez, para determinar si se han aplicado las reglas de la sana crítica en el caso concreto, más no volver a valorar la prueba para juzgar nuevamente la existencia material de la infracción y la responsabilidad del procesado; la casación no es una tercera instancia, es un recurso vertical extraordinario que pretende revisar la sentencia dictada por el inferior para desvanecer cualquier tipo de error que se haya suscitado al momento de aplicar el ordenamiento jurídico al caso concreto; por lo que, los hechos analizados en la sentencia se entienden como ciertos, a menos que se comprueben errores en la aplicación de la sana crítica, sobre esto, el anteriormente citado autor, nos ilustra al manifestar, en la página 187 de su obra, que la casación ***“es un recurso limitado. Permite únicamente el control in iure. Esto significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y solo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al Derecho material o formal”***; 2) La primera norma que se debe analizar, por ser la Constitución la norma suprema del Estado, es el artículo 76 numeral 6 de la misma, la cual establece la debida proporcionalidad que debe existir entre delito y pena. La proporcionalidad de la pena, tal como está consagrada en la carta magna, es una disposición que obliga al legislador al momento de establecer la sanción aplicable a un delito en particular, que va a ser incorporado dentro del catálogo de infracciones que conforman la normativa penal del Estado, disposición que en nada afecta al Juzgador, más que en el respeto que debe guardar al imponer la pena, estándole prohibido en ese momento, el superar los máximos y mínimos que el legislador ha considerado para la misma. En el caso concreto, el Juzgador ha impuesto una pena de veinte años de reclusión mayor especial a la recurrente, por el delito de asesinato, pena prevista en el artículo 450 del Código Penal para tal infracción, por lo que no se puede llegar a la conclusión de que el juzgador haya violado la norma constitucional analizada; 3) El análisis del artículo 87 del Código de Procedimiento Penal resulta improcedente, pues el juzgador no ha establecido en su sentencia que para llegar a la certeza del cometimiento de la infracción se haya valido de prueba indiciaria que lo llevó a generar la presunción del nexo causal entre delito y delincuente; 4) El artículo 309, numeral 2 del Código de Procedimiento Penal establece que la sentencia debe contener 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, lo cual consta en los considerandos tercero, sexto y séptimo de la sentencia, por lo cual no se estima violada esta disposición legal; 5) Respecto a un hecho que ha ocurrido se pueden tener varios grados de conocimiento; en materia penal, cuando llega ante el Juzgador el hecho de que se ha cometido un delito por parte de un individuo, el grado de conocimiento que se debe llegar a obtener para declarar la culpabilidad del mismo es el de la certeza, la cual es descrita por el tratadista Gustavo Morales Marín, en su libro “Prueba Penal y Apreciación Técnico Científica”, en la página 221, expresando de ella que: ***“Este grado de conocimiento constituye un valor epistemológico, cuyo sentido práctico consiste en el de estar fuera de toda duda razonable...”***; una vez más, al transportar este concepto a materia penal, se intenta lograr que los elementos de convicción que tiene el juez lo despojen de la mencionada duda razonable. Cuando

el Juzgador se propone despejar esta duda, no tiene otra alternativa que hacerlo mediante los medios de prueba que las partes le han presentado, es por esto que el Código de Procedimiento Penal ha establecido en el artículo 85 que la finalidad de la prueba es la comprobación de la existencia material del delito y de la responsabilidad del procesado; así, cuando al Tribunal de Casación se le pide que analice la violación de la norma mencionada, dado el impedimento que tiene este órgano de valorar nuevamente la prueba, el análisis debe versar acerca de si los hechos tomados como ciertos por el Tribunal Juzgador, en base al elemento probatorio que se le ha presentado, sirven para establecer las dos situaciones sobre las que gira el juicio penal. En la especie, el Tribunal Juzgador ha establecido la responsabilidad de los varios procesados en el hecho delictivo que llegó a su conocimiento, en el considerando séptimo de su sentencia, en el que detalla las pruebas que se utilizan para esta finalidad y los hechos contenidos en ellas que, siendo considerados como ciertos por el Inferior, coadyuvan a la consecución de ese mismo objetivo. Con respecto a la participación concreta de la recurrente Mayra Romelia Quinaupa Lutuala, en el asesinato del ahora occiso Luis Franklin Oña Angamarca, se tiene tan solo el testimonio de Francisco Daniel Gallardo Zambrano, en el cual se menciona de la sentenciada lo siguiente: **a)** Que mediante ella recibieron una invitación a una fiesta los hermanos Gallardo; **b)** Que ella junto con Cristina Pastuña, viajaban junto al ahora occiso en la cabina de su vehículo; **c)** Que ella junto al ahora occiso se bajaron del vehículo a comprar vino; **d)** Que Cristina les dijo a él y a su hermano que el ahora occiso estaba intentando abusar de la recurrente, por lo cual se bajaron del vehículo y observaron que en efecto Luis Oña se encontraba con sus pantalones abajo y encima de Mayra Quinaupa, por lo que su hermano se enfureció y golpeó al ahora occiso que quedó inconsciente y tendido en el suelo. El resto del testimonio de Luis Franklin Oña, tomado como cierto por el Tribunal, describe la manera en la que Cristina Pastuña y Pedro Gallardo procedieron a matar a Luis Franklin Oña Angamarca, sin que se mencione que la ahora recurrente tuviera ninguna actuación directa en dicho ilícito. Como bien menciona la recurrente, citando al artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, nadie puede ser reprimido por un acto previsto como infracción en la ley, si dicho acto, del que depende la infracción, no es consecuencia de su acción u omisión; así, tal como hemos analizado, el acervo probatorio no ha arrojado que la ahora recurrente haya efectuado un acto positivo que provocara la muerte de Luis Oña, por lo que de ser culpable del delito de asesinato, en grado de autora del mismo, la única opción que quedaría para aceptar dicha tesis es la del delito por omisión, que es considerado en el artículo 12 del Código Penal en los siguientes términos: ***“El no impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo”***. Es entonces procedente analizar si la actual recurrente tenía dicha obligación jurídica de impedir el delito; al respecto, el Dr. Ernesto Albán Gómez en su libro “Manual de Derecho Penal Ecuatoriano”, en la página 137 establece que la obligación jurídica de actuar ***“es el prerrequisito básico del delito de omisión; el que permite establecer los límites de responsabilidad penal que, de lo contrario, quedaría abierta con una amplitud excesiva e inconveniente”***; dicha obligación jurídica deviene ya de alguna de las fuentes civiles de las obligaciones o de la conducta precedente del sujeto. En el

primer caso, se debe analizar la profesión, arte u oficio que desempeña una persona para lograr establecer si en base a la ley o a algún contrato que ostente, estaba obligada a actuar para impedir el acontecimiento delictivo, lo cual no se da en el presente caso, ya que no existe disposición legal que manifieste que el individuo común y corriente que está en presencia de un delito como el asesinato, tenga el deber de impedirlo; así tampoco tiene la recurrente una profesión, como la de la fuerza pública, que le obligue a actuar en el caso de que frente a ella se cometa un delito. En el segundo supuesto, el de la conducta precedente del sujeto, se debe analizar si la misma ha quedado en una situación jurídica de garante del bien jurídico que resulta vulnerado, como aquel que guarda explosivos sin las debidas precauciones, provocando con ello una explosión. En el presente caso, este segundo supuesto tampoco se manifiesta, ya que la procesada no ha realizado ningún acto que ponga en peligro al bien jurídico vida, con anterioridad a que se lo vulnere; más aún, cuando el Juzgador, al tomar en cuenta el testimonio de Francisco Daniel Gallardo Zambrano para determinar la responsabilidad de los procesados, ha aceptado como hecho probado que el ahora occiso estaba intentando abusar de la sentenciada y que la misma no realizó ninguna acción que provocara las heridas que causaron la muerte de Luis Franklin Oña Angamarca. En conclusión, el juzgador ha violado el artículo 11 del Código Penal, pues le ha imputado el cometimiento de un ilícito a una persona cuya actuación no lo causó; ha violado el artículo 42 del mismo cuerpo de leyes, pues ha condenado a la recurrente en calidad de autora del delito de asesinato de Luis Franklin Oña Angamarca, sin que la conducta de la misma se adapte dentro de ninguno de los supuesto de la autoría; Ha vulnerado el artículo 85 del Código de Procedimiento Penal, pues ha establecido la responsabilidad de la recurrente en base a información que no arroja el medio probatorio del que se vale para determinar dicho requisito; y, ha vulnerado el artículo 304-A del Código Adjetivo Penal, ya que, sin haber comprobado la responsabilidad de la procesada, la ha condenado en calidad de autora del delito de asesinato de Luis Franklin Oña Angamarca. **SEXTO: RESOLUCION.-** Por las consideraciones expuestas **“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”** de conformidad a lo que dispone el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, acepta el recurso de casación interpuesto por Mayra Romelia Quinaupa Lutuala, casando la sentencia emitida por el Tribunal Penal de Cotopaxi y **RATIFICANDO LA INOCENCIA** de la recurrente.- Devuélvase el proceso al inferior para el trámite de ley.- **Notifíquese y Cúmplase.** Fdo.). Dres. Luis Moyano Alarcón, Hernán Ulloa Parada, Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales. Certifico.- f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre. Secretario Relator”. Lo que pongo en su conocimiento para los fines legales pertinentes.

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

RAZÓN: Siento por tal que las cuatro fotocopias que anteceden son iguales a su original. Certifico. Quito, 6 de enero de 2012.

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